



UNIVERSIDAD  
POLITECNICA  
DE VALENCIA

TESIS DOCTORAL

**LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS LOCALES COMO  
INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y DE  
DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS**

Autor: Enrique Bueso Guirao  
Directores: Dr. José Luis Miralles i García  
Dr. Santiago González-Varas Ibáñez

*Diciembre 2015*

**DEPARTAMENTO DE URBANISMO**  
Urbanística, Ordenación del Territorio y Derecho Administrativo



# **TÍTULO: LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS LOCALES COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS**

## **ÍNDICE**

<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>17</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO II.- ESTADO DEL CONOCIMIENTO.....</b>	<b>25</b>
1.- TRATADOS Y ESTUDIOS SOBRE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS .....	25
2.- ESTADO ACTUAL DEL CONOCIMIENTO.....	26
<b>CAPÍTULO III.- HIPÓTESIS Y OBJETIVOS.....</b>	<b>29</b>
1.- HIPÓTESIS .....	29
2.- OBJETIVO PRINCIPAL.....	29
3.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	29
<b>CAPÍTULO IV.- METODOLOGÍA .....</b>	<b>31</b>
1.- CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL EN LA NORMATIVA APLICABLE.....	31
1.1.- EN LA NORMATIVA ESTATAL.....	31
1.1.1.- La Sociedad Urbanística Local como ente instrumental local .....	31
1.1.2.- Sociedad Urbanística Local como agente de promoción urbanístico y de vivienda .....	33
1.1.3.- La Sociedad Urbanística Local como sociedad mercantil.....	33
1.2.- CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL EN LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	34
2.- IDENTIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL.....	36
2.1.- RAZONES PARA SU CONSTITUCIÓN (ARGUMENTOS A FAVOR)..	36
2.2.- POSICIONAMIENTOS CRÍTICOS Y ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL.....	39
3.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN.....	40
4.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE ÓRGANOS DE GOBIERNO Y PERSONAL A SU SERVICIO.....	40
5.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS LOCALES.....	41
6.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO PATRIMONIAL .....	42
7.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE LAS SOCIEDADES MIXTAS...	43
8.- VISIÓN DE CONJUNTO Y CONTRASTE DE LA HIPÓTESIS.....	44
<b>CAPÍTULO V.- EL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN ACTUAL.....</b>	<b>45</b>
1.- DETERMINACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL .....	45
1.1.- INTRODUCCIÓN.....	45
1.2.- EL SECTOR PÚBLICO.....	46

1.2.1.- Las administraciones públicas y sus tipos .....	46
1.2.2.- La administración Institucional .....	48
1.2.2.1.- Ámbito estatal .....	49
1.2.2.2.- Ámbito local .....	50
1.2.2.3.- Ámbito autonómico .....	51
1.3.- GESTIÓN DE SERVICIOS VERSUS DESARROLLO ACTIVIDADES ECONÓMICAS .....	52
1.3.1.- Distinción de ambos conceptos .....	52
1.3.1.1.- Gestión de servicios Públicos .....	53
1.3.1.2.- Desarrollo de Actividades Económicas .....	57
1.3.1.3.- Problemática en cuanto a la distinción.....	58
1.3.2.- Aplicación de estos conceptos al sector público local en especial a las sociedades municipales .....	59
1.3.3.- Planteamientos de la nueva LRSAL.....	61
1.4.- GESTIÓN INSTRUMENTAL DE SERVICIOS PÚBLICOS .....	62
1.5.- INICIATIVA PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR ENTES INSTRUMENTALES .....	66
2.- REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL .....	69
2.1.- PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA .....	69
2.2.- LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL .....	71
2.2.1.- Planteamiento general de la nueva norma .....	71
2.2.2.- Estructura y contenido de la LRSAL .....	75
2.2.3.- Entrada en vigor .....	78
2.2.4.- Recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL .....	79
2.3.- NORMATIVA AUTONÓMICA EN DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA LRSAL.....	82
3.- EFECTOS GENERALES DE LA LRSAL SOBRE LOS ACTUALES ENTES INSTRUMENTALES .....	87
3.1.- CRITERIOS GENERALES DE LA LRSAL SOBRE EL ACTUAL SECTOR PÚBLICO LOCAL .....	87
3.2.- REDIMENSIONAMIENTO DEL ACTUAL SECTOR PÚBLICO .....	88
3.2.1.- Sociedades de entidades locales con plan económico-financiero o de plan de ajuste (párrafo 1.º) .....	89
3.2.1.1.- Ámbito de aplicación.....	89
3.2.1.2.- Prohibición de adquisición y constitución de nuevas entidades .....	91
3.2.1.3.- Prohibición de saneamiento de entidades con necesidades de financiación .....	92
3.2.2.- Cierre de sociedades que desarrollen actividades económicas en una “particular situación deficitaria” .....	95
3.2.2.1.- Introducción .....	95
3.2.2.2.- Ámbito subjetivo de aplicación.....	97
3.2.2.3.- Obligaciones consecuentes .....	99
3.2.3.- Prohibición de crear sociedades de 2.º grado.....	102
3.2.4.- Sociedades de 2.º grado ya existentes con dependencia exclusiva o parcial de entes instrumentales públicos .....	103
<b>CAPÍTULO VI.- CONCEPTO DE SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL .....</b>	<b>107</b>
1.- CONCEPTO Y CARACTERES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA .....	107



1.1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA .....	107
1.2.- CONCEPTO DE SOCIEDAD URBANÍSTICA.....	110
1.3.- CARACTERES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA .....	112
1.3.1.- Sociedad Mercantil.....	112
1.3.2.- Sociedad Pública.....	116
1.3.3.- Carácter Urbanístico .....	119
2.- CLASES .....	121
2.1.- CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN.....	121
2.1.1.- Por la administración a la que pertenecen.....	122
2.1.2.- Por la pertenencia del capital .....	123
2.1.3.- Sociedades de primer o segundo grado escalón.....	124
2.1.4.- Productora o no de mercado.....	125
2.1.5.- Clasificación a efectos fiscales: órgano técnico-jurídico.....	127
2.2.- SOCIEDADES INSTRUMENTALES.....	128
2.3.- SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.....	129
3.- NATURALEZA/RÉGIMEN JURÍDICO .....	130
3.1.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA .....	130
3.2.- SUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS .....	134
3.2.1.- Actuación de la administración titular.....	137
3.2.2.- Actuación de la sociedad urbanística.....	142
3.2.2.1.- Actuación como representante o mandataria de la administración.....	142
3.2.2.2.- Actuación como medio de gestión directa de un servicio público.....	144
3.2.2.3.- Actuación propia de la sociedad en desarrollo de actividades económicas.....	145
3.3.- CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO.....	146
3.3.1.- Efectos generales.....	146
3.3.2.- El levantamiento del velo .....	149
<b>CAPÍTULO VII.- ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LA SOCIEDAD URBANÍSTICA.....</b>	<b>153</b>
1.- DIVERSA NORMATIVA DE APLICACIÓN .....	153
2.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ESTATAL DE DERECHO PÚBLICO ..	154
2.1.- INTRODUCCIÓN.....	154
2.2.- NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL .....	155
2.3.- NORMATIVA URBANÍSTICA .....	159
2.3.1.- Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (TRLRHL).....	160
2.3.2.- Reglamento de Gestión Urbanística de 1978.....	160
2.3.3.- Decreto 1169/1978 sobre constitución de Sociedades Urbanísticas .....	161
3.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LAS CC.AA. ....	165
3.1.- INTRODUCCIÓN.....	165
3.2.- ANDALUCÍA .....	167
3.2.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	167
3.2.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	167
3.2.1.2.- Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía.....	168
3.2.1.3.- Legislación patrimonial local .....	173
3.2.2.- Legislación Sectorial .....	174

3.2.2.1.- Urbanística.....	174
3.2.2.2.- De vivienda .....	178
3.3.- ARAGÓN.....	180
3.3.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	180
3.3.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	180
3.3.1.2.- Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón.....	181
3.3.1.2.- Legislación patrimonial local .....	184
3.3.2.- Sectorial .....	185
3.3.2.1.- Urbanística.....	185
3.3.2.2.- De vivienda .....	189
3.4.- ASTURIAS.....	189
3.4.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	189
3.4.2.- Legislación Sectorial Urbanística.....	190
3.5.- Baleares .....	195
3.5.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	195
3.5.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	195
3.5.1.2.- Ley 20/2006, municipal y de régimen local de las Islas Baleares.....	195
3.5.2.- Legislación Sectorial Urbanística.....	199
3.6.- CANARIAS .....	200
3.6.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	200
3.6.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	200
3.6.1.2.- Ley 7/2015 de los municipios de Canarias.....	201
3.6.1.3.- Legislación patrimonial local .....	203
3.6.2.- Sectorial .....	205
3.6.2.1.- Urbanística.....	205
3.6.2.2.- De vivienda .....	208
3.7.- CANTABRIA .....	209
3.7.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	209
3.7.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	209
3.7.1.2.- Otra normativa administrativa .....	209
3.7.2.- Sectorial .....	210
3.7.2.1.- Urbanística.....	210
3.7.2.2.- De vivienda .....	211
3.8.- CASTILLA Y LEÓN.....	211
3.8.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	211
3.8.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	211
3.8.1.2.- Ley 1/1998 de Régimen Local de Castilla y León .....	212
3.8.2.- Sectorial .....	213
3.8.2.1.- Urbanística.....	213
3.8.2.2.- De vivienda .....	219
3.9.- CASTILLA-LA MANCHA.....	219
3.9.1.- Normativa administrativa general y de régimen local.....	219
3.9.2.- Normativa Sectorial Urbanística .....	221
3.9.2.1.- Gestión directa del urbanismo mediante sociedades públicas .....	222
3.9.2.2.- Estatuto de las Sociedades Urbanísticas.....	228
3.9.2.3.- Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo.....	230
3.10.- CATALUÑA .....	231

3.10.1.- Normativa administrativa general y de régimen local .....	231
3.10.1.1.- Estatuto de Autonomía .....	231
3.10.1.2.- Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.....	232
3.10.2.- Normativa Sectorial.....	243
3.10.2.1.- Urbanística.....	243
3.10.2.2.- De vivienda .....	247
3.11.- EXTREMADURA .....	248
3.11.1.- Administrativa General y de Régimen Local.....	248
3.11.2.- Sectorial.....	249
3.11.2.1.- Urbanística.....	249
3.11.2.2.- De vivienda .....	251
3.12.- GALICIA .....	252
3.12.1.- Administrativa general y de régimen local .....	252
3.12.1.1.- General .....	252
3.12.1.2.- Ley de Administración Local de Galicia .....	253
3.12.2.- Sectorial.....	255
3.12.2.1.- Urbanística.....	255
3.12.2.2.- De vivienda .....	257
3.13.- LA RIOJA.....	258
3.13.1.- Normativa Administrativa .....	258
3.13.1.1.- General .....	258
3.13.1.2.- Ley de Administración Local de La Rioja .....	258
3.13.1.3.- Normativa patrimonial .....	261
3.13.2.- Sectorial.....	261
3.13.2.1.- Urbanística.....	261
3.13.2.2.- De vivienda .....	263
3.14.- MADRID .....	264
3.14.1.- Administrativa .....	264
3.14.1.1.- General .....	264
3.14.1.2.- Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid.....	264
3.14.2.- Normativa Sectorial Urbanística .....	266
3.15.- MURCIA .....	268
3.15.1.- Administrativa general y de Régimen Local .....	268
3.15.2.- Sectorial.....	270
3.15.2.1.- Urbanística.....	270
3.15.2.2.- De vivienda .....	271
3.16.- NAVARRA .....	272
3.16.1.- Administrativa .....	272
3.16.1.1.- General .....	272
3.16.1.2.- Ley Foral de Régimen de la Administración Local de Navarra .....	274
3.16.2.- Sectorial.....	277
3.16.2.1.- Urbanística.....	277
3.16.2.2.- De vivienda .....	280
3.17.- PAÍS VASCO.....	281
3.17.1.- Administrativa General y de Régimen Local.....	281
3.17.2.- Sectorial.....	282
3.17.2.1.- Urbanística.....	282
3.17.2.2.- De vivienda .....	284

3.18.- VALENCIA.....	286
3.18.1.- Administrativa .....	286
3.18.1.1.- General .....	286
3.18.1.2.- Ley de Régimen Local de la Comunidad Valencina.....	287
3.18.2.- Sectorial.....	289
3.18.2.1.- Urbanística.....	289
3.18.2.2.- De vivienda .....	295
<b>CAPÍTULO VIII.- CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y PROCEDIMIENTO</b>	
<b>CONSTITUCIÓN ANALISIS DE DISFUNCIONES .....</b>	<b>297</b>
1.- PREVIO: LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA ACTUALIDAD .....	297
1.1.- PLANTEAMIENTO DE LA LRSAL.....	297
1.1.1.- Criterios competenciales.....	297
1.1.2.- Problemática en su aplicación.....	300
1.1.2.1.- Nuevo modelo de competencias.....	301
1.1.2.2.- Competencias anteriores .....	306
1.1.3.- Especialidades en su aplicación.....	308
1.2.- PLANTEAMIENTO DE LAS NORMATIVAS DE DESARROLLO DE LAS CC.AA.....	309
1.2.1.- Modelo de competencias .....	310
1.2.2.- Efectos sobre las competencias propias actuales que dejan de serlo .....	312
1.3.- COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS.....	313
1.3.1.- Tipología de competencias de los municipios.....	313
1.3.1.1.- Competencias Propias.....	313
1.3.1.2.- Competencias Delegadas.....	316
1.3.1.3.- Competencias Distintas de las propias o delegadas (Impropias).....	318
1.3.2.- Ejercicio de competencias anteriores a la LRSAL por los municipios .....	319
1.3.2.1.- Competencias propias .....	320
1.3.2.2.- Competencias distintas de las propias y atribuidas por delegación.....	320
1.3.2.3.- Especialidad en las competencias de educación, servicios sociales y sanidad.....	323
1.4.- COMPETENCIAS POR LAS DIPUTACIONES.....	325
1.4.1.- Competencias Propias .....	325
1.4.2.- Competencias de coordinación y sustitución Ayuntamientos ....	326
2.- DISEÑO Y CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA .....	327
2.1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	327
2.2.- CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DE LA SOCIEDAD .....	329
2.3.- DISEÑO DE LAS OPERACIONES.....	331
3.- CAPACIDAD DE ACTUACIÓN/OBJETO SOCIAL .....	333
3.1.- COMPETENCIAS MUNICIPALES TRAS LA LRSAL.....	333
3.1.1.- Competencia en materia urbanística .....	333
3.1.2.- Competencia en materia de vivienda.....	334
3.1.2.1.- Evolución histórica .....	334
3.1.2.2.- Situación actual.....	337
3.1.2.3.- La competencia de Vivienda en el nuevo Art. 25 de la LBRL .....	338

3.1.2.4.- La competencia de Vivienda en la normativa de las CC.AA. .....	342
3.2.- OBJETO SOCIAL DE DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA .....	363
3.2.1.- Planteamiento .....	363
3.2.2.- Objeto social de acuerdo con la normativa urbanística .....	363
3.3.- ACTUACIONES CONCRETAS DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA ..	369
3.3.1.- Planteamientos previos .....	369
3.3.2.- La gestión del urbanismo .....	371
3.3.2.1.- El urbanismo como función pública .....	371
3.3.2.2.- Concepto de gestión directa .....	372
3.3.2.3.- Caracteres esenciales de la gestión directa.....	373
3.3.2.4.- Formas de gestión directa.....	375
3.3.2.5.- Actuaciones concretas en materia de urbanismo .....	376
3.3.3.- La promoción pública de la vivienda y equipamientos.....	376
3.3.4.- Gestión de otros servicios locales .....	378
3.4.- EJERCICIO DE DICHAS ACTIVIDADES .....	379
4.- ASPECTOS FORMALES .....	381
4.1.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN .....	381
4.1.1.- Reformas introducidas por la LRSAL.....	381
4.1.2.- Procedimiento actual .....	385
4.1.2.1.- Planteamiento .....	385
4.1.2.2.- Fase interna: Expediente administrativo .....	386
4.1.2.3.- Fase Externa: Escritura Pública e Inscripción.....	389
4.1.3.- Especialidades Sociedades Urbanísticas .....	391
4.1.3.1.- Tesis de la innecesariedad del expediente de municipalización.....	392
4.1.3.2.- Tesis que mantiene la necesidad del expediente de municipalización.....	392
4.1.3.3.- Situación tras la LRSAL .....	393
4.2.- ASPECTOS ESPECÍFICOS PARA SU CONSTITUCIÓN .....	394
4.2.1.- Tipología societaria .....	394
4.2.2.- Capital social.....	395
4.2.2.1.- Cuantía mínima.....	396
4.2.2.2.- Suscripción y desembolso .....	396
4.2.2.3.- Naturaleza de las aportaciones.....	396
4.2.2.4.- Valoración de las aportaciones no dinerarias .....	397
<b>CAPÍTULO IX.- COMPONENTE SUBJETIVO: ÓRGANOS DE GOBIERNO Y PERSONAL A SU SERVICIO. ANÁLISIS DE DISFUNCIONES .....</b>	<b>403</b>
1.- EL COMPONENTE SUBJETIVO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES .....	403
1.1.- TIPOLOGÍA .....	403
1.2.- SITUACIÓN TRAS LA LRSAL: CLASIFICACIÓN SOCIEDAD .....	404
2.- ÓRGANOS DE GOBIERNO .....	409
2.1.- INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	409
2.2.- LA JUNTA GENERAL.....	413
2.2.1.- Régimen jurídico de su actuación.....	413
2.2.2.- Clases de Juntas .....	416
2.2.2.1.- Junta General Ordinaria.....	416
2.2.2.2.- Junta General Extraordinaria .....	417
2.2.3.- Competencias de la Junta General .....	417

2.2.4.- Convocatoria y adopción de acuerdos.....	419
2.2.5.- Retribución de sus miembros.....	419
2.3.- EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.....	424
2.3.1.- Carácter, composición y cargos.....	424
2.3.1.1.- Administración sociedades mercantiles públicas.....	424
2.3.1.2.- Composición.....	426
2.3.1.3.- Estructura personal/cargos.....	429
2.3.2.- Convocatoria y régimen de actuación.....	432
2.3.2.1.- Convocatoria.....	432
2.3.2.2.- Asistencia y validez en la constitución.....	432
2.3.2.3.- Representación.....	434
2.3.2.4.- Régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos.....	434
2.3.3.- Competencias y su delegación.....	437
2.3.4.- Estatuto del Consejero.....	440
2.3.4.1.- Deberes.....	441
2.3.4.2.- Responsabilidad.....	442
2.3.4.3.- Retribución.....	447
2.3.5.- Otros miembros del Consejo.....	449
2.4.- LA GERENCIA.....	449
2.4.1.- Carácter.....	449
2.4.2.- Funciones de la Gerencia.....	451
3.- PERSONAL A SU SERVICIO.....	452
3.1.- INTRODUCCIÓN.....	452
3.1.1.- Planteamiento inicial.....	452
3.1.2.- Evolución durante la crisis.....	454
3.1.2.1.- Real Decreto-ley 3/2012 y Ley 3/2012.....	454
3.1.2.2.- Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo.....	455
3.1.2.3.- La LRSAL.....	461
3.1.3.- Tipología actual.....	462
3.2.- PERSONAL DIRECTIVO.....	464
3.2.1.- Directivos integrantes de órganos de gobierno y administradores.....	464
3.2.1.1.- Determinación.....	464
3.2.1.2.- Selección y contratación.....	465
3.2.1.3.- Retribución.....	467
3.2.1.4.- Extinción relación.....	469
3.2.2.- Vinculados por Contratos de Alta Dirección: El Gerente.....	470
3.2.2.1.- Determinación.....	470
3.2.2.2.- Selección.....	470
3.2.2.3.- Contratación.....	472
3.2.2.4.- Retribución.....	475
3.2.2.5.- Extinción relación.....	475
3.3.- PROFESIONALES COLABORADORES EN ÓRGANOS DE GOBIERNO.....	479
3.3.1.- Secretario no consejero.....	479
3.3.2.- Letrado asesor.....	480
3.4.- PERSONAL LABORAL.....	481
3.4.1.- Carácter de laboralidad del personal.....	481
3.4.2.- Criterios de selección y nuevas contrataciones.....	483
3.4.2.1.- Régimen tradicional.....	483

3.4.2.2.- Sistema tras la Ley 7/2007.....	486
3.4.2.3.- Nuevas contrataciones de personal.....	491
3.4.3.- Retribuciones .....	493
3.4.3.1.- Evolución durante la crisis .....	493
3.4.3.2.- Criterios de la LRSAL .....	498
3.4.3.3.- Situación actual.....	499
3.4.3.4.- Supresión paga extra de diciembre de 2012.....	501
3.4.4.- Jornada laboral .....	507
3.4.4.1.- Determinación.....	507
3.4.4.2.- Reducción colectiva de la jornada .....	509
3.4.5.- Suspensión y fin de la relación laboral .....	510
3.4.5.1.- Régimen General.....	510
3.4.5.2.- Suspensión del contrato .....	510
3.4.5.3.- Extinción de la relación laboral .....	512
4.- RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES .....	520
4.1.- INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO .....	520
4.1.1.- Concepto y régimen legal .....	520
4.1.2.- Ámbito de aplicación.....	521
4.1.2.1.- Ámbito objetivo .....	521
4.1.2.2.- Ámbito subjetivo.....	524
4.2.- INCOMPATIBILIDAD DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS.....	525
4.2.1.- Personal no Directivo.....	525
4.2.2.- Personal Directivo .....	526
4.2.2.1.- Planteamiento inicial .....	526
4.2.2.2.- Inclusión de los directivos en el régimen de incompatibilidades.....	527
4.2.2.3.- Obligaciones formales del directivo .....	529
4.2.2.4.- Incompatibilidades posteriores al cese .....	530
<b>CAPÍTULO X.- ARTICULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD CON SU ADMINISTRACIÓN TITULAR (ENCARGO DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS Y ENCOMIENDA DE GESTIÓN) Y CON TERCEROS (RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN). ANÁLISIS DE DISFUNCIONES .....</b>	<b>533</b>
1.- PLANTEAMIENTO: RELACIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD.....	533
2.- RELACIONES INTERNAS: ADMINISTRACIÓN LOCAL/EMPRESA URBANÍSTICA.....	537
2.1.- LAS RELACIONES DOMÉSTICAS O “IN HOUSE” .....	537
2.1.1.- Concepto y elementos.....	537
2.1.2.- Elemento objetivo: Relación instrumental .....	540
2.1.2.1.- Tipos de relaciones.....	540
2.1.2.2.- La gestión directa del servicio versus la encomienda de gestión .....	544
2.1.3.- Elemento subjetivo: El medio propio.....	551
2.1.3.1.- Concepto.....	551
2.1.3.2.- Requisitos del medio propio.....	552
2.1.4.- La sociedad Pública como medio propio.....	554
2.1.4.1.- Planteamiento .....	554
2.1.4.2.- Requisitos .....	554
2.2.- EJERCICIO HABITUAL DEL OBJETO SOCIAL: EL ENCARGO DE GESTIÓN.....	565

2.2.1.- Configuración inicial de la sociedad.....	565
2.2.2.- Encargos propios de la actividad de la sociedad.....	568
2.3.- ENCARGOS ESPECÍFICOS: LA ENCOMIENDA O MANDATO DE GESTIÓN.....	570
2.3.1.- Concepto de la encomienda o mandato de gestión.....	570
2.3.2.- Requisitos encomienda.....	571
3.- RELACIONES EXTERNAS: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN.....	573
3.1.- PLANTEAMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	573
3.2.- MODIFICACIONES NORMATIVAS.....	577
3.2.1.- Ley Contratos Administraciones Públicas (Ley 15/1995) y su Texto Refundido (RDL 2/2000).....	577
3.2.2.- Modificaciones posteriores de la LCSP.....	583
3.2.2.1.- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.....	583
3.2.2.2.- Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.....	585
3.2.2.3.- Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.....	588
3.2.2.4.- Críticas a la nueva regulación.....	589
3.2.3.- Normativa actual: Ley de Contratos del Sector Público (30/2007) y su Texto Refundido de (RDL 3/2011).....	591
3.2.3.1.- Planteamientos previos.....	591
3.2.3.2.- Distintos ámbitos de aplicación subjetivos.....	593
3.2.3.3.- Diversidad de aplicación.....	597
4.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS/URBANÍSTICAS.....	599
4.1.- CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL TRLCSP A LAS SOCIEDADES PÚBLICAS.....	599
4.1.1.- Ámbito subjetivo: Poder adjudicador.....	599
4.1.1.1.- Actividad realizada: Satisfacer necesidades de interés general.....	600
4.1.1.2.- Inaplicabilidad del criterio formal.....	601
4.1.2.- Ámbito objetivo: La legislación armonizada.....	603
4.1.2.1.- Contratos sujetos a regulación armonizada.....	603
4.1.2.2.- Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.....	605
4.1.3.- Régimen jurídico distinto en función del carácter de la sociedad y del contrato.....	605
4.2.- PODER ADJUDICADOR: CONTRATOS SARA.....	606
4.2.1.- Planteamiento general.....	606
4.2.2.- Requisitos órgano de contratación.....	608
4.2.2.1.- Órgano de contratación y capacidad para contratar.....	608
4.2.2.2.- Publicidad contrataciones.....	610
4.2.3.- Condiciones de aptitud del contratante.....	614
4.2.3.1.- Capacidad de obrar.....	615
4.2.3.2.- Prohibiciones de contratar.....	619
4.2.3.3.- Condiciones de solvencia.....	620
4.2.3.4.- Exigencia de Clasificación.....	622
4.2.4.- Elementos reales.....	627



4.2.4.1.- Objeto de los contratos .....	627
4.2.4.2.- Precio.....	630
4.2.4.3.- Plazo de duración y prórrogas .....	631
4.2.5.- Elementos formales .....	638
4.2.5.1.- Justificación de la necesidad e idoneidad.....	638
4.2.5.2.- Mesa de contratación.....	638
4.2.5.3.- Expediente de contratación.....	639
4.2.5.4.- Procedimiento de adjudicación .....	643
4.2.5.5.- Criterios de adjudicación.....	645
4.2.5.6.- Perfección.....	651
4.2.5.7.- Formalización del contrato.....	656
4.2.5.8.- Obligación de remisión de información contractual.....	658
4.2.6.- Contenido del Contrato.....	665
4.2.6.1.- Contenido mínimo y libertad de pactos.....	665
4.2.6.2.- Garantías .....	666
4.2.6.3.- Prerrogativas.....	667
4.2.6.4.- Pago del precio y su plazo .....	671
4.2.6.5.- Revisión de precios. Desindexación economía.....	675
4.2.6.6.- Penalidades por demora o ejecución defectuosa .....	686
4.2.6.7.- Cesión del contrato .....	687
4.2.6.8.- Subcontratación .....	688
4.2.6.9.- Causas de resolución .....	694
4.3.- PODER ADJUDICADOR: CONTRATOS NO SARA.....	697
4.3.1.- Planteamiento general.....	697
4.3.1.1.- Delimitación contratos No SARA .....	697
4.3.1.2.- Preparación y adjudicación de este tipo de contratos.....	699
4.3.2.- Régimen jurídico de la contratación .....	700
4.3.2.1.- Planteamientos previos.....	700
4.3.2.2.- Elementos subjetivos .....	702
4.3.2.3.- Elementos Reales.....	703
4.3.2.4.- Elementos Formales .....	703
4.3.2.5.- Contenido del contrato.....	711
4.3.3.- Instrucciones Internas de Contratación .....	712
4.3.3.1.- Concepto y caracteres .....	712
4.3.3.2.- Procedimiento de aprobación .....	714
4.3.3.3.- Contenido de las instrucciones .....	714
4.4.- NO PODER ADJUDICADOR.....	728
4.4.1.- Planteamiento general.....	728
4.4.2.- Régimen jurídico de la contratación.....	729
4.4.2.1.- Preparación de los contratos .....	729
4.4.2.2.- Adjudicación de los contratos .....	729
<b>CAPÍTULO XI.- RÉGIMEN ECONÓMICO / PATRIMONIAL. ANÁLISIS DE</b>	
<b>DISFUNCIONES .....</b>	<b>733</b>
1.- CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL .....	733
1.1.- EL PATRIMONIO DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS .....	733
1.1.1.- Los bienes de la administración.....	733
1.1.1.1.- Concepto y Clases.....	733
1.1.1.2.- Régimen jurídico de los bienes de la Administración.....	741
1.1.2.- Bienes de las Sociedades urbanísticas.....	743
1.1.2.1.- Configuración de los bienes de la sociedad.....	743

1.1.2.2.- Naturaleza jurídica .....	744
1.1.3.- Régimen jurídico de los contratos patrimoniales .....	746
1.1.3.1.- Concepto de contratos patrimoniales.....	746
1.1.3.2.- Contratos patrimoniales de las Administraciones Locales .	747
1.1.3.3.- Contratos patrimoniales de las sociedades urbanísticas ...	749
1.2.- ADQUISICIÓN DE BIENES.....	753
1.2.1.- Formas de adquisición de bienes .....	753
1.2.2.- Adquisición por compra.....	754
1.2.3.- Adquisición de Bienes Patrimoniales por cesión de la administración matriz .....	757
1.2.3.1.- Normativa Estatal.....	757
1.2.3.2.- Normativa de las Comunidades Autónomas.....	760
1.2.4.- Adquisición de Bienes del Patrimonio Público de suelo .....	762
1.2.4.1.- Normativa Estatal.....	763
b) Real Decreto 3/1980, de 14 de marzo, sobre promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística.....	763
c) Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana.....	764
1.2.4.2.- Normativa de las Comunidades Autónomas.....	765
1.2.4.3.- Supuesto de aportación de bienes del patrimonio municipal a capital social .....	768
1.2.5.- Bienes de Demaniales.....	770
1.2.6.- Adscripción directa por gestión urbanística .....	771
1.3.- ENAJENACIÓN DE SUS BIENES.....	773
1.3.1.- Régimen aplicable a las corporaciones locales .....	773
1.3.2.- Régimen aplicable a las sociedades urbanísticas .....	777
1.3.2.1.- Planteamiento .....	777
1.3.2.2.- Procedimiento de enajenación.....	779
2.- RÉGIMEN ECONÓMICO/FINANCIERO .....	782
2.1.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO Y CONTABLE DE LAS ENTIDADES LOCALES .....	783
2.1.1.- La Gestión presupuestaria: El Presupuesto general.....	783
2.1.2.- Contabilidad: La cuenta general .....	785
2.1.3.- El control interno y externo .....	786
2.2.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS.....	787
2.2.1.- Introducción.....	787
2.2.2.- Aspectos administrativos .....	789
2.2.2.1.- No régimen presupuestario: Previsiones de Ingresos y gastos .....	789
2.2.2.2.- Contabilidad: Plan General de Contabilidad .....	792
2.2.2.3.- Control: Régimen de Auditorías .....	792
2.2.3.- Aspectos mercantiles: Cuentas anuales e informe de gestión..	794
2.2.3.1.- Introducción .....	794
2.2.3.2.- Formulación .....	796
2.2.3.3.- Verificación .....	797
2.2.3.4.- Aprobación.....	798
2.2.3.5.- Depósito y Publicidad .....	798
2.3.- POSICIONAMIENTO ECONÓMICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS .....	800
2.3.1.- Empresas de mercado y no de mercado.....	800

2.3.2.- Endeudamiento de las sociedades.....	805
2.3.3.- Blanqueo de capitales .....	811
2.4.- CONCLUSIONES .....	814
<b>CAPÍTULO XII.- ESPECIFICIDAD DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. ANÁLISIS DE DISFUNCIONES.....</b>	<b>817</b>
1.- INTRODUCCIÓN A LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MIXTA .....	817
1.1.- DELIMITACIÓN DE SU SIGNIFICADO Y PROBLEMÁTICA.....	817
1.2.- COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 5 DE FEBRERO DE 2008.....	820
1.2.1.- Planteamientos .....	820
1.2.2.- Principios aplicables a la constitución de la sociedad.....	821
1.3.- FUNDAMENTO Y PROBLEMÁTICA ACTUAL.....	823
2.- CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES .....	825
2.1.- DEFINICIÓN DE LA SOCIEDAD MIXTA.....	825
2.2.- CARACTERES ESENCIALES.....	827
2.2.1.- Heterogeneidad de su capital (Socio público/Socio privado).....	827
2.2.2.- Gestión Indirecta y compartida .....	830
2.2.3.- Duración temporal .....	831
2.2.4.- La sociedad mixta no es un “medio propio” .....	832
2.2.5.- Finalidad urbanística.....	834
2.2.6.- Naturaleza Mercantil .....	835
2.3.- CLASES .....	835
3.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN .....	837
3.1.- FORMAS DE CONSTITUCIÓN .....	837
3.2.- PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MIXTA .....	838
3.2.1.- Introducción.....	838
3.2.2.- Fase interna: expediente administrativo.....	839
3.2.3.- Fase externa .....	841
3.2.3.1.- Fase administrativa: Selección del socio privado.....	841
3.2.3.2.- Fase mercantil: Constitución de la sociedad.....	845
4.- ESPECIALIDADES DE LAS SOCIEDADES MIXTAS .....	845
4.1.- CONFIGURACIÓN RELACIONES DE LA SOCIEDAD .....	845
4.2.- OBJETO .....	846
4.3.- ÓRGANOS DE GOBIERNO .....	847
4.4.- APORTACIÓN DE CAPITAL .....	849
4.5.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO .....	850
<b>CAPÍTULO XIII.- CONCLUSIONES Y CONTRASTE DE LA HIPÓTESIS ....</b>	<b>853</b>
1.- CRÍTICAS A LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS Y CONTRASTE CON LA HIPÓTESIS .....	853
1.1.- CRÍTICAS AL SOMETIMIENTO AL DERECHO PRIVADO Y SU CONSIDERACIÓN DE ELEMENTO NECESARIO PARA EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SU ACTUACIÓN .....	854
1.1.1.- Pretendida evasión de la normativa de contratación pública.....	855
1.1.2.- Pretendida evasión del control económico de la administración titular .....	855
1.1.3.- Prevención y sanción anticipada .....	856
1.1.4.- Vinculación a la corrupción.....	858
1.2.- CRÍTICAS A LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONTROL ECONÓMICO .....	858
2.- CONCLUSIONES Y ACREDITACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	859

2.1.- ACREDITACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS: ACTUACIÓN DE FORMA ÓPTIMA Y VENTAJOSA DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS.....	859
2.2.- ACREDITACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA GARANTIZAR LA SATISFACCIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES Y BÁSICOS PARA LA CIUDADANÍA.....	862
3.- CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS .....	864
<b>CAPÍTULO XIV.- PROPUESTAS Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>865</b>
.....	
1.- PROPUESTAS .....	865
2.- FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN .....	866
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>869</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>879</b>

RELACION:

**Anexo 1.º.-** Resolución de la Dirección General de Tributos de 15 de febrero de 1996 a cuestiones planteadas por AVS en relación al Impuesto de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido.

**Anexo 2.º.-** Cuadro de legislación de las Comunidades Autónomas aplicable a las Sociedades Urbanísticas.

**Anexo 3.º.-** TRIBUNAL DE CUENTAS Informe 1.003, "Informe sobre fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012" Publicado en diciembre de 2013.

**Anexo 4.º.-** JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Informe 26/2008, de 3 de noviembre sobre "Necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 LCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia. Compatibilidad de la regulación de los encargos a medios propios de la LCSP con la normativa autonómica relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas".

**Anexo 5.º.-** ABOGACÍA DEL ESTADO: Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

**Anexo 6.º.-** JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO: "Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el contenido Básico de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares comunes a todo tipo de contratos administrativos".

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi Padre, Enrique Bueso Martín, que me transmitió sus dos grandes pasiones: la música y el Derecho.

A mis Directores, José Luis y Santiago, que han confiado en mí durante todos estos años y que gracias a sus consejos, orientaciones y paciencia han hecho posible la conclusión de este estudio.

A mi familia. Mi mujer, Teresa, cuyo apoyo, constancia, firmeza y su saber “estar al quite” han sido elementos clave para poder dedicar tantas horas. Mis hijos, Teresa y Enrique, que con su apoyo y abnegación ante mis ausencias y su presencia “sin que se note”, me han dado la tranquilidad necesaria. Y a Rasta, mi compañero de fatigas.



## **RESUMEN**

Las Sociedades Urbanísticas han sido durante más de cincuenta años un elemento fundamental para que las Administraciones Locales hayan desarrollado tanto su política de vivienda y suelo, haciendo efectivo el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, como el desarrollo eficaz y eficiente de servicios públicos municipales y el ejercicio de actividades económicas en beneficio de los habitantes de la población.

A pesar de este hecho constatado, por la especialidad de que aplican en su actuación el Derecho privado y el régimen económico-financiero de las sociedades mercantiles privadas, son vistas negativamente por algunos sectores sociales, especialmente en la actual situación de crisis económica, por considerar que éstas son un medio de evadir los controles económicos y administrativos establecidos para los órganos administrativos, lo que produce, a su juicio, cierto descontrol económico que ha dado lugar al sobreendeudamiento de las corporaciones locales que las utilizan.

Tras un profundo análisis y sistematización de la normativa de aplicación para determinar su complejo régimen jurídico y del estudio pormenorizado de la actuación de diversas sociedades urbanísticas, se llega a la conclusión contraria. El análisis efectuado en la presente investigación pone de relieve que las sociedades urbanísticas locales son, no solo un medio óptimo para desarrollar la política municipal en materia de vivienda y suelo, tan necesaria en una situación de crisis y de necesidad habitacional en la que nos encontramos, sino también un instrumento eficiente para la prestación de servicios locales.

La aplicación en su actuación de un régimen jurídico-económico sometido a la Contabilidad y al Derecho privado, antes que ser un elemento negativo es un elemento esencial para la óptima prestación de servicios y el ejercicio de actividades económicas por cuenta de su ayuntamiento titular, especialmente en orden a la intervención en el complejo y cambiante sector urbanístico e inmobiliario.

## **EXTRACT**

Urban Corporations have been for over fifty years a fundamental element for that Local Authorities have developed both its housing and land policy, making effective the constitutional right to a decent and adequate housing, such as the development of effective and efficient municipal public services and the exercise of economic activities for the benefit of the inhabitants of the population.

Despite this, the Urban Corporations are viewed negatively by some sectors of society, especially in the current economic crisis situation by the fact that in its performance apply private law and the economic-financial system of the private companies. By considering these as evading means for the economic and

administrative established controls for administrative bodies, what makes some economic slippage leading to a rise to the debt overhang of the Local Authorities using them.

A contrary conclusion has been reached after a thorough analysis and systematization of the rules for the application to determine its legal complex regime and the detailed study of the performance of various Urban Corporations. The analysis in this investigation demonstrates that the local urban corporations are, not only an optimum mean to develop the housing and land municipal policy which is so necessary in a crisis situation and need of housing in which we find ourselves, but also an efficient tool for the delivery of local services.

The application in its performance of a legal regime-economic subjected to the Accountancy and Private Law before is not as a negative but an essential element for optimal delivery of services and the exercise of economic activities by account of its city hall, especially in order to the intervention in the complex and changing urban sector and real estate.

## **EXTRACTE**

Les Societats Urbanístiques han sigut durant més de cinquanta anys un element fonamental perquè les Administracions Locals hagen desenvolupat tant la seua política d'habitatge i sòl, fent efectiu el dret constitucional a un habitatge digne i adequat, com el desenvolupament eficaç i eficient de serveis públics municipals i l'exercici d'activitats econòmiques en benefici dels habitants de la població.

Malgrat aquest fet constatat, pel fet que apliquen en la seua actuació el Dret privat i el règim economicofinancer de les societats mercantils privades, són vistes negativament per alguns sectors socials, especialment en l'actual situació de crisi econòmica, per considerar aquestes són un mitjà d'evadir els controls econòmics i administratius establits per als òrgans administratius, la qual cosa produeix, al seu judici, cert descontrol econòmic que ha donat lloc al sobreendeutament de les corporacions locals que les utilitzen.

Després d'un profund anàlisi i sistematització de la normativa d'aplicació per a determinar el seu complex règim jurídic i de l'estudi detallat de l'actuació de diverses societats urbanístiques, s'arriba a la conclusió contrària. L'anàlisi efectuat en la present recerca posa en relleu que les societats urbanístiques locals són, no solament un mitjà òptim per a desenvolupar la política municipal en matèria d'habitatge i sòl, tan necessària en una situació de crisi i de necessitat habitacional en la qual ens trobem, sinó també un instrument eficient, per a la prestació de serveis locals.

L'aplicació en la seua actuació d'un règim jurídic-econòmic sotmès a la Comptabilitat i al Dret privat, abans que ser un element negatiu, és un element essencial per a òptima prestació de serveis i l'exercici d'activitats econòmiques per compte del seu ajuntament titular, especialment amb vista a la intervenció en el complex i canviant sector urbanístic i immobiliari.



## **CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El artículo 1 de la Constitución establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Quiere decir ello que el Estado que preconiza nuestra norma fundamental es un estado “social” y como tal, la Administración debe garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos, entre los que se encuentra el disfrute de una vivienda digna, la existencia de un entorno adecuado y de una serie de equipamientos culturales, sociales, deportivos o similares, que permitan su adecuado desarrollo.

No obstante ello, en la situación actual de crisis económica, es necesario que la Administración sea ágil y eficiente para garantizar la sostenibilidad del sistema. A ello responde la reciente reforma del artículo 135 de la Constitución Española que persigue la consecución del principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea, y al mismo tiempo garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país.

Pues bien, las sociedades mercantiles públicas en el ámbito local son un instrumento fundamental para garantizar la prestación de servicios esenciales al ciudadano, conjugando ello con el principio de estabilidad al ser un instrumento ágil y eficiente, combinando la gestión pública con la agilidad que le otorga su sometimiento al derecho mercantil en su actuación, como si de sociedades privadas se tratase. Pudiendo incluso obtener su parte o la totalidad de su financiación mediante su propia actividad en el mercado, sin comprometer mas que aquellos fondos públicos imprescindibles.

Las “Sociedades urbanísticas”, objeto de esta investigación, son una de las modalidades esenciales de dichas sociedades mercantiles locales, dedicadas específicamente a actividades de esta naturaleza. Tienen una amplia tradición en nuestro derecho, pues se contemplan en nuestra normativa ya desde la Ley del Suelo de 1956 y el texto refundido de 1976, pudiendo ser conceptuadas como aquellas que se dedican a actividades relativas al ejercicio de las competencias urbanísticas de las Administraciones locales. Actividad urbanística en sentido amplio, comprensiva de una amplísima gama de actividades, plasmada en el amplio objeto social previsto y que les reconoce la normativa específica.

Este amplísimo objeto social permite su utilización en la gestión urbanística propiamente dicha, entendiéndose por ello actividades de planeamiento y desarrollo del suelo residencial, industrial o terciarios, así como la promoción, comercialización y administración de vivienda de todo tipo, tanto de nueva promoción como procedentes de procesos de rehabilitación o revitalización urbana. No debe olvidarse que son los instrumentos esenciales previstos por la

normativa para la gestión, administración y desarrollo de los Patrimonios Municipales de Suelo, como instrumento fundamental de intervención en el mercado del suelo y para el cumplimiento de su finalidad esencial, la promoción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública o su uso para otros fines de interés social.

Junto a estas actividades propiamente urbanísticas, su actividad como empresas de servicios para la Corporación o para los habitantes de la población, permite que estas sociedades puedan, además, por un lado construir equipamientos, mantenerlos y explotarlos, ya se trate de sistemas locales o generales, como el caso aparcamientos, mercados, cementerios, polideportivos, incluso centros comerciales, industriales o logísticos, y por otro, la gestión de servicios vinculados al mantenimiento o renovación de los elementos vinculados a la urbanización y su adecuada utilización, como el alumbrado, zonas verdes, alcantarillado, señalización, asfaltado, etc.

Todo ello por cuanto la realidad pone de manifiesto que en un municipio actual existe una amplísima gama de servicios, bienes y equipamientos vinculados al urbanismo. Siendo actualmente sus competencias una multiplicidad de actuaciones, con el límite esencial de imposibilidad de realización de actos que impliquen ejercicio de autoridad y de que las sociedades ejecuten por sí mismas las obras que en su actividad sean precisas ejecutar. La finalidad de esta última limitación es evidente; se trata de sociedades gestoras de servicios y no de empresas contratistas de obras. En este sentido y al objeto de su comprensión, en el supuesto de competencias en materia de vivienda, salvo en supuestos muy puntuales, se trata de empresas “promotoras” de viviendas no “constructoras”.

Debido a esa gran capacidad de actuación, han sido ampliamente utilizadas por las Corporaciones locales durante la reciente época desarrollista, siendo el elemento esencial para el desarrollo de la política social de vivienda y de suelo, especialmente mediante el uso de los Patrimonios Municipales de Suelo, de los que han sido administradoras habituales.

En la actual situación de crisis económica, manteniendo su carácter de promotoras en la medida de lo posible, han asumido ampliamente su función de empresas de gestión de servicios municipales, supliendo ellas a los empresarios privados tras los reiterados incumplimientos de éstos o su abandono en casos de imposibilidad o insolvencia sobrevenida. En estos supuestos han sido garantes de la continuidad en la prestación de dichos servicios en beneficio de los ciudadanos.

Pues bien, siendo un medio muy eficaz y eficiente de gestión de servicios y actividades económicas de las administraciones, existen por un lado, desde un punto de vista conceptual, dudas en cuanto a distintas cuestiones que les afectan y hacen que su funcionamiento a veces no sea homogéneo y sus criterios de actuación dispares. Ello ha dado lugar a que no siempre se actúe de la forma más óptima para obtener las indudables ventajas de todo tipo que estas sociedades suponen para la administración titular de las mismas. Más bien al contrario, parece que gocen de cierta “mala prensa” por considerar que

se trata de un instrumento que es utilizado para solapar o burlar la aplicación de normativa aplicable, especialmente en materia de contratación.

Por otro lado, en la actual situación de crisis, parece que todo lo concerniente al sector público se encuentra “demonizado” y su regulación, con este criterio, ha sido constantemente modificada y no siempre de forma acertada; claro ejemplo de ello es la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), criticada por amplios sectores doctrinales y políticos.

Por ello, partiendo de una visión eminentemente positiva de la actuación de este tipo de sociedades públicas en el ámbito urbanístico y de gestión de servicios, mediante el presente estudio se pretende, en primer lugar, justificar su necesidad. Pues con su utilización obtienen grandes ventajas sus administraciones titulares en el cumplimiento de sus competencias en materia urbanística, son un elemento esencial para el cumplimiento del derecho de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada. Además, tras el exhaustivo análisis de la normativa de aplicación y de los criterios doctrinales y jurisprudenciales, obtener un completo y sistemático conocimiento del régimen jurídico actual de las sociedades urbanísticas de los entes locales.



## **CAPÍTULO II.- ESTADO DEL CONOCIMIENTO**

### **1.- TRATADOS Y ESTUDIOS SOBRE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS**

Las sociedades urbanísticas, por ser un elemento esencial para el desarrollo de la política social de vivienda y del urbanismo, así como la gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, ha sido una de las modalidades de sociedades públicas más ampliamente reguladas por la legislación española. En primer lugar, por la legislación estatal, cuando el urbanismo era de su competencia; posteriormente y con gran amplitud, por las Comunidades Autónomas ya competentes en materia de urbanismo, vivienda y ordenación del territorio tras la Constitución de 1978. Esta amplia regulación consecuentemente ha dado lugar a una amplia literatura jurídica sobre la misma.

El régimen jurídico de las sociedades públicas, en general, y de las locales, en particular, ha sido analizado en distintos tratados, ya desde mediados del siglo XX, como el magnífico *“Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales”*, de Fernando Albi, de 1960.

Se han publicado varios y completos tratados generales sobre sociedades públicas (locales o no), además del ya citado de Fernando Albi, entre los que se pueden destacar: el de Francisco Lliset Borrell sobre *“La Actividad Empresarial de los Entes Locales”* en 1999; *“Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado”* de Encarnación Montoya, de 1996, o el estudio de Gaspar Ariño Ortiz de 2007, *“Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General”*. Igualmente es de destacar el análisis que Santiago González-Varas Ibáñez realiza en su *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomos I (Parte General) y, especialmente el VI (Derecho administrativo económico).

Con un carácter más práctico puede destacarse el ya clásico estudio, en 1992, de Ángel Sánchez Martín y Rosendo Sánchez García titulado *“Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales”* o el más reciente de Mónica Domínguez Martín y Blanca Rodríguez-Chávez Miembro, *“El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales - Estudio desde la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea”* en 2013.

Igualmente se han realizado interesantes estudios y tratados específicos de sociedades urbanísticas, como el de Jesús González Pérez *“Las sociedades urbanísticas constituidas por entes públicos”* en 1978; Raúl Bocanegra Sierra, *“Las sociedades urbanísticas: problemas jurídicos”*, en 1992; Federico Castillo Blanco, *“La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las Sociedades Urbanísticas locales”* en 1999, o el de Francisco Lliset Borrell, *“Gerencias de Urbanismo y Sociedades Urbanísticas. Manual de Urbanismo”* en 2001, o el completo estudio de

Estanislao Arana García *“Las Sociedades Municipales de Gestión Urbanística”* (1997).

Sin una gran vocación científica pero sí eminentemente prácticos, se destacan los estudios realizados por Manuel Zurita González y Enrique Bueso Guirao, en las serie de Boletines Informativos de AVS, n.º 39 (marzo de 1996), 71 (julio de 2002), 79 (junio de 2004) y los números 86 *“Sociedades Urbanísticas (1)”*, y 87 *“Sociedades Urbanísticas en las CC.AA. (2)”*, de 2006, y en colaboración con Juan Manuel Pérez Mira, la *“Guía de Actuación. Gestión de Servicios mediante sociedad mercantil pública”* en 2012.

También hay autores que han analizado de manera profunda distintos aspectos concretos en relación con la actuación de dichas sociedades, como Federico Castillo Blanco; en relación a su objeto, Fernando García Rubio y Miguel Ángel Bernat Blay analizan la figura de la encomienda de gestión, al igual que José María Gimeno Feliu clarifica muchos aspectos relativos a la aplicación de la normativa contractual. Es de destacar a Santiago González-Varas con el análisis de la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) a los promotores públicos y distintos aspectos, la regulación general sobre la aplicación a estas sociedades del llamado *“Derecho Administrativo Privado”* o el *“Derecho Administrativo Europeo”*, así como aspectos puntuales como *“El Levantamiento del velo”* en el ámbito de las sociedades locales.

Hay que destacar, también, el profundo análisis que sobre los aspectos de las relaciones entre la Administración local matriz y su sociedad y el régimen de contratación de ésta con terceros, realiza Julio Tejedor Bielsa en *“Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”* en el Observatorio de contratación pública, 2013.

## **2.- ESTADO ACTUAL DEL CONOCIMIENTO**

Hoy día es necesario la realización de un estudio actualizado de las sociedades urbanísticas municipales que establezca cuál es la situación concreta y real de las mismas y justifique la eficacia de su actuación desde el punto de vista práctico, no solo como instrumento de gestión directa de servicios municipales, sino también la realización de aquellas actividades económicas que redundan en beneficio de los habitantes del municipio.

Esta necesidad se ha visto acrecentada por la nueva situación política y económica de nuestro país, que ha dado lugar a una reforma profunda del sector público. Reforma que si bien es necesaria, se está produciendo en ocasiones sin tener un conocimiento claro del alcance de sus efectos y con una visión errónea y negativa del papel de las empresas públicas. Visión que, en muchos casos, es interesada en la búsqueda de la supresión del sector público debido a la línea neoliberal predominante en el gobierno de la Nación. Así, con la excusa de economizar gastos públicos, se está realizando una política privatizadora que no se encuentra suficientemente justificada ni legal ni económicamente, habiendo dado lugar a multitud de recursos judiciales,

muchos de los cuales han llevado a la paralización de dichos procesos de privatización de servicios por los Tribunales de Justicia.

En esta línea destacan las medidas de racionalización del sector Público puestas recientemente en marcha por el nuevo gobierno de la Nación, proveniente de las elecciones de 2011, que buscan la reducción de las estructuras administrativas, el control de la gestión y la adopción de medidas privatizadoras.

Partiendo fundamentalmente del “Informe del Sector Público Empresarial” y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral aplicable en ciertos aspectos al sector Público, así como las medidas contempladas en la Ley de la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), se ha pretendido la reordenación del sector público desde en un doble aspecto: por un lado, mediante la reducción de la dimensión del sector público empresarial, y por otro, mediante la reducción drástica de la actividad del subsistente.

Dicha reducción del sector público, especialmente del local, además, como se ha indicado, se realiza no solo sin un criterio claro ni racional desde el punto de vista económico, sino también transmitiendo de forma interesada una visión negativa del sector público, no solo en cuanto a su funcionamiento, sino, incluso, en cuanto a su esencia y existencia.

Frente a todo ello, hay que indicar que esta reforma del sector público local y de la Administración local en general, ha sido una de las más contestadas de toda la Democracia Española, dando lugar a multiplicidad de recursos ante el Tribunal Constitucional y la oposición no solo de amplios sectores doctrinales, sino también de los gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas, que con la publicación de su normativa de desarrollo han atenuado en gran medida la aplicación de la misma.

Todo ello hace que, a nuestro entender, sea necesaria la realización de un estudio en profundidad del estado actual y las bondades y disfunciones de las sociedades urbanísticas locales por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, en contra de la opinión que se pretende transmitir actualmente, las sociedades urbanísticas, en particular, y las sociedades mercantiles públicas, en general, son un medio óptimo para la gestión de servicios públicos y el ejercicio de actividades económicas por parte de las administraciones y, especialmente, las administraciones locales.
- b) Además, desde un punto de vista conceptual, todavía persisten dudas en relación a distintos aspectos que les afectan y hacen que su funcionamiento no sea siempre homogéneo y sus criterios de actuación lleguen a ser dispares. Es más, algunos de dichos aspectos o criterios sobre las sociedades sustentados en algunas resoluciones y estudios doctrinales, no se consideran adecuados, se discrepa con ellos y es conveniente delimitar y rebatir en el estudio al objeto de la obtención de una actuación más ajustada a la norma y a la esencia de las propias sociedades.

- c) Por último, dada la reciente y amplia legislación que sobre las sociedades mercantiles públicas y la reforma y reestructuración del sector se han ido publicando los últimos años, han hecho que muchos de los estudios sobre las mismas hayan quedado totalmente desfasados, siendo necesario realizar una nueva labor de recopilación, síntesis y coordinación de dicha normativa.



## **CAPÍTULO III.- HIPÓTESIS Y OBJETIVOS**

Son distintas las hipótesis y variados los objetivos que se plantean en el presente estudio ante la realidad actual del sector público local y de la situación de las sociedades urbanísticas. En concreto los siguientes.

### **1.- HIPÓTESIS**

Las **hipótesis fundamentales** que la presente investigación se plantea constatar son las siguientes:

1. Las Administraciones locales mediante las Sociedades Mercantiles Públicas, en general, y las “sociedades urbanísticas”, en particular, realizan de forma óptima y ventajosa, tanto legal como económicamente, la gestión de los servicios públicos y de las actividades económicas que le son propias, de acuerdo con la normativa de Régimen Local, Urbanística, patrimonial y contractual.
2. Las “sociedades urbanísticas” son un elemento fundamental para garantizar la satisfacción de servicios esenciales y básicos para la ciudadanía en un estado social establecido por la Constitución, especialmente los relativos a la vivienda, el urbanismo y un medio ambiente adecuado y sostenible.

### **2.- OBJETIVO PRINCIPAL**

Partiendo de dichas hipótesis, el objetivo principal es justificar la existencia de las Sociedades Urbanísticas Municipales, por cuanto la gestión mediante ellas es adecuada para la óptima prestación de los servicios públicos locales, la ejecución de actividades económicas en interés de los ciudadanos y garantizar el mantenimiento de los servicios básicos y esenciales. Consecuentemente con ello, lograr una visión positiva de la actuación de este tipo de sociedades.

### **3.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Además, como objetivos específicos se fijan los siguientes:

- a) Realizar un estudio actualizado y completo del Régimen Jurídico de las Sociedades Urbanísticas Municipales desde la práctica y el análisis de sociedades existentes que resuelva las dudas y disfunciones planteadas, tras la multiplicidad de leyes de reforma del sector público, especialmente durante la crisis.
- b) Establecer la situación actual del sector público local tras la entrada en vigor de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

(LRSAL) y de la distinta normativa de las Comunidades Autónomas para su aplicación y desarrollo.

- c) Establecer pautas de actuación de las sociedades urbanísticas, tanto en sus relaciones con las Administraciones de las que dependen como de los ciudadanos destinatarios de su actividad, que garantice su actuación conforme a la normativa española y de la Unión Europea.
- d) Realizar las propuestas normativas en orden a la búsqueda de una adecuación de las mismas a las necesidades y realidades de la sociedad pública.
- e) Comparar la actuación de las distintas sociedades, para analizar las diferentes formas de abordar la creación, finalidad y funcionamiento de las mismas.
- f) Establecer criterios para la creación de nuevas sociedades, definiendo sus elementos esenciales (estatutos, capacidad de actuación, órganos de gobierno, etc.).

## **CAPÍTULO IV.- METODOLOGÍA**

### **1.- CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL EN LA NORMATIVA APLICABLE**

#### **1.1.- EN LA NORMATIVA ESTATAL**

Las “Sociedades Urbanísticas” sobre las que versa el presente estudio son esencialmente sociedades mercantiles dependientes de las distintas administraciones locales, de las que no son sino una tipología específica por razón de su objeto, el desarrollo de la política de suelo y de vivienda de dichas administraciones. Los elementos definitorios de las mismas son consecuentemente el hecho de ser un ente de carácter instrumental de la Administración local, su específica finalidad urbanística y, desde el punto de vista formal, la adopción de una de las clases de sociedades de capital previstas por la legislación mercantil.

Consecuentemente con ello, la normativa de aplicación a la misma es amplia, variada y compleja, en función de cada uno de estos aspectos que predomine en una determinada relación, teniendo en cuenta, además, que las diferentes normas a veces, no solo no son coincidentes en sus regulaciones, sino que llegan a preconizar efectos distintos para idénticas situaciones.

Es por ello necesario que, desde el punto de vista metodológico, se realice en primer lugar un estudio amplio de la normativa aplicable, en función de cada uno de estos aspectos, y de las competencias estatales o de las Comunidades Autónomas. Este estudio se realizará en el capítulo VII, que lleva por título “Análisis de la legislación aplicable a la sociedad urbanística”. Posteriormente se realizará un estudio pormenorizado de cada uno de los aspectos de las actuaciones de las distintas sociedades urbanísticas locales que actúan en el sector, en función de distintos aspectos de la misma, buscándose las coincidencias y discordancias con la norma, estableciendo, por último, una serie de criterios o propuestas de actuación.

Desarrollaremos de forma breve las características de las sociedades urbanísticas, al objeto de fijar los puntos de partida a los efectos metodológicos y apreciar la amplitud del estudio.

#### **1.1.1.- La Sociedad Urbanística Local como ente instrumental local**

Las sociedades urbanísticas son un ente instrumental de las entidades locales. Una categoría o especie de las sociedades públicas locales, calificadas por su concreto objeto, la actuación en el amplio campo del urbanismo. Como sociedades públicas locales se les aplica, en primer lugar, tanto la normativa administrativa general, como la de régimen local, ya sea estatal o de las distintas CC.AA. Además, se encuentran regidas por su forma por la normativa

privada aplicable a las sociedades, especialmente la mercantil, pues se trata de sociedades mercantiles.

La Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), en su artículo 85 ter indica que las *“sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...”*. Ello quiere decir que, como se ha indicado, se les aplica con carácter general el ordenamiento jurídico privado, aun cuando en ciertos aspectos se les aplica distinta normativa pública.

La normativa de Régimen Local estatal más fundamental es ley citada LBRL complementada por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y, especialmente desarrollada por el Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

La LBRL debe complementarse con otra normativa local más específica, reguladora de distintos aspectos concretos cómo:

- a) En aspectos económicos/financieros, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, junto al Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
- b) En relación a la constitución, personal y órganos de gobierno, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.
- c) En materia patrimonial, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Además existe otra amplia Normativa Administrativa de ámbito no local pero aplicable a distintos aspectos de su actuación, entre las que puede destacarse, en cuanto al régimen patrimonial: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP); régimen de contratación: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y Régimen económico financiero: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

Por su parte, las Comunidades Autónomas han legislado en función de su competencia, esencialmente de desarrollo de la normativa básica estatal, tanto en materia de Régimen Local como de Gobierno, Patrimonio o Hacienda Pública.

### **1.1.2.- Sociedad Urbanística Local como agente de promoción urbanístico y de vivienda**

La sociedad urbanística es un instrumento esencial para la promoción de la vivienda y el suelo desde las administraciones, especialmente las locales, desde la segunda mitad del siglo XX, aun cuando ya existen antecedentes de ellas en los primeros años del referido siglo.

Por ello han sido objeto de una regulación específica y más completa que el resto de sociedades públicas, por parte de la normativa urbanística.

Su regulación en la normativa estatal, que antes de la Constitución de 1978 era la única competente para legislar en materia de urbanismo, se inicia de forma específica en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y que las define como las empresas públicas con forma de sociedad mercantil para la ejecución y gestión del planeamiento.

Se desarrolla dicha normativa por el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 y, especialmente, el Decreto 1169/1978, que reguló específicamente y de forma amplia y profunda las sociedades urbanísticas<sup>1</sup>. Dicho Decreto que se encuentra actualmente en vigor, ha servido de referencia y modelo de muchas regulaciones autonómicas como la asturiana o la castellano-manchega. Decreto que ante la regulación de forma desigual por las CC.AA. de las sociedades urbanísticas, se aplica actualmente como supletorio por reiterada Jurisprudencia.

### **1.1.3.- La Sociedad Urbanística Local como sociedad mercantil**

Las sociedades urbanísticas han de adoptar necesariamente una forma mercantil, en la que la responsabilidad de la administración titular se encuentre limitada al capital aportado. En este sentido, el citado Decreto 1169/1978 establecía claramente la necesidad de que este tipo de sociedades adopte la forma mercantil, en su artículo 4 al indicar que: *“la sociedad urbanística revestirá siempre la forma de Sociedad anónima, y deberá ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil”*. Como se observa, el Decreto 1169/1978 se refiere únicamente a la denominada *“sociedad anónima”*, pero en la actualidad con las distintas reformas del contenido y esencia de las sociedades de Responsabilidad Limitada, se permite esta tipología.

En la actualidad, el artículo 85 ter de la LBRL, en su párrafo 2.º en relación a las sociedades locales, establece que: *“La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad”*.

---

<sup>1</sup> Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales” (RSU).

De acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, las sociedades que reúnen dichas características son las establecidas en su artículo 1, en concreto, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. Todas ellas, *“cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”*, de acuerdo con el artículo 2.º. Con carácter general, el artículo 1 de la LSC establece el principio general de que en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada los socios no responden personalmente de las deudas sociales. No obstante ello, como se analizará en el capítulo VI, con el objetivo de combatir los eventuales abusos de la personalidad jurídica, los tribunales españoles han modulado la absoluta separación patrimonial entre sociedad y socio establecida en la LSC mediante la incorporación jurisprudencial de la doctrina del levantamiento del velo. Según esta doctrina, si se ha utilizado la personalidad jurídica de una sociedad como un fin o instrumento defraudatorio, los tribunales pueden imputar los actos realizados por la sociedad a sus socios, tanto en el curso de una reclamación extraconcursal como en sede concursal.

## **1.2.- CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL EN LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Las Comunidades Autónomas ahora son competentes en materia de urbanismo tras la Constitución de 1978, habiendo asumido todas ellas en sus Estatutos las competencias en materia de Urbanismo, Ordenación del Territorio y Vivienda.

No obstante ello, la regulación que éstas han realizado de las Sociedades Urbanísticas no ha sido excesivamente amplia sino que, en general, lo ha sido de forma incompleta, aun cuando existan notables excepciones. En concreto, han reconocido específicamente la existencia de las mismas, si bien pocas han regulado con cierta precisión su estatuto jurídico (competencias, objeto social, formas, etc.) por lo que se debe acudir en muchos casos a la normativa estatal aún vigente para determinar su régimen jurídico, fundamentalmente el ya citado Decreto 1169/78. No obstante ello, hay dos CC.AA. que han declarado específicamente la inaplicabilidad de este real decreto, criterio que a nuestro entender es contrario a Ley como se verá, que son la Comunidad de Castilla y León y Cataluña.

Igualmente, las CC.AA. han desarrollado la normativa estatal aplicable a las sociedades mercantiles locales, como la básica estatal de Régimen Local o en la relativa al régimen patrimonial.

Por todo lo indicado, la abundante y dispersa normativa de las CC.AA. que afecta a las sociedades públicas locales, así como la persistencia de distinta normativa de aplicación estatal, tanto de derecho público como privado, hace necesario que se realice una labor de localización, sistematización, síntesis y análisis comparativo de la misma, al objeto de tener una visión adecuada del régimen jurídico aplicable a dichas sociedades en función del territorio donde realicen sus actividades, que se realiza fundamentalmente en el capítulo VII del presente estudio.

Dicho análisis, en primer lugar, se iniciará con una investigación y recopilación general sobre la amplísima normativa de aplicación, tanto pública como privada. Igualmente se buscará y recopilará Jurisprudencia, resoluciones de las Juntas de Contratación Administrativa, Abogacía del Estado, Tribunal de Cuentas, Sindicatura de Cuentas sobre los distintos aspectos del funcionamiento de las sociedades urbanísticas. Por último se recopilará y sistematizará libros, comentarios, artículos y demás publicaciones Doctrinales aplicables a las sociedades urbanísticas.

El análisis de la normativa es complejo, pues el fundamento legal de las sociedades urbanísticas se encuentra en distintas normas de distinto ámbito, tanto de la Unión Europea o del Estado como de CC.AA., incidiendo sin carácter exhaustivo en la siguiente: Normativa Urbanística (Nacional, Estatal y de CC.AA. y la legislación comparada de la Unión Europea), Normativa de régimen local (tanto estatal como autonómica) y la distinta normativa en relación a diversos aspectos de su actuación tanto Estatal (LCAP o LRJAP y PAC), mercantil y civil, como de las CC.AA. (Patrimonio, Régimen jurídico, Gobierno, etc.).

Seguidamente se realizará un amplio estudio sobre la situación actual del sector público tras las recientes reformas, especialmente la realizada por la LRSAL.

Posteriormente, en la medida de lo posible, se determinará el régimen jurídico de las sociedades urbanísticas mismas. Las materias que serán objeto de estudio en base a la normativa actualizada y doctrina serán las siguientes:

- a) Concepto y caracteres.
- b) Procedimiento de constitución.
- c) Capacidad de actuación en relación con el urbanismo, promoción de vivienda y edificios y equipamientos, actuaciones de administración o venta de inmuebles, gestión de servicios/actividades económicas y otras.
- d) Aspectos internos organizativos, tanto en relación con sus órganos de gobierno como el personal a su servicio.
- e) Las relaciones Jurídicas de la Sociedad, tanto en su ámbito interno o instrumentales entre la sociedad y su administración titular, como las externas, o relaciones con terceros, de contratación pública.
- f) El régimen patrimonial: Adquisición, administración y enajenación de sus bienes.
- g) Régimen económico/financiero, con la especialidad de que se les aplica el régimen de auditoría y no el régimen presupuestario.
- h) Las especialidades de constitución y de actuación de las sociedades mixtas.

Para completar ese estudio de la legislación, se realizará una labor de campo para lograr obtener una referencia clara de los criterios de actuación específica y concreta de sociedades urbanísticas existentes en nuestro país y

especialmente las pertenecientes a la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), que agrupa más de 150 sociedades urbanísticas dependientes de las distintas administraciones.

## **2.- IDENTIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL**

Las sociedades públicas urbanísticas, a lo largo de su larga existencia y su amplio uso, no han estado exentas de valoraciones positivas, pero también han recibido críticas negativas que han recomendado, incluso, su desaparición. Sentaremos de inicio y de forma breve los destacados aspectos positivos y las críticas que sobre las mismas se han vertido, al objeto de su desarrollo y análisis posterior, al objeto de justificar su existencia.

### **2.1.- RAZONES PARA SU CONSTITUCIÓN (ARGUMENTOS A FAVOR)**

Tradicionalmente, en materia de gestión urbanística, el legislador ha apreciado la necesidad de creación de Entes Instrumentales que actuasen bajo el mundo del derecho privado en ciertos ámbitos de actividad donde, ponderando intereses públicos, actuase con la máxima eficacia y eficiencia permitiendo la dinamización de la ejecución del urbanismo.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, al regular los Órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de los servicios públicos, establece la razón última y fundamental de la creación de estas empresas (es el principio de eficacia), al indicar que:

*“... el Pleno podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, cuando así lo aconseje la necesidad de una mayor eficacia en la gestión, la complejidad de la misma, la agilización de los procedimientos, la expectativa de aumentar o mejorar la financiación o la conveniencia de obtener un mayor grado de participación ciudadana en la actividad de prestación de los servicios”.*

Ángel Sánchez y Rosendo Sánchez<sup>2</sup>, citando a Albi, indican que: *“las finalidades perseguidas por las corporaciones locales al crear las referidas empresas son tres: la sujeción al derecho privado, la limitación de la responsabilidad y el dominio absoluto de la empresa por la Corporación que la crea”.*

Dentro de la primera de éstas, la sujeción al derecho privado, el citado autor indica que: *“se persigue la evasión de los modos administrativos, lo que se refiere a la evasión de:*

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ MARTÍN Y SÁNCHEZ GARCÍA, 1992.



- 1.- *la técnica rígida del presupuesto,*
- 2.- *los trámites de la contratación administrativa,*
- 3.- *las trabas para el reclutamiento de personal,*
- 4.- *los efectos dilatorios de las intervenciones tutelares”.*

Criterio que puede admitirse, si bien con las matizaciones y modificaciones legislativas recientemente producidas, fundamentalmente debido a la aplicación de la normativa de contratación/mercado interior de la Unión Europea y que se analizará en el apartado correspondiente del presente análisis (capítulo X<sup>o</sup>).

Más actualmente, el profesor Eduardo García de Entrerría, indicaba que era indispensable *“huir de las reglas constrictivas de una gestión pública ordenada por el derecho administrativo y financiero. La fórmula señalada fue la creación por las administraciones públicas de las sociedades urbanísticas sometidas a un derecho especial. Se trataba con ello de eliminar las reglas de la contabilidad pública, de financiación de entidades locales, de contratación administrativa, de procedimiento administrativo, de funcionarios públicos, del sometimiento a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, realizando sistemas de gestión empresarial”.*

Estanislao Arana<sup>3</sup>, en un profundo estudio sobre las sociedades municipales de Gestión urbanística, considera que, en primer lugar, *“es el deseo y la confianza en que la utilización de las técnicas propias del Derecho privado agilice y consiga mayores dosis de eficacia en el ámbito de la gestión urbanística la que, en principio y formalmente, guía a la administración municipal a crear sociedades municipales de gestión urbanística”*, indicando que de las muchas formas posibles de instrumentos jurídicos que podría utilizarse para esta agilización de la actuación urbanística *“son las fórmulas societarias las que ofrecen mayor capacidad operativa, sobre todo por la no utilización del rígido y garantista Derecho público, en favor de un Derecho mucho más flexible o dúctil como es el privado”*. En segundo lugar, el citado autor considera que la gestión sometida al Derecho privado tiene además otras finalidades que benefician al poder municipal, en concreto, *“la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto; la superación de los trámites de la contratación administrativa; la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios para la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas”*.

Es interesante la reflexión que, sobre el fundamento de la constitución de este tipo de sociedad, realiza Carlos de la Guardia Pérez-Hernández, indicando que en aquellos supuestos en los que la actuación municipal pretenda intervenir activamente en el urbanismo y no limitarse a meras actuaciones de policía, debe acudir a este tipo de sociedades. Así claramente manifiesta que *“el Ayuntamiento que se plantee su actuación urbanística fundamentalmente como una labor de policía, basada en la aprobación de planes parciales, proyectos de urbanización, estudios de detalle y la concesión de licencias, puede probablemente funcionar con una estructura totalmente tradicional, pero*

---

<sup>3</sup> ARANA GARCÍA, 1997, páginas 58 y 59.

*cuando la Corporación se plantee intervenir más activamente, negociando con los particulares, aplicando figuras de gestión innovadoras, tomando la iniciativa en la realización de actividades, pronto se dará cuenta de que el corsé de la estructura burocrática resulta demasiado estrecho, porque las decisiones son demasiado lentas, el diálogo con los particulares no llega a cuajar, etc. (...) y deberá plantearse la necesidad de dotarse de una estructura organizativa distinta”<sup>4</sup>.*

Igualmente, Luciano Parejo Alfonso, citado por Arana ya en 1992, al analizar los problemas del urbanismo actual, indicaba la necesidad de flexibilizar las formas de gestión lato sentido para su adaptación a la realidad misma de los procesos de transformación y uso de suelo, y la evolución experimentada tanto por la sociedad como por la acción del poder político.

El Tribunal de Cuentas, en su reciente Informe 1.003, analiza el objetivo de la Administración Pública con la actuación mediante entes instrumentales, en base a dos aspectos fundamentales, por un lado la autonomía económica y por otro la mayor flexibilidad de actuación, al indicar que *“frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que no implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en el caso de que sean organismos públicos, responderá a la fórmula de la descentralización funcional o por servicios, y en el caso de que sean sociedades y fundaciones, suponen la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado y no ser funcionario su personal, sino laboral”<sup>5</sup>.*

De todo lo expuesto podemos concluir que las sociedades urbanísticas se han constituido fundamentalmente con la finalidad de lograr una mayor eficacia de la actuación administrativa de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, permitiendo mediante esta forma de actuación la gestión de un servicio público o la iniciativa económica municipal con sometimiento en su prestación al derecho privado, frente al rígido procedimiento administrativo.

---

<sup>4</sup> DE LA GUARDIA PÉREZ-HERNÁNDEZ, 1994, página 47.

<sup>5</sup> Tribunal de Cuentas Informe 1.003, “Informe sobre fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012”, página 15. Publicado en diciembre de 2013.

## **2.2.- POSICIONAMIENTOS CRÍTICOS Y ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL**

La crítica esencial que habitualmente se hace a este tipo de sociedades, que actúan sometidas en al derecho privado, es que con su uso lo que realmente se busca, no es agilidad sino una actuación en fraude de ley, en base a la famosa expresión “huida de Derecho Administrativo”, pues la Administración en todas sus formas debe actuar sometida al derecho público. La actuación de entidades administrativas sometidas al derecho privado no se encuentra suficientemente justificada y, aun cuando pueda ganarse en rapidez, se pierde la seguridad jurídica, pues se evitan los controles presupuestarios y de fiscalización previa y, especialmente, la normativa de contratación pública.

El resultado, se concluye, que bajo la pretendida agilidad, la realidad es que se produce cierto “descontrol” en la actuación pública, lo que favorece en último término la corrupción, pues solamente la actuación sometida al derecho público estricto garantiza la “pureza” en la actuación de la Administración.

Además se ha llegado a afirmar que la gestión por este tipo de sociedades es una gestión más costosa que la gestión privada, dando lugar a un encarecimiento o sobrecoste en el actuar público que se solucionaría fácilmente con la privatización en la gestión del servicio.

Paradigma de estos argumentos han sido las justificaciones dadas en la reciente reforma del Sector Público Local, realizada esencialmente por la LRSAL, que pretendía, en un primer momento, la supresión indiscriminada del sector público local, si bien al final y ante la oposición de amplios sectores, ha quedado en una restricción no muy clara de su uso y una limitada eliminación de sociedades, esencialmente las mixtas.

Estas afirmaciones, la mayor parte de ellas con escaso fundamento, han creado en ciertos sectores y en la opinión pública una visión negativa de la actuación de estas sociedades y una opinión favorable a la limitación de su uso.

Planteamiento acertado en relación a esta cuestión es el planteado por Santiago Gonzáles-Varas que indica que *“en general del Derecho español denota una preocupación especial por evitar la utilización inadecuada o incorrecta de la concesión cuando debe emplearse una forma de gestión directa. Pero no puede pasarse por alto el problema inverso, es decir, el de la elección de una forma directa de gestión, con el fin de eludir los principios de concurrencia y publicidad previstos por la norma administrativa para la concesión. El fraude de ley es patente (según pone de manifiesto la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de septiembre de 1993) cuando tras decidirse la Administración por la gestión directa, aquella arrienda directamente el servicio a un particular para que éste sea en definitiva quien lo gestione<sup>6</sup>”*.

---

<sup>6</sup> GONZALEZ.-VARAS IBÁÑEZ (2013) página 55 del Tomo VI (Derecho administrativo económico) del Tratado de Derecho Urbanístico.

### **3.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN**

Es esencial la adecuada configuración de la sociedad urbanística al objeto de que pueda ser un instrumento útil y eficiente para su administración propietaria. Esta configuración es imprescindible que se realice desde el momento mismo de su concepción, determinando en el expediente administrativo de constitución, los elementos definidores no solo en cuanto a las posibilidades de actuación, determinados en su objeto social, sino también en el establecimiento de las relaciones jurídicas y especialmente económicas, entre la Administración y la sociedad.

No obstante ello, existen disfunciones o aspectos que no se encuentran adecuadamente definidos en la normativa y que han dado lugar a interpretaciones contradictorias. Estas serán objeto de profundo análisis con ánimo de clarificarlas y de proponer aquellas actuaciones más adecuadas en este ámbito, en el capítulo VIII.

En concreto, los aspectos más controvertidos o poco claros en la regulación son los siguientes:

- a) El procedimiento de constitución, con regulaciones no siempre claras, llegándose incluso a plantear el hecho de la necesidad o no del expediente de constitución y, en su caso, del específico contenido y alcance del mismo.
- b) La capacidad de actuación, pues es un elemento esencial para la configuración de la sociedad. Hay grandes contradicciones entre la normativa general de administración local, especialmente la LBRL tras el recorte de competencias realizado por la LRSAL, y la normativa sectorial, no solo estatal, sino especialmente las de las CC.AA., que regulan las sociedades urbanísticas con una amplísima competencia. Esto es especialmente grave en relación a la limitación competencial de los ayuntamientos en el nuevo artículo 25 y concordantes de la LBRL, especialmente en materia de vivienda.
- c) El encaje, no siempre adecuado, entre la normativa mercantil y la administrativa, en todo este proceso de constitución y definición de las actuaciones y clases de las sociedades públicas a constituir.

### **4.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE ÓRGANOS DE GOBIERNO Y PERSONAL A SU SERVICIO**

El aspecto subjetivo de las sociedades mercantiles públicas y consecuentemente de las urbanísticas, es uno de los ámbitos más problemáticos y que más debe analizarse. La legislación administrativa establece una serie de criterios, especialmente en relación a los órganos de

gobierno, que determinan profundas variaciones del régimen jurídico de estas sociedades en relación con el de las sociedades mercantiles privadas.

En este sentido, se debe analizar y definir el régimen en relación a la Junta General, habitualmente el Pleno de la Corporación, y el Consejo de Administración, en aspectos tales como su composición o limitaciones, el estatuto jurídico de los Consejeros, sus retribuciones, la información a que tienen derecho, sus responsabilidades, incompatibilidades, delegaciones de facultades, consejeros delegados, etc.

Existen igualmente distintos aspectos relativos al personal directivo, tanto en relación a la figura del Gerente (su necesidad o no y su contenido y funciones) como de otras figuras, que actúan en los órganos de gobierno pero que no son verdaderos consejeros, como el “Secretario no consejero” o el “Letrado Asesor”.

También existen distintos aspectos no suficientemente claros en relación al personal a su servicio, que partiendo de su naturaleza laboral, tienen ciertas especialidades en cuanto a su contratación, los criterios de selección, el alcance de los requisitos de “mérito, capacidad y no discriminación”, retribuciones y extinción de la relación.

Se analizarán de forma conjunta tanto las sociedades que adopten la forma de Sociedad Anónima (SA) como las de Responsabilidad Limitada (SL). Como punto de partida hay que destacar que tienen una regulación similar si bien presentan ciertas peculiaridades diferenciales, por ello que cuando la normativa establezca alguna diferencia esencial entre ellas, se destacará el contenido y alcance de la misma. Todo ello en el capítulo IX.

## **5.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS LOCALES**

Las sociedades públicas urbanísticas desarrollan una amplísima actividad que da lugar a multitud de tipos de relaciones, si bien la distinción esencial es la que distingue entre internas o “ad intra”, que son esencialmente las que mantiene con su administración, y las externas o “ad extra”, que son las que mantiene con terceros. En dichas relaciones existen distintas dudas interpretativas en la Doctrina y disfunciones en la normativa.

En la primera de las relaciones, con su administración titular, se han planteado muchas y variadas interpretaciones en orden a determinar cómo se configuran. Se han utilizado, y no siempre de una forma uniforme, distintos instrumentos jurídicos para instrumentarlas; así se ha considerado a la sociedad como un modo de gestión directa del servicio público, siendo creada específicamente para ello y determinando claramente su extensión en el objeto social. Por el contrario, otros autores la determinan en base a la novedosa figura de la encomienda de gestión. Por ello, es necesario determinar el contenido y

alcance de cada una de estas figuras y los criterios para la utilización de una u otra, pues, a nuestro entender, no siempre se ha realizado adecuadamente.

En la segunda de las relaciones, la externa frente a terceros, se establecen multiplicidad de relaciones, destacándose las relativas a la contratación pública, lo que plantea multitud de cuestiones no siempre resueltas relativas al alcance de las especialidades de aplicación de la legislación de Contratación del sector Público en función de que se trate de contratos sometidos o no a Legislación Armonizada, los procedimientos a seguir y sus cuantías, el contenido de las Instrucciones Internas de Contratación, las informaciones a suministrar a los órganos de control, etc. Cuestiones que intentarán ser analizadas y propuestos unos criterios de actuación, lo que es importante pues debe de tenerse en cuenta que las cuantías de los contratos que celebran estas sociedades en materia de vivienda y urbanismo son muy elevadas y, consecuentemente, las responsabilidades en casos de eventual anulación de dichos contratos pueden ser muy cuantiosas.

Además de ello, es necesario el análisis de la reciente normativa que modifica el TRLCSP, que realiza profundos cambios en aspectos como la acreditación de la solvencia, revisión de precios y recursos contractuales, no siempre claros.

Todo ello se realiza en el Capítulo X.

## **6.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO PATRIMONIAL**

Es necesario para precisar el régimen jurídico de las sociedades urbanísticas locales, que se determine el encaje del régimen económico financiero público (el régimen presupuestario) con el mercantil (régimen de auditorías y depósito de cuentas en el Registro Mercantil), lo que no siempre es fácil. Además es importante determinar el concreto papel de la intervención y tesorería del ayuntamiento en relación con las sociedades, así como el régimen de su endeudamiento y sus relaciones con la normativa de estabilidad presupuestaria, lo que plantea abundantes dudas por la heterogeneidad de las normas aplicables.

En relación al Régimen patrimonial, hay que indicar que la sociedad municipal es titular de un patrimonio propio e independiente de la corporación local para el cumplimiento de los fines legítimos para los que se ha constituido. La sociedad puede adquirirlos en el mercado inmobiliario o recibirlos de su administración de forma gratuita u onerosa, bien por su aportación al capital social en su constitución o en posteriores ampliaciones. Igualmente puede enajenarlos de forma onerosa o gratuita a terceros o la propia corporación de la que depende.

Estos negocios jurídicos de adquisición o de enajenación son denominados contratos patrimoniales. En este tipo de contratos, al igual que en los contratos propios, se distingue una relación interna entre la sociedad y su administración exenta de la normativa de contratación pública y los contratos externos.

El concreto régimen de los contratos patrimoniales de la sociedad con terceros, es uno de los aspectos más relevantes y a la vez más difíciles de determinar y del que existen distintas teorías y posicionamientos doctrinales. Ello es debido a que en principio se encuentran excluidos de la normativa de contratación pública, que los remite a la normativa patrimonial, pero ésta, a su vez, vuelve a reenviar a la normativa de contratación, si bien de una forma y con un alcance que no está del todo claro. Por ello es necesario que se pongan de manifiesto estas disfunciones y se clarifique su régimen jurídico en base a interpretaciones doctrinales, jurisprudenciales y de organismos consultivos para su determinación, que no siempre son coincidentes.

El estudio y análisis de estos aspectos se realiza en el capítulo XI.

## **7.- ANÁLISIS DE DISFUNCIONES SOBRE LAS SOCIEDADES MIXTAS**

Las sociedades mixtas son aquellas en las que concurre capital público y privado. Son los Partenariados Públicos Privados Institucionales (PPPI) en el derecho europeo.

Son un instrumento eficaz para que las administraciones locales realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado, lo que es muy conveniente para lograr integrar a los propietarios de un sector determinado o para conseguir que determinadas actuaciones se realicen con la doble perspectiva de actuación, la pública y la privada o para la obtención de financiación del socio privado.

La problemática que se suscita es doble; por un lado no está perfectamente claro el procedimiento de constitución, y por otro al incluir a socios privados las relaciones entre la administración y la empresa están sometidas a la normativa de mercado interior, al no poder ser considerada ésta medio propio de aquélla. Además, recientemente con la LRSAL se ha prohibido la constitución de la mayor parte de estas sociedades y se impone su disolución, especialmente las de segundo nivel. Si bien estos criterios no están suficientemente claros en la normativa y, además, se oponen a la potenciación que de estas sociedades hacen determinadas normativas para la obtención del capital privado, tanto en la normativa europea como en la española, especialmente la urbanística y los planes de vivienda de específica aplicación a las sociedades urbanísticas.

Por ello, es necesario un estudio en profundidad para la síntesis de las distintas y contradictorias normativas convergentes para determinar los criterios y procedimiento para su constitución y su régimen jurídico en general. Estableciendo, en la medida de lo posible, unos criterios claros en relación a la constitución, actuación y utilización de este tipo de sociedades. Estudio que se realiza en el Capítulo XII.

## **8.- VISION DE CONJUNTO Y CONTRASTE DE LA HIPOTESIS**

La hipótesis esencial de que las administraciones locales mediante las Sociedades Mercantiles Públicas en general, y las “sociedades urbanísticas” en particular, realizan de la forma óptima y ventajosa la gestión de los servicios públicos y de las actividades económicas que le son propias, de acuerdo con la normativa de Régimen Local, Urbanística, patrimonial y contractual, es puesta en entredicho por distintos autores contrarios a las mismas.

Las críticas que a las mismas se le hacen, esencialmente con un criterio neoliberal, buscan la privatización a ultranza de los servicios públicos y, más allá de las pretendidas ventajas económicas, entendemos que se trata de un análisis interesado para potenciar al sector privado, con una lectura liberar del Estado que de acuerdo con la Constitución es un “Estado Social” que, en definitiva, es la garantía del estado del bienestar.

Es cierto que algunas de las críticas son acertadas, pero ello solamente pone de relieve la existencia de disfunciones en cuanto a la aplicación o interpretación de la norma, que, como se analizará, no siempre es adecuada a la finalidad de dichas sociedades y otras veces no es lo suficientemente clara, como se ha visto al plantear con carácter previo al estudio las distintas disfuncionalidades en los apartados anteriores.

La aplicación del derecho privado, lejos de ser un fraude le ley, es la aplicación estricta de la misma. Es la Ley la que somete expresamente a las sociedades urbanísticas por las especialidades de su objeto a dicha legislación, salvo las específicas actuaciones que considera que debe aplicarse el derecho público. Por ello, la llamada “huida del Derecho Administrativo”, lejos de ser una viciosa aplicación del derecho, es una consecuencia de la norma, que no solo la impone sino que la considera justificada y adecuada para los fines impuestos a dichas sociedades.

Son por tanto las “sociedades urbanísticas”, como se pretende acreditar y a ello tiende esta investigación, un elemento fundamental para garantizar la satisfacción de servicios esenciales y básicos para la ciudadanía en un estado social establecido por la Constitución, especialmente los relativos a la vivienda, el urbanismo y un medio ambiente adecuado y sostenible.



## **CAPÍTULO V.- EL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN ACTUAL**

### **1.- DETERMINACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL**

#### **1.1.- INTRODUCCIÓN**

En la primera parte del estudio es necesario que se centre el tema analizando distintos aspectos previos, con el objeto de que se pueda llegar a un estudio completo de las sociedades urbanísticas.

En primer lugar es imprescindible que se encuadren y ubiquen exactamente dentro de la amplia estructura de las Administraciones españolas en general y del Sector Público en particular.

Centrado ello, hay que analizar la situación actual, pues en estos tiempos de crisis y con una visión de la administración no demasiado positiva por considerarla sobredimensionada y, por qué no decirlo, sobre la que pesa la sospecha de numerosos casos de corrupción, se ha producido desde los distintos gobiernos, de la Nación y de las distintas CC.AA., un afán reformista que ha llevado a una profunda modificación del régimen jurídico del sector público. Reforma que no siempre ha obedecido a criterios demasiado racionales y que no está teniendo el alcance que, en principio, desde este sector, se temía. Por ello es muy importante que en estos primeros pasos del estudio se analice la reciente y amplia normativa que ha ido surgiendo con el indicado afán de reforma/renovación del sector público, especialmente el Local, que culmina con la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

Esta norma con más de un año ya en vigor ha tenido distintos efectos, si bien menos de los esperados. No obstante ello, se analizarán los efectos que la nueva regulación legislativa tiene para el sector público, distinguiendo, como lo hace el texto aprobado, entre las consecuencias para el sector actualmente existente y las que se pueden producir en el futuro, en la medida que un ayuntamiento se plantee la constitución de un ente instrumental nuevo.

Igualmente se analizarán dichos efectos en función de la finalidad que persiguen los entes instrumentales de las administraciones locales, la “prestación de servicios públicos” o el “desarrollo de actividades económicas”. Ello es así pues la nueva Ley los regula de forma diferenciada y establece unos efectos distintos para unos u otras. La razón es evidente, no es lo mismo prestar un servicio, que es desarrollar actuaciones propias de la competencia, muchas de ellas obligatorias, que desarrollar actividades económicas en desarrollo de la iniciativa en dicha actividad prevista en los artículos 38 y 128 de la Constitución<sup>7</sup> que, aun cuando redunden en beneficio de la población, no

---

<sup>7</sup> El artículo 38 de la Constitución indica que “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.” y el artículo 128.2 reconoce “la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales,

es sino el ejercicio de actividades privadas y no obligatorias de los entes locales. Por ello, establecen unos mayores condicionantes para la constitución de entes o sociedades instrumentales para el ejercicio de actividades económicas que para las de prestación de servicios públicos y, ante las situaciones deficitarias de unas u otras sociedades, los efectos son sustancialmente distintos como posteriormente se analizará.

Así, la LRSAL establece modificaciones en el articulado de la LBRL de distinto calado en relación a los requisitos exigidos para la constitución de entes instrumentales para la prestación de servicios (art. 85) y para el desarrollo de actividades económicas (art. 86) y, de igual forma, una regulación de distinto alcance en la Disposición Adicional Novena (Redimensionamiento del Sector Público Local) para las sociedades actuales que prestan servicios y para aquellas que realizan actividades económicas.

## **1.2.- EL SECTOR PÚBLICO**

### **1.2.1.- Las administraciones públicas y sus tipos**

En el estado español, desde el avenimiento del orden constitucional, no puede hablarse realmente de administración sino de administraciones públicas; en este sentido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, indica que se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas, las territoriales, Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las no territoriales, “las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”<sup>8</sup>.

La Constitución no define la administración sino que en su artículo 103.1 indica que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

En esta concepción de la administración sometida al orden jurídico y constitucional, es de destacar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que indica:

*“La Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla.*

---

especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

<sup>8</sup> Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre); artículo 2, ámbito de aplicación.

*El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos”.*

Las administraciones públicas se clasifican fundamentalmente en función de que en ellas predomine su adscripción a una zona específica de territorio nacional, en donde ejercitan sus competencias, en cuyo caso se denominan administraciones territoriales, o por el contrario se adscriben a la prestación de un determinado servicio público o al ejercicio de una concreta función, en cuyo caso se denominan administraciones institucionales.

La citada clasificación es la que establece el artículo 2 de la Ley 30/1992, al indicar:

1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:
  - a) La Administración General del Estado.
  - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
  - c) Las Entidades que integran la Administración Local.
2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública.

Además de ello, el artículo 137 de la Constitución establece que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

De acuerdo con ello, se puede distinguir a los efectos de nuestro estudio la siguiente clasificación de la administración española:

- 1) Las Administraciones territoriales, que se articulan en un triple ámbito:
  - Administración general del Estado.
  - Administraciones de las Comunidades Autónomas.
  - Administraciones locales.
- 2) Las Administraciones institucionales.

Dando una visión más amplia y bajo la denominación de “Sector Público”, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 3 al establecer el Ámbito subjetivo de aplicación de la misma, establece una prolija determinación de los entes que lo integran que, aun cuando se refiere a los efectos de la aplicación de la Ley, es bastante revelador a los efectos de entender quiénes lo componen.

En concreto indica que, a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) *“La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*
- b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.*
- c) *Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*
- d) *Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.*
- e) *Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.*
- f) *Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.*
- g) *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.*
- h) *Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.*
- i) *Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.*

### **1.2.2.- La administración Institucional**

Frente a este concepto amplio del sector público, utilizaremos un concepto restringido del mismo vinculándolo a la que se ha denominado “administración institucional”, en la que se incluyen las sociedades públicas.

Se suele establecer una clasificación de la misma en función de la Administración de la que dependen, ya sea de la Administración del Estado, de las de las Comunidades Autónomas o de la Local. Las analizaremos.

### **1.2.2.1.- Ámbito estatal**

Tradicionalmente en la normativa estatal, que era la que fundamentalmente la sistematizaba, no había unanimidad de criterios; así pues el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en sus artículos 4 y 5 distinguía las siguientes figuras:

- a) Organismos autónomos, que podían adoptar una de estas formas:
  - De carácter administrativo.
  - De carácter comercial, industrial o análogos.
- b) Sociedades estatales, distinguiendo entre:
  - Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de derecho público.
  - Entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la Ley de Entidades Estatales Autónomas no seguía un esquema idéntico y no utilizaba las mismas denominaciones, así hablaba de empresas nacionales, designando con este vocablo únicamente a las constituidas como Sociedades Anónimas.

Posteriormente la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) distingue entre los denominados Organismos públicos, en el Título III, y las sociedades públicas, en la Disposición Adicional Duodécima.

- a) Organismos Públicos, que se clasifican en:
  - Organismos autónomos.
  - Entidades públicas empresariales.
  - Agencias Estatales.
- b) Sociedades mercantiles estatales.

Ley reciente 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada en el BOE del 2 de octubre de 2015, si bien no entra en vigor hasta el año de su publicación, por lo que se referencia a efectos informativos, en su artículo 84, determina la composición y clasificación del sector público institucional estatal, que lo integran las siguientes entidades:

- a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:
  - 1. Organismos autónomos.
  - 2. Entidades Públicas Empresariales.
- b) Las autoridades administrativas independientes.

- c) Las sociedades mercantiles estatales.
- d) Los consorcios.
- e) Las fundaciones del sector público.
- f) Los fondos sin personalidad jurídica.
- g) Las universidades públicas no transferidas

### 1.2.2.2.- **Ámbito local**

Unificando criterios con el Estado, la reforma del art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local realizada en 2003<sup>9</sup> resalta una nueva forma de prestación de servicios públicos locales, introduciendo en este ámbito, al igual que en el estatal, a las Entidades públicas empresariales locales. En este sentido es clara la exposición de motivos de dicha norma:

*“En materia de gestión de los servicios públicos locales, se establece una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, incorporando al ámbito local una figura que la experiencia ha demostrado eficaz en otras Administraciones públicas, como son las entidades públicas empresariales”.*

Además de ello se determina que los entonces Organismos que realizaren actividades de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, se transformen en entidades empresariales locales, en el plazo de 6 meses, permitiendo que continúen con la forma de organismo autónoma exclusivamente los de carácter administrativo<sup>10</sup>.

La situación era especialmente complicada, si se tiene en cuenta que un cierto número de promotores públicos, que no se habían constituido directamente o transformado en sociedades mercantiles, adoptaba la forma de “Patronato de Vivienda”, que no era sino un organismo autónomo.

Esto ha dado lugar a que la mayor parte de los organismos autónomos se hayan transformado directamente en sociedades mercantiles (urbanísticas) y solo un pequeño número hayan adoptado la forma de Entidad Pública empresarial.

---

<sup>9</sup> La citada Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

<sup>10</sup> La Disposición transitoria tercera (Régimen transitorio de los organismos autónomos locales) de la Ley 57/2003, establece:

Los Plenos de los ayuntamientos dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley para adecuar los organismos autónomos y para adaptar sus estatutos al régimen jurídico que se recoge en el artículo 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en los siguientes términos:

- a) Adecuación de los actuales organismos autónomos de carácter administrativo al organismo autónomo local previsto en esta Ley.
- b) Adecuación de los actuales organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo al organismo autónomo local o a la entidad pública empresarial previstos en esta Ley.

Una vez efectuada la adaptación y adecuación, las referencias contenidas en las disposiciones legales y reglamentarias a los organismos autónomos administrativos y a los organismos autónomos comerciales, industriales, financieros, o análogos, se entenderán referidas al organismo autónomo local o a la entidad pública empresarial, según corresponda.

La reciente reforma del Régimen Local operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, no ha modificado la tipología.

### **1.2.2.3.- Ámbito autonómico**

El artículo 128.2 de la Constitución Española, dispone “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Es opinión común que este precepto no sólo se refiere al Estado, sino a los poderes públicos en general y, por tanto, también a las Comunidades Autónomas. Por otra parte, respecto a la competencia autonómica de las Comunidades Autónomas sobre las sociedades mercantiles con mayoría de capital público, resulta de manera implícita de la más amplia potestad de las Comunidades Autónomas, cual es la de autoorganización.

Partiendo de este reconocimiento constitucional, la iniciativa empresarial de las Comunidades es afirmada primero en sus Estatutos de Autonomía, y después en normas específicas sobre la empresa pública o la Administración institucional, o, en su defecto, en sus respectivas leyes de Hacienda.

A pesar de todo, las Comunidades Autónomas cuentan con un escaso margen de configuración autónoma de la empresa pública. La razón es la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 668/1983, en la que establece que:

- a) Corresponde al Estado el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (y consecuentemente las bases del régimen jurídico de las empresas públicas con forma pública de personificación).
- b) Corresponde al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, artículo 149.1.6. C.E., en la que resultan comprendidas, evidentemente, las sociedades públicas mercantiles.

Hay que destacar que la normativa autonómica no introduce novedades significativas en relación con la normativa estatal, que con escasas variantes es reproducida por la Comunidad Autónoma.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, evitando entrar en disquisiciones, la clasificación que vamos a seguir para la realización del estudio es la de las dos formas esenciales de promotores públicos actuales, las sociedades mercantiles públicas, en su típica forma de sociedad urbanística, y las entidades empresariales locales.

## **1.3.- GESTIÓN DE SERVICIOS VERSUS DESARROLLO ACTIVIDADES ECONÓMICAS**

### **1.3.1.- Distinción de ambos conceptos**

Los entes locales, de acuerdo con la normativa general (leyes de régimen local) y la normativa especial (urbanística, de vivienda, medioambiental, etc.), tienen una amplia y variada actividad. Entre otras, puede distinguirse la tendente a la prestación de servicios y la relativa al desarrollo de actividades económicas. La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) las ha distinguido tradicionalmente en sus artículos 85 y 86, relacionándolas con el citado artículo 128 de la Constitución, que reconoce la iniciativa de la administración pública en la actividad económica. Santiago González-Varas es muy claro al indicar que: *“la Constitución y la legislación local dejan bien clara la libre iniciativa económica local, en virtud del artículo 128.2 de la Constitución, y los artículos 86 de la LBRL y 96 del Texto Refundido, en consonancia, por otra parte, con el principio de autonomía local. Y esta libre iniciativa económica abarca tanto las actividades prestacionales o serviciales como las propiamente económicas, mercantiles o de carácter meramente industrial”*<sup>11</sup>.

En esta línea, el Catedrático de Derecho Administrativo Luis Ortega Álvarez, en su estudio sobre “La actividad prestacional y económica de los entes locales”, indica que se puede concluir que: *“de la relación entre el artículo 128 de la Constitución y los artículos 85 y 86 de la Ley de Bases de Régimen Local, tendríamos el siguiente cuadro: unas actividades de servicio público en libre concurrencia, que a su vez pueden ser mediante gestión directa o indirecta. Unas actividades de servicios esenciales reservadas en régimen de monopolio, y luego unas actividades no ligadas al servicio público sino que son objeto de la pura y libre iniciativa del Ente Local”*<sup>12</sup>.

Bien es cierto que se han seguido otras denominaciones en relación con las actividades económicas y los servicios públicos, así tradicionalmente se distinguía entre servicios administrativos y servicios económicos, modernamente en la normativa europea se habla de servicios sociales, servicios económicos de interés general o no, pero la realidad es que la nueva Ley utiliza en su texto los términos tradicionales ya recogidos en la LBRL, en concreto los de *“gestión de servicios públicos”* y *“desarrollo de actividades económicas”*.

La realidad es que, aun cuando se formulaban con criterios distintos en la normativa, siempre ha sido difícil la distinción, y más, tras la Constitución, con el principio general de la iniciativa económica de las administraciones públicas, esta distinción había quedado desdibujada y con relativa poca trascendencia. Ello dio lugar a que en el caso de constituir una sociedad pública se incluyeran en su objeto materias tanto objeto de servicio público como de ejercicio de actividad económica, realizándose el mismo procedimiento de municipalización

<sup>11</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1997. Páginas 362 y 363.

<sup>12</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, 1990.



(con la elaboración de la memoria y las exposiciones al público y publicaciones) para uno u otro tipo de sociedad.

En la actualidad, con la entrada en vigor de la LRSAL que establece una regulación distinta de uno y otro supuesto, con especial trascendencia para el sector público, es necesario que se intente cuanto menos dar una base para establecer la distinción de uno u otro concepto, si bien la realidad es que es difícil y existen muchas opiniones dispares en la Doctrina.

Analizaremos, en la medida de lo posible, uno y otro supuesto.

### **1.3.1.1.- Gestión de servicios Públicos**

Es actividad de “Gestión de Servicios Públicos” la que tiende a desarrollar por parte de las administraciones locales, una actividad propia de sus competencias establecida en las leyes que le sean de aplicación. En este sentido, el párrafo 1.º del artículo 85 es muy claro al indicar que: *“Son servicios locales los que prestan las entidades locales en el ejercicio de sus competencias”*.

Estos servicios se prestan bien de forma directa o indirecta. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 85 (que no ha variado) y el 253 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF)<sup>13</sup> al que se remite, los modos de gestión de los servicios públicos locales son los siguientes:

- De Gestión directa:
  - Gestión por la propia entidad local.
  - Organismo autónomo local.
  - Entidad pública empresarial local.
  - Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.
  
- Gestión indirecta, mediante las siguientes formas:
  - Concesión.
  - Gestión interesada.
  - Concierto.
  - Sociedad de economía mixta.

En esta misma línea y relacionando la actividad de servicio público con el desarrollo de las competencias locales, es una constante, como no podía ser de otro modo, lo establecido por las distintas CC.AA. en sus normativas de régimen local. Así entre otras, y sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden señalar las siguientes:

- Andalucía. “Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía, orientadas a hacer

---

<sup>13</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”<sup>14</sup>.

- Aragón. “Son servicios públicos locales cuantos se prestan para satisfacer los intereses y necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales”<sup>15</sup>.
- Baleares. “Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”<sup>16</sup>.
- Galicia. “Son servicios públicos locales cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales”<sup>17</sup>.
- La Rioja. “Son servicios públicos locales cuantos se prestan para satisfacer los intereses y necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales”<sup>18</sup>. Las entidades locales, para la satisfacción de las necesidades de los vecinos, pueden prestar los servicios y realizar las actividades económicas que estimen pertinentes, de acuerdo con el art. 128 de la Constitución.
- Madrid. “Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales”<sup>19</sup>.
- Navarra. “Son servicios públicos locales cuantos se prestan para realizar los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Las entidades locales de Navarra pueden prestar los servicios económicos que estimen pertinentes en función de las necesidades vecinales y de la capacidad de la propia entidad”<sup>20</sup>

Sobre el alcance del concepto de servicio público en el ámbito local relacionado con el ejercicio de una competencia, el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1986 indica que se entiende por servicio público *“cualquier actividad que la administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia”*.

En la misma línea, la STS de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997/4065) se manifestó del siguiente modo: *“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el art. 85 de la LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tiendan a la*

---

<sup>14</sup> Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, artículo 26.

<sup>15</sup> Artículo 199.1 (Servicios públicos locales) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

<sup>16</sup> Artículo 151.1 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears.

<sup>17</sup> Artículo 295.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local de Galicia.

<sup>18</sup> Artículo 199.1 (Servicios públicos locales) de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja.

<sup>19</sup> Artículo 98 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid.

<sup>20</sup> Artículos 185 y 204 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

*consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia...”.*

En conclusión, toda actividad desarrollada por las corporaciones locales en el ejercicio de las competencias establecidas como propias, será actividad de servicio público.

En relación a cuáles son las materias de competencia de los entes locales, es claro que la normativa fundamental es la Legislación de Régimen Local, esencialmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), si bien existen otras normativas sectoriales que establecen otras competencias como las normativas urbanísticas o de vivienda en relación con nuestro sector.

Tras la drástica reducción de competencias que ha realizado la LRSAL, las actividades que son consideradas como de competencia de los ayuntamientos en la LBRL son las contempladas en el artículo 25 reformado, en concreto las siguientes:

*«1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.*

*2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:*

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.*
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.*
- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.*
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.*
- e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*
- f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.*
- g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.*
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.*
- i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.*

- j) *Protección de la salubridad pública.*
- k) *Cementerios y actividades funerarias.*
- l) *Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.*
- m) *Promoción de la cultura y equipamientos culturales.*
- n) *Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.*
- o) *Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones».*

Además de ello, como se ha indicado, existen otras leyes sectoriales, especialmente en el ámbito de las sociedades municipales en general y urbanísticas en particular, que desarrollan y amplían dichas competencias locales en materia de promoción y gestión de vivienda, suelo y equipamientos.

El tema de la gestión de servicios debe complementarse además, como ha apuntado, con el hecho de que hay servicios monopolizados o no en función de que se reserven exclusivamente a la iniciativa pública o no y se permita la concurrencia del sector privado en la prestación, como se prevé en el artículo 86.2 de la LBRL.

En esta línea es interesante lo afirmado por Germán Fernández Farreres<sup>21</sup>: *“Ahora bien, sobre la base de que la categoría de servicio público no es unívoca y de que la misma no se agota con las reservas efectuadas al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, si se contraponen a la noción formal de servicio público otra acepción material o finalista, atendiendo al significado del servicio público como comprensivo del conjunto de actividades prestacionales frente a las cuales los poderes públicos pueden desplegar diversas técnicas de actuación –entre ellas la reserva, pero igualmente otras distintas-, resultará que la coincidencia entre servicio público y servicio reservado será parcial. Todo “servicio reservado” será servicio público, pero no todo servicio público será “servicio reservado” y ello porque, desde esta posición, en el servicio público se subsumen actividades prestacionales de interés general, o esenciales que no implican necesariamente la gestión pública, ni sobre todo la publicatio.*

*Doble significado, en definitiva, de servicio público, como “servicio público subjetivo”, vinculado a la titularidad pública de la actividad y eliminación de la libertad de empresa, y como “servicio público objetivo, compartido o concurrente”, referido a aquellas actividades en las que su declaración como servicio público no conlleva el monopolio de la titularidad de la actividad en favor de la Administración, aunque la declaración suponga que la actividad*

---

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, 2002.

*deba estar en todo momento garantizada por el Estado. Supuestos en los que, como es notorio, se subsumen, entre otros, los también llamados servicios no económicos o sociales (educación, sanidad, acción social, etc.). De este modo, como ya ha sido advertido por la doctrina, el problema de garantizar a todos la satisfacción regular y continua y con un nivel de calidad determinado de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida, admite diversas respuestas, desde la publicatio y el monopolio de iure e, incluso, la gestión pública, hasta otras técnicas menos agresivas pero no menos eficaces, como la reglamentación de las actividades, los servicios públicos impropios, virtuales, etc. Por consiguiente, desde estas premisas, resulta lógico afirmar que (...) el servicio público ha sido y es una técnica más, que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión”.*

Queda claro por tanto que servicio público en el ámbito local está vinculado al ejercicio de competencia, aun cuando ésta no se ejerza con el carácter de exclusividad y en su prestación de forma directa pueda existir concurrencia del sector privado en el mismo objeto. Ejemplo de ello ha sido tradicionalmente la vivienda y el urbanismo. En la primera de ellas, la vivienda, los distintos Planes de Vivienda han permitido el acceso tanto al sector público como el privado para la promoción de la misma. En el urbanismo, la gestión puede hacerse por un operador público, como las sociedades urbanísticas municipales, mediante gestión directa o indirecta por un urbanizador privado.

### **1.3.1.2.- Desarrollo de Actividades Económicas**

Junto a la actividad de gestión de servicios, como se ha indicado, los entes locales tienen iniciativa para el “desarrollo de actividades económicas”.

Luis Ortega Álvarez concreta su concepto al indicar que son “*unas actividades no ligadas al servicio público sino que son objeto de la pura y libre iniciativa del Ente Local*”; y añade “*supone el ejercicio, por parte de las Administraciones Públicas, de una actividad de producción de bienes o de prestación de servicios de carácter económico; en particular, destacan las actividades comerciales e industriales*”, recalcando que dicha actividad se reconoce directamente en el art. 128 de la Constitución.

La iniciativa pública local para el “Ejercicio de Actividades Económicas”, indicaba el ya modificado artículo 86, la podían realizar las entidades locales “*conforme al artículo 128.2 de la Constitución*” debiendo realizar al efecto “*un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida*” (antiguo art. 86, LBRL).

En este aspecto, en una línea similar, sin perjuicio de la supresión a la referencia al art. 128.2 y con la introducción de nuevas restricciones que posteriormente analizaremos, se mueve el nuevo artículo 86 modificado por la LRSAL, que indica en su n.º 1 que:

*“1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el*

*cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias...*

Estas actividades económicas en régimen de concurrencia pueden recaer sobre *“cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”* (art. 97, RDL 781/1998<sup>22</sup>).

En la misma línea, el artículo 204.1.º de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, bajo la rúbrica *“La iniciativa económica de las entidades locales”*, indica: *“Las entidades locales, para la satisfacción de las necesidades de los vecinos, podrán prestar los servicios y realizar las actividades económicas que estimen pertinentes, de acuerdo con el artículo 128.2 de la Constitución”*. En idéntico sentido y redacción se manifiesta la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, en su artículo 204, o el art. 173 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears.

### **1.3.1.3.- Problemática en cuanto a la distinción**

La realidad es que a pesar de esta aparente claridad surgen muchas dudas en la doctrina en relación a la distinción de uno u otro concepto, por cuanto la legislación establece una regulación poco clara de los mismos, regulando ambas formas de actuar en un mismo artículo.

El artículo 86 de la LBRL, después de reconocer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas en su párrafo 2.º declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales, pero seguidamente habla de la reserva o monopolio de servicios esenciales a favor del sector público<sup>23</sup>. Además, prueba esta confusión el art. 95 del RDL 781/1996, que si bien es de menor rango que la LBRL indica: *“Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercitados por gestión directa”*.

Además de ello, hay mucha discusión en la Doctrina. Cierta sector doctrinal se posiciona en el sentido de que todas las actuaciones con trascendencia en el mercado, sea en ejercicio de competencias o no, se trata de actividades económicas.

Por el contrario, autores como Gaspar Ariño, consideran que *“La acción de prestación, de carácter positivo, de bienes o servicio, son actividades de titularidad pública que se ofrecen al público en general, ya sea directamente o*

---

<sup>22</sup> Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

<sup>23</sup> Art. 128.2 de la Constitución: *«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés público»*.

por delegación. Son los denominados servicios públicos y servicios sociales. La acción de producción de bienes, en el que el Estado actúa como un agente más del mercado, sin reserva de titularidad en la producción, tradicionalmente se ha calificado como «gestión económica», sometida al ordenamiento jurídico-privado”.

Otros autores consideran que toda actividad de prestación relativa a aspectos de la competencia, en régimen o no de monopolio, objeto de la competencia de las administraciones, es actividad de servicio, mientras que la que excede de dichas competencias, esencialmente la elaboración de bienes o prestación de servicios, es ejercicio de actividad económica.

### **1.3.2.- Aplicación de estos conceptos al sector público local en especial a las sociedades municipales**

La distinción de las actuaciones de los entes locales entre las destinadas a la prestación de servicios y el desarrollo de actividades económicas, no sufre variación y su definición y caracteres son perfectamente extrapolables a la actuación a las sociedades públicas y demás entes instrumentales locales, ya que éstos no son sino una forma de prestación de las mismas. Como se ha visto, si la sociedad es de participación exclusiva de capital público, será una gestión directa y si se trata de una sociedad mixta, la gestión será indirecta.

Centrándolo en las sociedades mercantiles públicas, puede servirnos de referencia perfectamente el artículo 38 de la Ley andaluza que indica que: *“Las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local”*<sup>24</sup>.

En relación a las sociedades públicas es importante la distinción entre las que gestionan de forma directa servicios del ayuntamiento y que actúan desarrollando dicha gestión de servicios de las que, no gestionando el servicio, actúan como contratistas ordinarios, celebran contratos de obras o servicios de su ente matriz como si de una sociedad privada se tratase, concurriendo con empresas privadas, como por ejemplo las empresas mixtas.

Esta distinción está clara en el TRLCSP que deja fuera de la aplicación de la ley en la modalidad de contrato de gestión de servicios a las sociedades, cuando indica en el artículo 8.2 que: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. Por ello, cuando una sociedad es medio propio de una administración, ello le veda la concurrencia a los procesos de selección que dichas administraciones convoque (artículo 24.6). Cuando se gestiona el servicio, se gestionan servicios, cuando se concurre como si un operador de mercado se tratase, se ejercita una actividad económica.

---

<sup>24</sup> Artículo 38 (Sociedad mercantil local) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

Sentado ello, se plantea alguna cuestión que es necesario precisar, como qué ocurre en aquellas sociedades que de acuerdo con su objeto social desarrolla no solo actividad prestacional sino también actividades económicas. En este sentido, siguiendo lo establecido por el SEC 95 y el 2010, podría considerarse que una sociedad gestiona servicios públicos cuando ésta es su actividad principal, aun cuando realice actividades económicas como actividad secundaria, y a la inversa, en el caso de que las actividades económicas sean las actividades principales.

En cualquier caso, resulta conveniente recordar el criterio expresado en la normativa europea sobre Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 2010) en relación con los criterios de clasificación de las unidades económicas, para justificar este criterio. Así, reconoce y determina que la mayoría de las unidades institucionales que producen bienes y servicios realizan simultáneamente una combinación de actividades.

En este sentido, considera la normativa europea que pueden ejercer una actividad principal, varias actividades secundarias y varias actividades auxiliares, definiéndolas de la siguiente forma:

- a) **Actividad principal:** es aquella cuyo valor añadido supera el de cualquier otra actividad realizada en la misma unidad. En nuestro caso podría ser el urbanismo, la promoción de vivienda o la gestión de servicios de competencia de la corporación local como aparcamientos, polideportivos, parques y jardines.
- b) **Actividad secundaria:** es una actividad realizada en una unidad además de la actividad principal. El resultado de la actividad secundaria es un producto secundario.
- c) **Actividad auxiliar:** es una actividad cuya producción se destina a su utilización dentro de una empresa. Una actividad auxiliar es una actividad de apoyo realizada dentro de una empresa, con el fin de permitirle ejercer sus actividades principales o secundarias. Son ejemplos de actividades auxiliares las siguientes:
  - Compras
  - Ventas
  - Marketing
  - Contabilidad
  - Tratamiento de datos
  - Transporte
  - Almacenamiento
  - Mantenimiento
  - Limpieza
  - Servicios de seguridad

Las empresas pueden optar entre realizar ellas mismas las actividades auxiliares o adquirir dichos servicios en el mercado recurriendo a productores especializados. La formación de capital por cuenta propia no se considera una actividad auxiliar. Las actividades auxiliares no constituyen entidades



diferenciadas, ni se separan de las actividades principales o secundarias a las que sirven.

Si una unidad desarrolla más de una actividad, todas las actividades que no son actividades auxiliares se ordenan según el valor añadido bruto que generan. Una vez hecho esto, es posible distinguir entre la actividad principal, es decir, la que genera más valor añadido bruto, y las actividades secundarias.

### **1.3.3.- Planteamientos de la nueva LRSAL**

La Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), en base a la referida distinción servicios/actividades, establece modificaciones en el articulado de la LBRL de distinto calado en relación a los supuestos de prestación de servicios (art. 85) y al del ejercicio de actividades económicas (art. 86), conteniendo una regulación de distinto alcance, tanto en relación con las sociedades que se pretendan constituir a partir de su entrada en vigor y las que ya se encuentran constituidas, como en estas últimas las sociedades que actualmente prestan servicios y realizan actividades económicas, en la Disposición Adicional Novena (Redimensionamiento del Sector Público Local).

Con un carácter más exhaustivo podemos distinguir los siguientes aspectos y apartados de la LRSAL en relación al sector público local:

- a) A futuro. En relación con la constitución de nuevos entes instrumentales:
  - El artículo Primero n.º 21 modifica el art. 85 de la LBRL, en materia de prestación de servicios públicos, restringiendo la utilización de entes instrumentales, como las sociedades públicas frente a la gestión por la propia corporación.
  - El artículo Primero n.º 23 modifica el art. 86 de la LBRL, en relación a la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas estableciendo unos requisitos y criterios que la hacen difícil de ejercer y vienen a restablecer, en gran medida, el criterio de subsidiariedad del sector público en relación al sector privado de la normativa preconstitucional.
- b) A presente. En cuanto al sector público actual, se establece una serie de medidas que buscan a cualquier coste reducir la dimensión del actual sector público local en el artículo primero n.º 36, que modifica la Disposición Adicional 9.ª denominada “Redimensionamiento del sector público local”. Regulación que tiende a su supresión más que a su reordenación y a decir del Consejo de estado es “desproporcionada al objeto perseguido”, aparte de otros problemas como la aplicación retroactiva de la norma.

Es importante tener clara esta distinción, en el sentido de que si existe ya un ente instrumental constituido que consecuentemente ya está prestando servicios o ejerciendo actividades, se le han de aplicar los criterios de la DA 9.ª para su mantenimiento o no; pero quedando subsistente la sociedad, ésta

ejercitará con normalidad y habitualidad las actuaciones municipales relativas a su objeto social. Por el contrario, no puede entenderse (como ya se ha visto en algún informe) que en el supuesto de que deba prestarse una nueva actuación o realizar algún encargo nuevo de servicio público y que se incluye dentro del objeto de la sociedad (por ser de las previstas en la inicial memoria de constitución de la sociedad) que se ha venido desarrollando con normalidad, deban aplicarse los nuevos criterios de restricción previstos en el modificado artículo 85 o el 86, si de actividades económicas se trata.

Es decir, las memorias e informes se establecen de acuerdo con el artículo 85, para la toma de decisión de la forma de gestionar el servicio y crear un nuevo ente instrumental, pero una vez decidido que se presta por dicho ente o, especialmente, por una sociedad pública, no es necesario volver a dicho expediente complejo (con memoria, publicaciones y plazos de exposición al público) para decidir que dicha sociedad o ente desarrolle una actividad o actuación concreta, más allá de las lógicas justificaciones económico-jurídicas del encargo. Aclarada esta afirmación, hay que tener en cuenta que si la sociedad es, por ejemplo, promotora de viviendas protegidas y se aprueba en el ayuntamiento un nuevo plan de vivienda o se programa nuevas actuaciones, no es necesario realizar una nueva memoria e informes de los ya previstos en el citado artículo 85, sino que en el ejercicio de sus competencias y/o objeto social será la sociedad la que los desarrolle tras, en su caso, el oportuno acuerdo municipal.

Sentada esta distinción esencial, iniciaremos el estudio de los efectos del texto propuesto centrándonos en la modificación del articulado de la LBRL relativo a la creación de nuevos entes, pues servirá de antecedente para analizar el alcance de la DA 9.<sup>a</sup> en relación a los entes ya creados y en funcionamiento, que se realizará en el siguiente apartado.

#### **1.4.- GESTIÓN INSTRUMENTAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**

La nueva Ley en materia de prestación de servicios modifica el artículo 85.2. Introduce un párrafo final con una serie de restricciones que el anterior artículo no contemplaba. Así, en el nuevo artículo indica lo siguiente:

*“2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

**A) Gestión directa:**

- a) Gestión por la propia entidad local.*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Entidad pública empresarial local.*
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

*Sólo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>25</sup>.*

**B) Gestión indirecta,** mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

*La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.*

Las características de esta nueva regulación son las siguientes:

#### **a) Preferencia por la gestión sometida al derecho público**

Establece una excesiva preferencia de las formas de gestión sometidas al derecho público frente a las sometidas al derecho privado que no se justifica.

Se pretende reconducir la “huida del derecho administrativo” que se ha producido en la gestión de los servicios públicos; en los últimos años buscan reorientar la organización del sector público hacia fórmulas jurídicas sometidas al derecho administrativo y control presupuestario, en todas aquellas actividades en las que su naturaleza lo permita sin menoscabo de la necesaria agilidad y eficiencia. Justificación que como se ve no es tal, sino que se limita la capacidad de decisión del ente local sin argumentar las razones de peso, ya sean legales o económicas. No es de extrañar que muchos aspectos de la norma se hayan considerado por amplios sectores doctrinales como contrarios a la autonomía local.

Esta preferencia, aparte de ir en contra de las tendencias del derecho europeo, que fomenta las formas de gestión sometidas al derecho privado y con una financiación de mercado, no se justifica si cabe en sectores concretos como el urbanismo o la vivienda, que tienen una fórmula óptima de gestión y mejor encaje en la figura de las sociedades urbanísticas que han probado sobradamente su eficacia y eficiencia en la gestión, y que disponen de una

---

<sup>25</sup> Este párrafo es el que se ha introducido de nuevo.

regulación muy contrastada en las Comunidades Autónomas y que entra en contradicción con la nueva Ley.

#### **b) Redundante y confusa regulación**

Por otro lado, se establece una redundante enumeración de requisitos para la constitución de las formas sometidas al derecho privado, que no solo añaden poco a los ya existentes, sino también que dan la impresión de que están imponiendo algo distinto a lo que se realiza en la actualidad para la constitución de los entes instrumentales.

Parece que las sociedades públicas se constituyesen sin más y nada más lejos de la realidad. De acuerdo con el RDL 781/1986 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, las sociedades públicas locales se constituyen tras una elaborada memoria con informes de los técnicos municipales, secretaría e intervención y con un amplio contenido técnico, social, económico y jurídico y su aprobación se produce por el Pleno del Ayuntamiento, tras un procedimiento garantista que incluye la publicación y su exposición pública por un mes.

Estos aspectos se regularán detalladamente en el Capítulo VII, cuando se analice el procedimiento formal de constitución.

#### **c) No aplicación de criterios económicos reales sino búsqueda de externalización en la prestación de los servicios**

La realidad es que no se basa la reforma en los pretendidos criterios económicos, sino que lo que se busca a toda costa es la externalización de los servicios, con independencia de su coste que en muchos casos es mayor que mediante la gestión directa.

Por último, hay que indicar que los criterios estrictamente de rentabilidad económica o sostenibilidad, deberían haberse atenuado dando entrada al concepto de rentabilidad social en relación con determinados servicios sociales como la vivienda, apareciendo así la denominada “rentabilidad social”, que enlaza perfectamente con el concepto europeo de servicios de interés general.

En conclusión, con una pretendida justificación económica (de que es más barato lo externalizado, lo que no está claro), de estabilidad presupuestaria y de control, se está limitando injustificadamente la libertad en la elección de las formas de prestar sus servicios, solo amparado en el afán de la búsqueda de la externalización de los servicios, revelando una desconfianza absoluta en la capacidad y una limitación excesiva de la autonomía del ente local.

En este sentido se debe destacar, como pone de manifiesto el Profesor Andrés Boix Palop, en un trabajo cuyo título es suficientemente revelador, “Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: limitación de la autonomía local,

recentralización y redefinición de los mercados de provisión de servicios locales”, que:<sup>26</sup>

*“La conclusión que parece esbozarse a partir de estas coordenadas es que la reforma local llevada a cabo por la LRSAL, por la vía de fomentar la prestación del servicio a cargo de las Diputaciones (e incluso forzar en algunos casos extremos), está en la práctica incentivando un sistema de prestación más indirecto, más privado, más externalizado y en manos de empresas más grandes.*

*Debe señalarse que esta conclusión contiene elementos paradójicos, alguno muy visible en preceptos como el nuevo art. 85.2, LBRL, que para optar por ciertas modalidades de prestación directa de los servicios públicos locales exige una detallada memoria económica justificativa de la conveniencia, en términos de eficacia y economía, de la modalidad elegida pero que, en cambio, exime de este requisito cuando la opción elegida es la gestión indirecta. Algo que no plantearía problemas si pudiéramos asumir que esta última va a ser siempre más eficiente y económica que la gestión directa, pero la evidencia empírica no es ésta sino, en muchos casos, la contraria (como por ejemplo el Tribunal de Cuentas ha demostrado en su reciente Informe de fiscalización de servicios públicos locales para el ejercicio 2011, donde se constata, antes al contrario, una generalizada situación de sobrecoste en los casos de servicios prestados por empresas privadas en comparación con los servicios homologables prestados por ayuntamientos equiparables de forma directa).*

*Queda pues claro, con ejemplos como este, que la ley ha antepuesto en muchos casos una voluntad de reforma de los mercados que tiene como base otras razones antes que la pura eficiencia económica o el intento de eliminar incentivos para la corrupción”.*

En la línea de lo indicado por Andrés Boix Palop de carencia de criterios de eficiencia económica, ha de tenerse en cuenta que la prestación del servicio mediante sociedad mercantil, puede tener una serie de ventajas económicas y fiscales que hacen más rentable la prestación de los mismos por gestión directa por la propia entidad que mediante la gestión indirecta. Así:

- Por ser una personificación privada tienen facilidades de actuación en el mercado, así no se encuentran sometidas al régimen presupuestario ni a la intervención previa, lo que les otorga una agilidad que en el mundo moderno significa ahorro de costes, entre ellos los financieros.
- Porque no afectan al endeudamiento municipal cuando las sociedades se financian con ingresos de mercado, es decir, actúan en el mercado produciendo bienes o servicios que se autofinancian (la vivienda o el urbanismo) sin depender de las partidas que le pudiera transferir el ayuntamiento. Es decir su autonomía financiera del ayuntamiento suele ser absoluta.

---

<sup>26</sup> BOIX PALOP, 2014.

- Por el hecho de que, como ha manifestado el Tribunal de Cuentas, la gestión indirecta muchas de las veces es más cara que la directa, no solo por los modificados y sobrecostes, sino también porque se ahorran costes de gestión y beneficios industriales que se quedan en el propio sector público.
- En relación con la fiscalidad, especialmente con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), una sociedad pública puede jugar un papel fundamental en el ahorro de costes en la prestación del servicio, dado el carácter de consumidor final a efectos de dicho impuesto que tiene la administración pública y teniendo en cuenta que dicho carácter no tiene por qué trasladarse necesariamente a la sociedad pública filial. El tratamiento final en relación con el IVA de la sociedad, dependerá de varias circunstancias y especialmente de la configuración de sus actividades e incluso de la forma en que dichas actividades son planteadas jurídica y económicamente. El objetivo final debe ser el planteamiento de opciones de tributación para la sociedad que le permitan no configurarse como consumidor final y, en consecuencia, poder practicar la deducción de las cuotas de IVA soportadas por sus operaciones, aunque sea parcialmente. Lo que indudablemente produce ahorro en los costes de prestación y más si se tiene en cuenta que el tipo general del IVA actual es del 21%.

### **1.5.- INICIATIVA PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR ENTES INSTRUMENTALES**

Al igual que en la gestión de servicios, en los supuestos de iniciativa para el ejercicio de actividades económicas, la LRSAL modifica el art. 86 de la LBRL, introduciendo perjudiciales novedades aun cuando se ha dulcificado la redacción originaria.

Así, se suprime la clarificadora referencia al artículo 128.2 de la CE y se remite al principio de sostenibilidad financiera, limitando de forma severa el ejercicio de las actividades económicas de los entes locales, estableciendo para la realización de nuevas actividades una serie de limitaciones y condiciones de difícil cumplimiento, con requisitos poco claros e indeterminados en cuanto a su contenido y alcance, como la obligación de realizar “un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, intervención subsidiaria del sector público en relación al sector privado”.

La razón está clara para nuestro legislador y la expone con absoluta rotundidad en el Preámbulo de la Ley: *“Finalmente, para favorecer la iniciativa económica privada, evitando intervenciones administrativas desproporcionadas, se limita el uso de autorizaciones administrativas para iniciar una actividad económica a casos en los que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas”*.

El nuevo párrafo n.º 1 del artículo 86 indica:

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

*Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».*

Con independencia de la reiteración de lo ya indicado en relación a la memoria de la gestión de servicios, esta redacción presupone de por sí que la actividad pública incide negativamente en el mercado y que afecta a la iniciativa privada, subyaciendo, si bien con un carácter más sibilino que los textos anteriores, el criterio de su subsidiariedad en relación con el sector privado.

Por otro lado, estos criterios jurídicamente indeterminados pueden hacer que el proceso del ejercicio de la actividad económica sea un verdadero “calvario judicial” para los ayuntamientos ante cualquier recurso o demanda por parte del sector privado.

Porque, qué se entiende por “*un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial*”. Se está pretendiendo volver a la necesidad de la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada. Criterio a lo que ya tuvo que salir al paso el artículo 6.º del R.D. Ley de 14 de marzo de 1980, que ya determinó que no era precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas.

No está lejos en nuestra memoria cuando, en relación a la vivienda, ante la creación de una sociedad de vivienda, se impugnaba por las asociaciones provinciales de promotores y tuvo que ser el TS el que dejó claro el tema de la inexistencia de subsidiariedad. En concreto, la Sentencia de 2 de octubre de 2000 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, indica:

*“El 3.3 del RDLeg de 9 de abril de 1976 (RCL 1976/1192 y ApNDL 13889), inserta dentro de las competencias urbanísticas la ejecución y fiscalización de las obras de urbanización, y el artículo 3.4.f) considera incluida dentro de las competencias de fomento de la edificación y uso del suelo la intervención en la construcción y uso de las fincas, completando el panorama lo dispuesto en el artículo 6.º del RDL de 14 de marzo de 1980, dictado precisamente con la finalidad de agilizar la gestión urbanística, al determinar que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios, siempre que se trate de entidades en las que*

*participen las Corporaciones Locales. Todas estas circunstancias... apuntan claramente en contra de la rigurosa precisión de que su creación y funcionamiento hayan de justificar “a priori” la inexistencia de una actividad privada suficiente en el campo de la gestión y promoción de viviendas, funcionamiento que tampoco en modo alguno tiene por qué verse circunscrito a un tipo de calidad determinada de las mismas”.*

La citada Nota del Ministerio de 7 de marzo de 2014, ante la pregunta ¿cuándo puede la Entidad Local ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica?, indica literalmente:

*“La Ley no prohíbe a las Entidades Locales que puedan ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, pero establece un marco limitador muy claro. Sólo podrán desarrollar esa iniciativa económica cuando esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. De manera que lo primero es el ejercicio de sus competencias en términos de sostenibilidad financiera y de cumplimiento del objetivo de estabilidad, y sólo alcanzado este nivel pueden ir más allá, entrando en el ejercicio de actividades económicas.*

*Para reforzar estas garantías se obliga a preparar un expediente en el que se justifique que efectivamente esta iniciativa no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y exige se realice un análisis de mercado de la actividad económica de que se trate, relativo a oferta y demanda, rentabilidad y posibles efectos sobre la concurrencia empresarial.*

*Además, se recuerda la posibilidad de que la Administración General del Estado pueda impugnar ante los tribunales de justicia los actos de las Entidades locales relativos a esta cuestión que incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*

*Por lo que se refiere a la reserva de servicios a favor de las Entidades Locales, se han eliminado aquellos que han sido objeto de medidas de liberalización de la actividad económica, quedando dicha reserva reducida a los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros. Ello sin perjuicio de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan establecer por Ley otras reservas de servicios.*

*Otra novedad que incorpora la Ley con relación a la ejecución en régimen de monopolio de actividades reservadas, es que se requiere que en el expediente que se instruya para acreditar la conveniencia del monopolio se recabe informe de la autoridad de competencia”.*



## **2.- REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL**

### **2.1.- PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA**

Tras casi dos años de debates, a finales del año 2013 se aprobó el texto definitivo de la “Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” (LRSAL) y fue publicado en el BOE del lunes 30 de diciembre, entrando en vigor al día siguiente. Tras casi dos años de vigencia se siguen planteando muchas dudas en su aplicación, incluso tras haberse publicado distinta normativa de desarrollo, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas.

Parecería por el largo período del proceso de aprobación de la LRSAL, que el texto definitivo fue realizado con un amplio debate, profundo análisis de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales y teniendo en cuenta, en su elaboración, la opinión de los sectores afectados, habiéndose consecuentemente aprobado una norma consensuada, con cierta solvencia técnico-jurídica y con adecuado encaje en el orden constitucional. En nuestra opinión, nada más lejos de la realidad en relación al general contenido de la norma y en especial a la regulación del sector público local, como a continuación se analizará. Sirva de muestra el indicar que ha sido una de las normas más contestadas y ha dado lugar a 9 Recursos de Inconstitucionalidad e, incluso, un conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por casi 2.400 municipios.

En relación a esta falta de consenso indica Ricardo Rivero *“La Ley, por tanto, sigue plenamente vigente, demostrando sus ineffectividades que para las grandes reformas es preferible el consenso a la unilateralidad. Que cuando no se plantean en términos positivos, sino bajo la presión de una extrema urgencia, no persisten en el tiempo. Que en España los municipios son anteriores al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Diputaciones provinciales. Que la autonomía es fuerte y resistente por sus bases democráticas. Que no es nada fácil racionalizar la Administración local”*<sup>27</sup>.

En relación al sector público local, el primer anteproyecto era demoledor y aun habiéndose conseguido algunos cambios, dicha regulación se ha mantenido de forma casi literal hasta su aprobación. No obstante ello, en algún anteproyecto<sup>28</sup> posterior se introdujeron algunas modificaciones lógicas y necesarias, demandadas por el sector público local, pero luego fueron suprimidas sin ningún tipo de explicación y se volvió al texto inicial aprobándose sin apenas modificaciones por el Gobierno.

Convertido en Proyecto de Ley, seguidamente se aprobó prácticamente sin modificaciones por el Congreso de los Diputados en lo que a nuestro sector afecta.

---

<sup>27</sup> RIVERO ORTEGA, 2015.

<sup>28</sup> El anteproyecto de 22 de diciembre de 2012 limitaba los efectos en el sector público local, introduciendo otros criterios distintos del económico para el mantenimiento de los entes instrumentales, pero fueron suprimidos en posteriores anteproyectos.

Solamente durante la tramitación en el Senado, ante la visión de las desastrosas consecuencias del texto inicial, se introdujeron unas precipitadas modificaciones, que si bien parecen dulcificar en alguna medida su dureza para algunos sectores específicos<sup>29</sup>, la realidad es que no solo no es así, sino que plantea nuevos y graves problemas de interpretación del alcance de la norma.

Partiendo de dicha premisa inicial y tras casi un año en vigor, se analizarán los efectos que la nueva regulación legislativa tiene para el sector público, distinguiendo, como lo hace el texto aprobado, entre las consecuencias para el sector actualmente existente y las que se pueden producir en el futuro, en la medida que un ayuntamiento se plantee la constitución de un ente instrumental nuevo.

Igualmente se analizarán dichos efectos en función de la finalidad que persiguen los entes instrumentales de las administraciones locales, la “prestación de servicios públicos” o el “desarrollo de actividades económicas”.

Ello es así pues la nueva Ley los regula de forma diferenciada y establece unos efectos distintos para unos u otras. La razón es evidente: no es lo mismo prestar un servicio, que es desarrollar actuaciones propias de la competencia, muchas de ellas obligatorias, que desarrollar actividades económicas en desarrollo de la iniciativa en dicha actividad prevista en los artículos 38 y 128 de la Constitución<sup>30</sup> que, aun cuando redunden en beneficio de la población, no es sino el ejercicio de actividades privadas y no obligatorias de los entes locales. Por ello, establecen unos mayores condicionantes para la constitución de entes o sociedades instrumentales para el ejercicio de actividades económicas que para las de prestación de servicios públicos y, ante las situaciones deficitarias de unas u otras sociedades, los efectos son sustancialmente distintos como posteriormente se analizará.

Así, la LRSAL establece modificaciones en el articulado de la LBRL de distinto calado en relación a los requisitos exigidos para la constitución de entes instrumentales para la prestación de servicios (art. 85) y para el desarrollo de actividades económicas (art. 86) y, de igual forma, una regulación de distinto alcance en la Disposición Adicional Novena (Redimensionamiento del Sector Público Local) para las sociedades actuales que prestan servicios y para aquellas que realizan actividades económicas.

---

<sup>29</sup> Se refiere a los sectores correspondientes a servicios esenciales. En concreto al abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros.

<sup>30</sup> El artículo 38 de la Constitución indica que “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y el artículo 128.2 reconoce “la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

## **2.2.- LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**

### **2.2.1.- Planteamiento general de la nueva norma**

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) tiene una finalidad declarada: reformar el Régimen Local español para adecuarlo a los nuevos criterios de estabilidad presupuestaria establecidos en la reciente reforma constitucional.

El preámbulo es claro al indicar en el primero de sus párrafos que: *“La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local, así como mejorar su control económico-financiero”*.

Consecuentemente con ello, el impacto de la nueva Ley en el actual Régimen Local es amplio pues modifica la normativa básica con bastante profundidad en amplios aspectos, tanto de índole jurídica como económica.

En el aspecto económico, busca la adecuación de la organización y funcionamiento y mejora el control económico-financiero para la aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales.

El motivo está claro y declarado y, como se ha visto, se encuentra impuesto por la reciente modificación, artículo 135 de la Constitución que en su párrafo 1.º indica que *“todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”*, y en la normativa que se ha dictado en su desarrollo, especialmente la citada Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En esta línea, Rafael Jiménez Asensio, contraponiendo la actual reforma con la de 1985, indica que la de 2013 es *“hija directa de la reforma constitucional de 2011 y está marcada por una obsesiva idea: garantizar la sostenibilidad financiera de las entidades locales, así como pretender racionalizar (reducir) las estructuras organizativas en las que se apoyan”*<sup>31</sup>.

No obstante ello, es necesario recordar que este aspecto es importante pero no puede desconocer otros aspectos de la norma fundamental, como el hecho de

---

<sup>31</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, 2014. Pág. 18.

que España es un Estado Social de Derecho<sup>32</sup> y que, diferencia de normativa preconstitucional, las administraciones públicas para garantizar sus finalidades gozan de la iniciativa pública en la actividad económica de forma amplia y no subordinada a la iniciativa privada, como ha reconocido abundante jurisprudencia<sup>33</sup>.

Además de ello, se aducen también razones jurídicas para la modificación del Régimen Local español. Así, en este ámbito se realiza una amplia revisión del conjunto de disposiciones legales relativas al estatuto jurídico de la Administración local, especialmente de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, con casi treinta años de vida y más de una veintena de modificaciones de su texto original, como indica el preámbulo. Con la reforma se modifican, además, distintos aspectos esenciales de régimen local español como el ya indicado régimen de competencias, forma de prestación de los servicios, preponderancias de las Diputaciones, supresión de entes y organismos existentes, etc.

El citado autor, Rafael Jiménez Asensio, lo sintetiza al indicar que con la nueva Ley, *“el panorama del régimen local español ha iniciado una senda hacia un nuevo, incierto y probablemente distinto horizonte”*, en el que han de convivir necesariamente los nuevos criterios y principios con los tradicionales del Régimen Local español. El problema es que las regulaciones en distintos aspectos de las dos normativas no siempre son ni claros ni posibles; por ello, concluye que *“el diálogo entre los nuevos y viejos principios no es fácil, pues los presupuestos conceptuales entre el texto de 1985 y los injertos de 2013 no dejan de plantear tensiones sin fin, así como alguna que otra contradicción e incoherencia”*<sup>34</sup>.

Pero no solo esta norma es la que se ve afectada pues se modifican en menor medida otras relevantes en su articulado, como el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; se deroga la disposición adicional segunda y la disposición transitoria séptima de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Junto a estas dos grandes finalidades declaradas, la LRSAL tiene una serie de objetivos básicos o fundamentales más concretos. Éstos se especifican en su Preámbulo, que considera como finalidades esenciales u objetivos básicos de la nueva norma *“clarificar las competencias municipales para evitar*

---

<sup>32</sup> El artículo 1 de la Constitución indica en su párrafo 1.º que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”.

<sup>33</sup> El artículo 138.2 indica: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, 2014, página 17.

*duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas”.*

Una visión más positiva de la ley tiene Ricardo Rivero Ortega cuando indica que *“en mi opinión, sin embargo, era y es todavía necesario dar soluciones efectivas para varios problemas acentuados en el escenario presente: discusión sobre la planta; una mejor definición competencial; la garantía de la sostenibilidad de sus servicios básicos; el control del gasto de las entidades locales para su eficiencia; la prevención de la corrupción; la multiplicación exagerada de organizaciones instrumentales dependientes de las entidades locales advertida por el Tribunal de Cuentas ; el crecimiento de plantillas en períodos preelectorales... La Ley de Racionalización y Sostenibilidad ha tenido la oportunidad de resolver varias de estas necesidades. Y en honor a la verdad debe decirse que lo ha intentado en parte, aunque muy presionada y condicionada por el objetivo de traducir en resultados económicos sus logros y alcances. Incorporar ese elemento de restricción presupuestaria a debates tan sensibles como el relativo al papel de los pequeños municipios, las entidades locales menores o las competencias sociales de los ayuntamientos, explica la airada reacción municipalista.*

*Paradójicamente el principal objetivo de la Ley, cual es propiciar la contención de gasto, se alcanzó antes y por otras vías. Es lo que se ha definido perspicazmente como efecto anticipado de la reforma, aunque como ya hemos insinuado cabría preguntarse si se hubiera producido el mismo efecto sin esta Ley; si hubiera sido suficiente con la Ley de Economía Sostenible. Mi respuesta es sencilla: en el corto plazo, hubiera bastado con las medidas de estabilidad; en el medio y largo plazo, era imprescindible la reforma local”<sup>35</sup>.*

Analizaremos de forma sumaria cada uno de estos objetivos básicos o fundamentales con la enumeración de las distintas medidas que introduce la LRSAL para pretender el logro de los mismos.

## **1.- Evitar las duplicidades en materia de competencias**

Como se ha visto, se pretende clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones. Es aquí donde se enmarca la famosa frase “una administración una competencia”. Con independencia de no tener claro lo que significa ello exactamente pues muchas de las competencias suelen ser compartidas para un adecuado desarrollo de la misma -piénsese por ejemplo en el urbanismo-.

La nueva norma, para lograr este fin, implementa entre otras las siguientes medidas:

---

<sup>35</sup> RIVERO ORTEGA (2015).

- a) Se limita, en primer lugar, la amplia enumeración de competencias que actualmente tenían los ayuntamientos, desapareciendo algunas como en sanidad, educación o servicios sociales, o restringiendo el contenido de otras como la vivienda, que se circunscribe a la protegida y con criterios de sostenibilidad. Además desaparece la cláusula residual de competencias del artículo 28 de la LBRL.
- b) Se amplían, por el contrario, las competencias en Diputaciones Provinciales, institución que se ve ampliamente potenciada y reforzada por la norma. Éstas tutelarán e, incluso, ejercerán subsidiariamente las competencias de municipios menores de 20.000 habitantes, cuando se den ciertas circunstancias de carácter económico.

## **2.- Racionalizar la estructura organizativa de la administración local**

Esta racionalización, según se indica, se realiza “de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”. Como indica la propia norma se busca esencialmente unas administraciones locales eficaces y eficientes, procurando la reducción del número de entidades locales.

Para el logro de este objetivo introducen básicamente las siguientes medidas:

- a) Se potencia y facilita la fusión de municipios pero no se llega a la medida de supresión de municipios, como se pretendía en su inicio y se ha realizado en Estados de nuestro entorno<sup>36</sup>. Además, no se suprimen, salvo supuestos excepcionales, las entidades supralocales y de ámbito inferior, si bien se aumenta el control sobre las mismas.
- b) En relación al personal de los entes locales, los cargos públicos con dedicación exclusiva y sus retribuciones se reducen para eliminar las cargas salariales con cargo a los entes locales. Igualmente se limitan ingresos y subidas salariales de los empleados laborales y de los ligados mediante contratos mercantiles al Sector Público Local.
- c) Se limita la libertad en la prestación de los servicios de los entes locales mediante entes instrumentales, imponiendo las fórmulas de gestión sometidas al derecho público.

## **3.- Garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso**

El texto legal parte de que es necesario que el gasto de los fondos asignados a las Administraciones Locales se realice con unos criterios más rigurosos, potenciando los entes destinados a garantizarlos, así como que el referido

---

<sup>36</sup> Es muy interesante en este sentido el trabajo de Alejandro de DIEGO GÓMEZ (2013), en su artículo “Reflexiones sobre la reforma de la Administración Local: A propósito del Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, publicado por El Diario Del Derecho Municipal / IUSTEL de 23/1/2013. En dicho estudio, en su apartado 3 (“Comparativa con Europa”), enumera las fusiones de municipios realizadas en los países de nuestro entorno, como Alemania, Dinamarca, Grecia o Italia, entre otros.

gasto se produzca de una forma más transparente y en cierta medida de forma homogénea.

Para ello, se potencia al interventor local, reforzando su independencia de las autoridades locales donde prestan sus servicios. Será el Estado el competente para su selección, formación y habilitación, así como la potestad sancionadora en los casos de las infracciones más graves.

Mayor control presupuestario, fijándose por el Estado las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación y criterios de actuación en la función interventora y se posibilita la aplicación de técnicas, como la auditoría en sus diversas vertientes, a las Entidades Locales, en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del sector público, contándose para ello con la participación de la Intervención General de la Administración del Estado

Se establece el denominado “Coste efectivo de los servicios”. Con el objeto de garantizar la transparencia en la prestación de los servicios que prestan las Entidades Locales, se establece la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios, de acuerdo con criterios comunes, y se dispone su remisión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación. En la actualidad está en estudio y elaboración la norma que desarrolla y determina el contenido de dicho concepto.

#### **4.- Favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.**

Esta es una de las finalidades más controvertidas, pues frente al principio constitucional ya indicado de la iniciativa pública en la actividad económica, el nuevo texto establece, entre otras, las siguientes medidas que destacamos:

- a) Se pretende imponer la subsidiariedad del sector público frente al privado, buscando la externalización en la prestación de servicios públicos, y evitar el ejercicio de la actividad económica pública en concurrencia con la privada.
- b) Se impone el redimensionamiento del sector público local, con la eliminación de gran parte del mismo, con unos criterios que en muchos de los casos no son ni racionales ni económicos, ordenando el cierre de empresas o la venta de las acciones en mano pública de sociedades locales económicamente rentables, especialmente las denominadas “sociedades mixtas” en las que participa el capital privado.
- c) Supresión de licencia u otro control preventivo para el ejercicio de actividades, para garantizar la iniciativa en la actividad económica.

#### **2.2.2.- Estructura y contenido de la LRSAL**

No se trata de una reforma ligera sino que es un texto de amplio y profundo calado, que modifica profundamente la regulación actual. Se compone de 2 artículos y multitud de disposiciones: 17 adicionales, 11 transitorias, una derogatoria y 6 finales.

Analizaremos algunos de los aspectos más significativos de la nueva Ley con el orden del articulado, aun cuando algunos de ellos ya se han adelantado al analizar los objetivos generales.

#### a) Articulado

- **Artículo 1.º.** En el mismo se modifica ampliamente la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL). Este artículo se compone de 38 apartados, de los que se pueden destacar a nuestros efectos los siguientes:
  - a) Potenciación de la fusión de municipios con la regulación precisa de sus condiciones, contenido y efectos (apartado 3 modifica art. 7).
  - b) Modificación de las competencias de los entes locales, con la clasificación en propias y delegadas (apartado 3 modifica art. 7), supresión de muchas de ellas (apartado 8 modifica art. 25) y de las “competencias impropias” que permitían a los entes locales prestar servicios y ejercitar actividades complementarias (apartado 11 suprime art. 28).
  - c) Potenciación del papel de las Diputaciones Provinciales con aumento de sus competencias (apartado 13 modifica art. 36) y la tutela de ayuntamientos pequeños (menos de 20.000 habitantes).
  - d) Se establece un nuevo Régimen retributivo de los miembros de corporaciones locales y del personal al servicio de las entidades locales (apartado 18 introduce art. 75 bis). Se limita el número de cargos públicos con dedicación exclusiva (apartado 19 introduce art. 75 ter) y del número de personal eventual de las corporaciones locales (apartado 28 introduce art. 104 bis). Si bien la Disposición Transitoria Séptima excepciona la aplicación hasta el 30 de junio de 2015 a las Entidades Locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto de la normativa de morosidad.
  - e) Se determina que el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo, si bien con excepciones (apartado 20 modifica art. 84 bis).
  - f) En materia de prestación de servicios públicos, se restringe la utilización de entes instrumentales, como las sociedades públicas (apartado 21 modifica art. 85) y en relación a la iniciativa de la actividad económica se establece un criterio de subsidiariedad en relación al sector privado (apartado 23 modifica art. 85).
  - g) Se regula con mayor precisión y se le otorga mayor preponderancia al personal funcionario de las corporaciones locales (apartado 24) especialmente los habilitados nacionales -Secretarios, Interventores y Tesoreros de administración local- (apartados 25 y 26).
  - h) Se introducía en los primeros textos la polémica figura de los “estándares de calidad en la prestación de los servicios locales” fijado por el Gobierno, si bien, ante la polémica suscitada, se ha reducido el



alcance y actualmente se fija el “coste efectivo de los servicios” (apartado 31 introduce art. 116 ter), importante para la tutela de municipios por las Diputaciones.

- i) En relación al Sector Público local se limitan las retribuciones del personal laboral mediante la limitación masa salarial (apartado 27 introduce art. 103 bis), se impone el redimensionamiento del mismo (apartado 36 modifica la Disposición Adicional 9.<sup>a</sup>) y se limitan las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno (apartado 35 modifica la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup>).
- **Artículo 2.º.** Se modifican los artículos 213 y 218 de la Ley de Haciendas Locales, potenciando la figura del Interventor y referidos al control interno y a la resolución de sus discrepancias con los órganos de gobierno, y 193 bis (Derechos de difícil cobro).

## **b) Disposiciones**

**Disposiciones Adicionales.** Son las siguientes:

- Primera. Régimen aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Segunda. Régimen aplicable a la Comunidad Foral de Navarra.
- Tercera. Competencias autonómicas en materia de régimen local.
- Cuarta. Especialidades de las Ciudades de Ceuta y Melilla.
- Quinta. Regímenes especiales de Madrid y Barcelona.
- Sexta. Comarcas.
- Séptima. Colaboración con las Intervenciones locales.
- Octava. Cumplimiento de obligaciones tributarias respecto de bienes inmuebles de la Seguridad Social transferidos a otras.
- Novena. Convenios sobre ejercicio de competencias y servicios municipales.
- Décima. Convenios de colaboración entre el Estado y las Entidades Locales.
- Undécima. Compensación de deudas entre Administraciones por asunción de servicios y competencias.
- Duodécima. Información en materia de tutela financiera.
- Decimotercera. Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos.
- Decimocuarta. Régimen jurídico especial de determinados consorcios.
- Decimoquinta. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la educación.
- Decimosexta. Cabildos y Consejos Insulares.
- Decimoséptima. Apertura de lugares de culto.

## **Disposiciones Transitorias.**

- Primera. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud.
- Segunda. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales.

- Tercera. Servicios de inspección sanitaria.
- Cuarta. Disolución de entidades de ámbito territorial inferior al Municipio.
- Quinta. Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio en constitución.
- Sexta. Régimen transitorio para los consorcios.
- Séptima. Régimen transitorio de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal.
- Octava. Régimen transitorio para el personal directivo de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares.
- Novena. Régimen transitorio para los Directores Generales de las Entidades Locales.
- Décima. Aplicación de las limitaciones referidas al número de personal eventual y cargos públicos con dedicación exclusiva.
- Undécima. Mancomunidades de municipios.

**Disposición Derogatoria.** Derogación normativa.

Se deroga de forma genérica cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo en ella establecido, si bien de forma específica deroga la disposición adicional segunda y la disposición transitoria séptima de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

**Disposiciones Finales.**

- Primera. Modificación del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.
- Segunda. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Tercera. Modificación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Cuarta. Modificación del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
- Quinta. Título competencial.
- Sexta. Entrada en vigor.

**2.2.3.- Entrada en vigor**

La Disposición final sexta indica que la Ley *“entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”*; por cuanto se publicó en el n.º 312 de 30 de diciembre, entró en vigor el último día del año 2013, el 31 de diciembre.

Las disposiciones transitorias, en número de once como se ha visto, establecen distintos regímenes de transitoriedad para distintas materias. Veremos las más

destacadas que no se analizan en otros apartados de este estudio. En concreto las siguientes:

- La primera y segunda establecen distintas especialidades en cuanto a su entrada en vigor, especialmente en relación con la asunción por CC.AA. de determinadas competencias que hasta la entrada en vigor tenían los ayuntamientos y que en la actualidad se han limitado o suprimido, difiriendo así su aplicación, en materia de Salud hasta 5 años o dos en Servicios.
- La Disposición Transitoria cuarta (Disolución de entidades de ámbito territorial inferior al Municipio) y la quinta (Entidades en constitución) se han visto muy atenuadas a lo largo de la tramitación y así se mantiene la condición de Entidad Local y su personalidad jurídica de dichas entidades existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley. Solamente se producirá la disolución de aquellas que al 31 de diciembre de 2014 no hayan presentado sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva, regulando los efectos de dicha disolución. Las que se encuentren en trámite de constitución y éste se haya iniciado antes del 1 de enero de 2013, no se verán afectadas.
- La sexta (Régimen transitorio para los consorcios) impone la obligación a los consorcios existentes de adaptar sus estatutos a la LRSAL en el plazo de un año desde su entrada en vigor.
- Las séptima, octava y novena establecen respectivamente el régimen transitorio de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal, del personal directivo de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares y los Directores Generales de las Entidades Locales.
- La undécima impone a las Mancomunidades de municipios que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, deben adaptar sus estatutos a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, para no incurrir en causa de disolución. Sus competencias estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los artículos 25 y 26 de la LBRL.

#### **2.2.4.- Recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL**

La LRSAL ha sido una de las normas más contestadas social e institucionalmente, habiéndose admitido por el Tribunal Constitucional 9 Recursos de Inconstitucionalidad y un conflicto en defensa de la autonomía local formulado por más de dos mil entidades locales.

En el BOE de 25 de mayo de 2014 se publicaron distintas providencias del Pleno del Tribunal Constitucional por las que se admitieron a trámite hasta 9 Recursos de Inconstitucionalidad, presentados a finales del pasado mes de marzo por tres parlamentos (Extremadura, Cataluña y Navarra), cuatro gobiernos autonómicos (Andalucía, Asturias, Cataluña y Canarias) y varios partidos de la oposición, entre ellos el PSOE, contra la Ley de Reforma Local. En las nueve providencias dictadas, el TC acuerda dar traslado de las

demandas al Congreso, al Senado y al Gobierno, que disponen de quince días para personarse en los distintos procedimientos y formular alegaciones.

Los Recursos de inconstitucionalidad, en concreto, son los siguientes:

1. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1792-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por la Asamblea de Extremadura, contra el art. primero, apartados 5, 7, 8, 10 (por conexión el art. primero.3 y disposición adicional novena), 16, 17, 21 y 30; disposiciones adicionales octava, undécima y decimoquinta; disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima.
2. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1959-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Consejo de Gobierno de Andalucía, contra los arts. primero, apartados dos, tres, cinco, siete, ocho, nueve, trece, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veintiuno, treinta, treinta y uno, treinta y seis y treinta y ocho; segundo, dos; disposiciones adicionales octava, undécima y decimoquinta; disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta, y disposición final primera.
3. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1995-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, contra el art. primero, apartados siete y nueve; disposición adicional sexta, y disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta.
4. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1996-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Parlamento de Cataluña contra el art. primero, apartados dos, tres, cinco, siete, ocho, nueve, diez, once, trece, catorce, dieciséis, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veintitrés, veinticinco, veintiocho, treinta y treinta y seis; disposiciones adicionales novena, apartado 1, undécima, decimoquinta y decimoséptima, y disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y undécima.
5. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2001-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Parlamento de Navarra, contra el art. primero (en cuanto añade o modifica los arts. 7.3 y 4, 13, 24.bis.2, 25, 27, 36, 57, 85.2, 116.bis, 116.ter y disposición adicional decimosexta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), y las disposiciones adicionales novena y decimoquinta, y transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

6. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2002-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia, y Mixto. Contra los arts. primero, apartados tres, cinco, siete, ocho, nueve, diez, trece, dieciséis, diecisiete, veintiuno, treinta, treinta y uno, treinta y seis y treinta y ocho; segundo, apartados dos y tres; disposiciones adicionales octava, novena, undécima y decimoquinta, y transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima.
7. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2003-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Parlamento de Andalucía. Contra los arts. primero, tres, cinco, ocho, nueve, diez, dieciséis, diecisiete, veintiuno, veinticinco, treinta, treinta y uno, treinta y seis, treinta y ocho; segundo, dos y tres; disposición adicional decimoquinta y disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima.
8. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2006-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Gobierno de Cataluña. Contra los arts. primero, apartados dos, tres, cinco, siete, ocho, nueve, diez, trece, dieciséis, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veintiuno, veinticinco, veintiocho, treinta, treinta y uno, treinta y seis y treinta y ocho; segundo, apartados dos y tres; disposiciones adicionales tercera.1, novena, undécima, decimoquinta y decimoséptima; disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y undécima, y disposición final segunda.
9. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2043-2014, contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Promovido por el Gobierno de Canarias. Contra los arts. primero, dos, tres, cinco, siete, ocho, nueve, diez, trece, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintiocho, treinta, treinta y cuatro, treinta y seis y treinta y ocho; segundo, dos y tres; disposiciones adicionales segunda, novena y decimoquinta; disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y undécima, y disposiciones finales cuarta y quinta.

Para determinar el alcance de los Recursos y los efectos que tienen para promotores, los artículos que más nos afectan son los siguientes:

- a) Ocho. Modificación del artículo 25, reduciendo competencias de los ayuntamientos.
- b) Once. La supresión del artículo 28, que establecía la cláusula residual de competencias.
- c) Veintiuno. Se modifica el apartado 2 del artículo 85, estableciendo las grandes limitaciones a la prestación de servicios mediante fórmulas sometidas al Derecho Privado.

- d) Veintitrés. Modifica el artículo 86 estableciendo la supletoriedad del sector público en la actividad económica.
- e) Treinta y seis. Modifica la Disposición adicional novena. Redimensionamiento del sector público local.

Como se aprecia, la mayor parte de los recursos incluyen los referidos artículos, tanto los relativos a la restricción de competencias y limitaciones a la libertad de la prestación de servicios y actividades económicas como al redimensionamiento del sector público.

Los argumentos son muy variados; siguiendo a IUSTEL se pueden destacar los siguientes:

- La privación a los ayuntamientos de su autonomía política y de su financiación, y que supone “uno de los mayores ataques a la democracia”.
- Provoca enormes dificultades para la gestión de los ayuntamientos al privarles de su capacidad de gestión de la política social, de recursos y de instrumentos para poder llegar cerca de la gente necesitada, algo “absolutamente imprescindible en la España de la pobreza de hoy”.
- Que la ley determine los sueldos de alcaldes basándose en el tamaño de los municipios, ya que considera que la propuesta del Gobierno central no deja “margen suficiente para que las autonomías puedan adaptarlo a las particularidades de determinados municipios”.

Por último, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de septiembre, acordó admitir a trámite el conflicto en defensa de la autonomía local núm. 4292-2014, planteado por el municipio de Abengibre y otros municipios (más de dos mil) contra los artículos primero, apartados tres, ocho, nueve, dieciséis, veintiuno, veinticinco, treinta, treinta y uno, treinta y seis y treinta y ocho, y segundo, apartados dos y tres, de la Ley 27/2013.

### **2.3.- NORMATIVA AUTONÓMICA EN DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA LRSAL**

Las Comunidades Autónomas han ido publicando diversas disposiciones normativas de todo rango, con el fin de perfilar y aclarar distintos aspectos del nuevo panorama de competencias establecido en la LRSAL, y la aplicación de la misma en relación con los informes requeridos para la emisión de los informes previos de la administración competente, en relación con la existencia o no de duplicidades y sostenibilidad financiera, exigidos por el artículo 7 de la misma, en los supuestos del ejercicio de competencias distintas de la propias y atribuidas por delegación, como ya se ha adelantado.

Esta normativa es la siguiente:

- a) País Vasco: Circular de 11 de marzo de 2014, de la directora de Relaciones con las Administraciones Locales y de los Registros Administrativos del Gobierno Vasco.

- b) Castilla y León: Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- c) Andalucía: Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- d) Galicia: Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.
- e) La Rioja: Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- f) Cataluña: Decreto-ley 3/2014, de 17 de junio, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL. Decreto Ley que no ha sido convalidado por el Parlamento de Cataluña. Además de dicha norma, se ha publicado y ratificado por el Parlamento de Cataluña el Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Recientemente se ha publicado el Decreto 208/2015, de 22 de septiembre, del procedimiento para obtener los informes previstos en el apartado 4 del artículo 7 de la LRSAL.
- g) Comunidad Valenciana: Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL.
- h) Comunidad de Murcia: Decreto-ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013. Posteriormente y con idéntico contenido la Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.
- i) Asturias: Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- j) Comunidad de Madrid: Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

- k) Baleares: Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Illes Balears de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.
- l) Canarias: Ley 7/2015, de primero de abril, de los municipios de Canarias.

A la Comunidad Foral de Navarra, como ya se ha visto, la Disposición adicional segunda de la LRSAL (“Régimen aplicable a la Comunidad Foral de Navarra”) en su párrafo 2.º le permite atribuir competencias como propias a los municipios de su territorio, así como del resto de las Entidades Locales de Navarra, con sujeción en todo caso a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la LBRL.

Es muy interesante el estudio de la distinta normativa (4 leyes, 4 decretos leyes 1 decreto y 2 circulares) pues tienen un contenido y unos criterios muy similares, en algunos casos casi idénticos, que chocan claramente con las interpretaciones “oficiales”, siendo gobernadas por partidos políticos dispares y en su mayoría el mismo del Gobierno de la Nación.

Además de ello, llama la atención la distinta tipología normativa, desde Circulares a Leyes, pasando por Decretos ordinarios y Decretos Ley. Esta dispar tipología ha sido debida en algunos supuestos por obtener una norma clarificadora más rápida, lo que ha dado lugar a las Circulares, pero parece que la fórmula más apropiada es la de Ley, o en su caso el Decreto Ley, en base a la “extraordinaria y urgente necesidad”, posteriormente ratificados por las Cámaras Legislativas. Ello es así para evitar posteriormente problemas de jerarquía normativa con otros textos legales, aun cuando en el supuesto de divergencia con la norma estatal, es una cuestión no de jerarquía sino de competencia, como es de sobra conocido.

La regulación es bastante uniforme en los aspectos que nos interesan, especialmente los temas competenciales que se analizarán con profundidad en el Capítulo VII. No obstante ello, sí se puede adelantar que las razones que han llevado a las CC.AA. a la publicación de esta normativa es diversa, pudiendo destacarse las siguientes:

- a) Clarificación del régimen competencial: Por un lado, se pretende clarificar el nuevo panorama de competencias como lo indica claramente la Circular Valenciana: *“Ante las dudas interpretativas surgidas con motivo de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) y en particular en relación al nuevo régimen competencial de los municipios, se ha considerado necesario elaborar una circular informativa que sirva de guía para esclarecer el marco de actuación de los municipios en este ámbito”*.

En esta misma línea se manifiesta el Decreto-ley 3/2014 catalán que justifica la fórmula del Decreto-ley en la urgencia y necesidad creada por las dudas interpretativas, al indicar que: *“La situación de indefinición generada está permitiendo que cada municipio haga una interpretación diferente, en cuanto a las materias competenciales sobre las que puede prestar servicios*



*públicos a los ciudadanos, cuando tendrían que ser las mismas para preservar el principio constitucional de igualdad. También se pueden dar supuestos posibles de paralización o renuncia en la prestación de servicios y actividades dirigidas a los ciudadanos por entender que, con la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, el ente local ya no es competente para poderlos prestar. En muchos casos los ámbitos materiales afectados son los de naturaleza básica prestacional a los ciudadanos, como servicios sociales, enseñanza, políticas de inmigración, de ocupación y de defensa de consumidores.*

*Este escenario de incertidumbre afecta al funcionamiento diario de los entes locales, puesto que la Ley estatal es vigente. Pero a este marco se añade el hecho de que la aplicabilidad de algunas de sus previsiones están diferidas en el tiempo, en ciertos plazos determinados, como son, por ejemplo, los relativos a la disposición adicional novena, respecto de la adaptación de acuerdos, convenios y otros instrumentos de colaboración, y a la disposición transitoria undécima, respecto a las mancomunidades de municipios<sup>37</sup>.*

- b) Establecer el contenido de los informes sobre duplicidad y sostenibilidad financiera: Como indica la exposición de motivos del Decreto-ley andaluz, el art. 7.4 establece que las entidades locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. Para acreditar ello, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en los que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Está, consecuentemente, la segunda finalidad de este grupo de normas, el desarrollo de los distintos aspectos relacionados con los referidos informes, en aspectos tales como la forma en que las entidades locales deben efectuar la solicitud de informe, la documentación exigible a tal fin, órganos competentes, plazos para la emisión de los informes, carácter determinante de los mismos en orden a la suspensión de procedimientos y demás trámites que han de efectuarse para adoptar la decisión (DL 7/2014 de Andalucía).

- c) Regulación de procedimientos para la adaptación de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación: El Decreto-ley catalán 4/2014, regula específicamente el procedimiento para adaptar los convenios, los acuerdos y el resto de instrumentos de cooperación ya suscritos, en fecha 31 de diciembre de 2013, entre la Administración de la

---

<sup>37</sup> Téngase en cuenta lo ya indicado de que el presente Decreto-ley no ha sido ratificado por el Parlamento de Cataluña, por lo que actualmente no está en vigor, manteniéndose a título de ejemplo por la claridad del mismo.

Generalidad y los entes locales de Cataluña, que conlleven cualquier tipo de financiación destinada a satisfacer el ejercicio de competencias delegadas o competencias distintas de las propias y de las delegadas, que prevé la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

- d) Regular las singularidades establecidas por el peculiar régimen local. Paradigma de ello es la circular Vasca, cuando indica que regula, entre otras cuestiones, los aspectos *“en relación con las cláusulas de la LRSAL en las que se definen las singularidades competenciales derivadas del régimen foral vasco”*.

En relación a la normativa de las CC.AA. Ricardo Rivero Ortega<sup>38</sup> indica que *“las resistencias de los poderes autonómicos al incremento del protagonismo del legislador básico sobre el régimen local se comprenden tras una oleada de reformas estatutarias cuyo propósito incluyó el avance de la “interiorización” de esta normativa, en una línea federal defendida por muchos de nuestros expertos, pero no necesariamente la única posible ni la más plausible a la vista del texto constitucional, máxime si tenemos presentes las competencias estatales del artículo 149.1.1833.*

*No es casual que hayan sido precisamente las Comunidades Autónomas con versiones más recientes de sus Estatutos de Autonomía las más resistentes y activas en la defensa de sus propias competencias contra las medidas incorporadas en la Ley de Racionalización. La previsión en muchas de ellas de la existencia de leyes locales autonómicas se ha visto seriamente afectada por un texto estatal decidido a poner orden en un mundo a ordenar territorialmente, materia propia del poder autonómico.*

*La aprobación en Andalucía de la LAULA (Ley de Autonomía Local de Andalucía) es un buen ejemplo de los problemas de fuentes generados por la aprobación final de la Ley de racionalización. Algunas de las previsiones de este texto ya parecían incompatibles con otras de la Ley de Bases, pero la última redacción del Estatuto de Autonomía andaluz podría explicar desavenencias en aspectos clave (como los modos de gestión de los servicios públicos). La reforma ha incrementado estas contradicciones.*

*No es en modo sólo una cuestión política, pues entre los contradictores de la Ley puede señalarse a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, emblemática por su número elevadísimo de municipios y por tramitar en paralelo a la reforma del Estado una iniciativa alternativa –no contraria, pero difícilmente complementaria– en forma de Ley de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio, norma que apuesta por fórmulas alternativas a la preferida por el Estado (las diputaciones) para mejorar la gestión de los servicios municipales”.*

---

<sup>38</sup> RIVERO ORTEGA (2015).

### **3.- EFECTOS GENERALES DE LA LRSAL SOBRE LOS ACTUALES ENTES INSTRUMENTALES**

#### **3.1.- CRITERIOS GENERALES DE LA LRSAL SOBRE EL ACTUAL SECTOR PÚBLICO LOCAL**

Con carácter general, como ya se ha apuntado, la LRSAL siguiendo las propuestas de la Comisión Nacional de la Competencia que insta al Gobierno a introducir las modificaciones legales necesarias para que *“aquellos servicios que puedan ser concesionados y abiertos a la competencia se abran”*, busca la reordenación del sector público desde una doble perspectiva: por un lado reducir la dimensión del sector público empresarial y por otro reducir su actividad y su organización, mediante la privatización de la gestión de los servicios y la subsidiariedad de la actuación pública en cuanto a la iniciativa económica.

Además de ello, como también se ha reiterado, las modificaciones normativas pretenden frenar y reconducir la *“huida del derecho administrativo”*. Este sometimiento al régimen jurídico-económico público abarcaría aspectos como la aplicación de los procedimientos propios del régimen de contratación de las administraciones públicas, la fiscalización de los actos de contenido económico, el carácter limitativo y vinculante de sus presupuestos y el registro de su actividad con arreglo a los principios y normas propios de la contabilidad pública.

En esta línea, la LRSAL especifica en su Exposición de Motivos que la reforma en concreto persigue varios “Principios Básicos”:

*«Clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones para que se haga efectivo el principio “una administración una competencia”, racionalizar la estructura organizativa de la administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».*

Estos criterios son aplicados en la Disposición Adicional Novena (DA 9.<sup>a</sup>), “Redimensionamiento del Sector Público Local”, introducidos en el artículo 1.36 de la Ley.

La DA 9.<sup>a</sup> propone una regulación que parte de una desconfianza absoluta en el sector público local y que parece más destinada a suprimirlo que a redimensionarlo. Tampoco es coherente con el principio de sostenibilidad financiera que preside el conjunto de las reformas, pues la supresión indiscriminada de sociedades en funcionamiento y solventes generará serios problemas económicos que a la larga dará lugar a consecuencias económicas mayores que las que se pretenden evitar. Además, no es posible actuar con carácter de subsidiariedad en el sector y pretender que se tengan siempre resultados positivos.

Por ello, la regulación bajo el pretendido amparo de la estabilidad presupuestaria está clara e injustificadamente destinada a suprimir muchas sociedades o dificultar su funcionamiento, con independencia de su sectorización o no, o de su viabilidad económica, con el evidente propósito de suprimir la prestación directa de los servicios por las corporaciones locales y la consecuente externalización y dejar en manos del sector privado el ejercicio de actividades económicas en virtud del principio de subsidiariedad, como ya se ha analizado en el anterior apartado.

La experiencia ha demostrado que el sector público es absolutamente necesario por ser vertebrador y garante de la satisfacción de distintos servicios como el de la vivienda social, al que el sector privado solo se asoma en situaciones de crisis, pero que inmediatamente abandona una vez superada la misma, con el grave perjuicio que ello produce a las capas de población más necesitadas. Además, en actividades como las urbanísticas, inmobiliarias o de promoción de vivienda, el actuar sometido al derecho privado proporciona una agilidad a la administración que es necesaria para afrontar las particularidades de la gestión y la adopción de decisiones rápidas e inmediatas que no son posibles en estructuras sometidas al lento derecho administrativo y al sistema presupuestario. Ello se ha confirmado con el hecho de que la sociedad mercantil urbanística ha sido ampliamente regulada y potenciada desde 1976, no solo por la normativa urbanística preconstitucional, sino por las actuales leyes del suelo de las distintas CC.AA., con el amparo de los citados artículos 38 y 128.2 de la Constitución.

Pero aun partiendo de esta regulación excesivamente restrictiva, de la propia norma no puede deducirse como se ha indicado que suponga sin más la desaparición inmediata de todo tipo de sociedades, pues la medida distingue, cuanto menos en su regulación, entre las sociedades que prestan servicios locales y aquellas que realizan actividades económicas, también entre las que son de primer escalón (las constituidas y participadas por la administración matriz directamente) y las de segundo escalón (las constituidas o participadas por entes dependientes de dicha administración que crean una nueva).

El problema es que, como se ha visto, el concepto no es pacífico ni en la normativa ni en la Doctrina o Jurisprudencia. Si a eso añadimos las incorporaciones de última hora en el texto de la DA 9.<sup>a</sup> en el Senado, el texto es todavía más confuso y da lugar a muchas y variadas interpretaciones que dificultan enormemente la aplicación de la norma y que pueden plantear problemas a nuestro sector por la disparidad de la misma, creando una enorme inseguridad jurídica en el sector público local y en sus administraciones titulares.

### **3.2.- REDIMENSIONAMIENTO DEL ACTUAL SECTOR PÚBLICO**

Una vez centrados los criterios generales de la LRSAL, hay que analizar el régimen aplicable a los distintos tipos de entes instrumentales.

En este campo, la DA 9.<sup>a</sup> de la LRSAL establece una regulación claramente tendente a la liquidación del Sector Público Local con un distinto y progresivo alcance en sus cuatro números en función de los distintos tipos de sociedades que se ha indicado; aun cuando después se estudiarán en profundidad, sintetizamos:

- a) Párrafo 1.º: Afecta a todo tipo de sociedades, ya sean de prestadoras de servicios o ejerciten actividades económicas. En este primer supuesto la penalización no les viene a los entes por actividades propias, que pueden ser absolutamente solventes y saneadas, sino porque su entidad matriz (ayuntamiento esencialmente) se encuentre sometida a plan económico-financiero o plan de ajuste. Prohibición que al final se ha suavizado algo con las condiciones que posteriormente se analizarán.
- b) Párrafo 2.º: Con una finalidad claramente liquidadora afecta exclusivamente a las sociedades que realizan actividades económicas (“desarrollen actividades económicas”) y se encuentran en una “peculiar” situación de “desequilibrio financiero”, si bien, tras la incorporación de un párrafo en el Senado, en el que se amplía el plazo de disolución en determinados sectores, es más confusa su interpretación.
- c) Párrafos 3.º y 4.º: Afectan a las llamadas sociedades o entes de 2.º escalón, es decir, aquellas que han sido constituidas por otro ente o sociedad. En este caso el tema es mucho más preocupante, pues si bien en el párrafo 3 se establece una prohibición general de constituir a futuro, en el 4.º se establece una disolución automática de muchas de estas sociedades, que no sean de pertenencia exclusiva pública, sin tener en cuenta Los graves problemas económicos y de responsabilidad patrimonial y personales de sus miembros a que pueden dar lugar. Introduciéndose al final en el Senado una prórroga a supuestos de servicios esenciales de un año.

En relación a estos aspectos, la Nota del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 7 de marzo de 2014, en poco o nada aclara a los efectos de este apartado, por lo que se hará referencia a ella de forma muy somera y en los distintos apartados.

Analizaremos separadamente y en profundidad cada uno de estos apartados.

### **3.2.1.- Sociedades de entidades locales con plan económico-financiero o de plan de ajuste (párrafo 1.º)**

#### **3.2.1.1.- Ámbito de aplicación**

Indica el párrafo primero de la DA 9.<sup>a</sup> que:

*“1. Las entidades locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes, no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes*

*durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.*

*Las entidades mencionadas en el párrafo anterior durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste, no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”.*

Desde el punto de vista subjetivo o ámbito de aplicación, la norma se aplica a las entidades locales del art. 3.1. de la LBRL y sus organismos dependientes. En concreto los siguientes:

- a) El Municipio
- b) La Provincia
- c) La isla, en los archipiélagos Balear y Canario
- d) Organismos dependientes de las anteriores

Por el contrario, no se ven afectadas por dicha prohibición las siguientes entidades locales<sup>39</sup>:

- Comarcas
- Áreas metropolitanas
- Mancomunidades de municipios

Se plantea en este punto una primera cuestión que es la razón objetiva por la que estas entidades quedan excluidas de la prohibición, máxime cuando, por ejemplo en el caso de las mancomunidades, han sido explícitamente incluidas en los mecanismos de pago de proveedores (MPP) articulados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) y, en caso de haber suscrito la operación financiera de cobertura, han debido aprobar un Plan de Ajuste.

Estas administraciones deben tener aprobado un Plan económico-financiero o Plan de Ajuste. Las consecuencias de que los entes matrices se encuentren en esa situación y mientras dure su Plan económico-financiero o Plan de Ajuste es la siguiente:

1. No podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes.

---

<sup>39</sup> No se mencionan las entidades locales menores puesto que, aunque se encuentran encuadradas dentro del art. 3.2 de la LBRL, la reforma aprobada plantea su eliminación.

2. Tampoco podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación.

Se analizarán ambos supuestos.

### **3.2.1.2.- Prohibición de adquisición y constitución de nuevas entidades**

Desde un punto de vista objetivo, la prohibición se establece en cuanto a la posibilidad de adquirir, constituir o participar en la constitución de todo tipo de nuevas entidades, tanto de forma directa como indirecta, durante el plazo de vigencia del Plan Económico Financiero o de Ajuste.

No parece muy lógico ni desde el principio de autonomía local ni desde el de estabilidad presupuestaria que se prohíba crear nuevas sociedades, si se considera de acuerdo con el actual artículo 85 que el servicio es más rentable prestarlo con personación jurídico-privada, cuando ello podría no solo estar incluido en dichos planes, sino beneficiar las cuentas del ente local. No obstante ello, la prohibición sobre la constitución plantea pocos problemas, dado que implica necesariamente un acto de voluntad de los constituyentes y queda claramente conectado al surgimiento de una nueva entidad.

Sin embargo, cuando se habla de adquisición las cosas no son tan claras. ¿Cómo interpretar el concepto de *nuevo* en este caso? ¿Debe entenderse en relación a la adquisición de entidades de nueva creación o, aún ya estando creadas, en las que no participaba anteriormente la administración implicada?

Además, puesto que la adquisición se puede realizar sin que medie dicho acto de voluntad (p. ej. en el caso de procedimientos de embargo sobre acciones u otro tipo de activos mobiliarios representativos del capital de sociedades), ¿deberá, en estos casos, renunciar la administración a dichos bienes?

Por otro lado, ¿se refiere la norma a adquisición *de la totalidad del capital o fondo social de una entidad*, o acaso se pretende prohibir también todo tipo de adquisición parcial aun cuando no implique una posición de control efectivo?

Además, la prohibición de adquisición y constitución se plantea en términos directos e indirectos y sobre una enumeración de entidades (organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes).

En este asunto también se plantean diversos matices:

- La prohibición de carácter indirecto, ¿queda referida exclusivamente a aquellas entidades en las que la administración implicada tenga participación en el capital o fondo social, o se refiere al concepto más amplio de *control efectivo*?
- Del listado de entidades enumeradas parece desprenderse la intención de incluir cualquier tipo de entidad con personalidad jurídica diferenciada de la propia administración, pero se incluye el concepto de *unidades* que

parece más cercano al concepto de gestión directa por la propia entidad local, del art. 85, LBRL, o al de *unidad de negocio*.

Por último, la prohibición queda supeditada al período en el que esté vigente un Plan Económico-Financiero o de Ajuste. Sin embargo, la normativa actual prevé la existencia de más Planes “de ajuste”, como el Plan de Saneamiento o el Plan de Reequilibrio planteado por la LOEPSF<sup>40</sup>.

### **3.2.1.3.- Prohibición de saneamiento de entidades con necesidades de financiación**

Como se ha indicado se establece que: *“Las entidades mencionadas en el párrafo anterior, durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste, no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación”*.

En este punto aparece un concepto crucial como es el de *“Aportaciones patrimoniales”*. La cuestión es que la Ley parece referirse a lo que serían aportaciones de la administración para el reequilibrio financiero de la correspondiente entidad. Dentro de este concepto parecen claramente encuadradas cuestiones como las aportaciones dinerarias al capital o fondo social o las aportaciones de socios para la compensación de pérdidas. También quedarían encuadradas en este grupo las subvenciones a la explotación que tengan por finalidad la cobertura de un déficit, dado que con la normativa actual deben contabilizarse en el patrimonio neto de la entidad<sup>41</sup>.

Pero, ¿debemos entender también incluidas las subvenciones de capital? De acuerdo con el Plan General de Contabilidad, estas subvenciones quedan registradas en el Patrimonio Neto de la entidad, por lo que parece que podrían quedar prohibidas a pesar de que su finalidad sea la de financiar un determinado activo y no acudir a solventar los problemas de financiación de la entidad.

Y ¿qué ocurre con las aportaciones no dinerarias al capital social en forma de terrenos para la construcción de viviendas o equipamientos, tan frecuentes entre las sociedades urbanísticas locales? ¿Y con las cesiones gratuitas de dichos inmuebles? Ninguna de estas aportaciones tiene por objeto el reequilibrio financiero de la entidad, sino la realización de una determinada actividad y, de la lectura de la norma, no queda claro que estén permitidas.

No obstante, cabe una interpretación alternativa como es la de suponer que la norma, al mencionar a entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales *“...que tengan necesidades de financiación”*, se está refiriendo no a un mero reequilibrio financiero sino al concepto de necesidad de financiación en términos de contabilidad nacional (SEC2010). Esta interpretación llevaría directamente a entender que la prohibición queda

---

<sup>40</sup> Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

<sup>41</sup> Consulta 8/2009 ICAC. BOICAC N.º 77/2009.



circunscrita exclusivamente a entidades con necesidad de financiación en términos de contabilidad nacional y, por tanto, clasificadas en el sector de Administraciones Públicas desde el punto de vista del SEC2010<sup>42</sup>.

Aun así, la norma prevé una excepción a la regla general. En efecto, según se plantea:

*“Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”.*

Nuevamente se mencionan los tres límites anteriormente analizados (déficit, deuda pública y precio medio pago). La diferencia, en este caso, es que la excepción puede aplicarse siempre y cuando el período medio de pago no supere en 30 días el plazo máximo previsto por la normativa de morosidad. En otras palabras, teniendo en cuenta lo ya expuesto en relación al PMP, cuando éste no supere los 90 días desde el nacimiento de la obligación.

La citada Nota del MINHAP en relación a ello indica que: “Como excepción, las entidades locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los siguientes requisitos:

1. el objetivo de estabilidad presupuestaria, es decir que hayan liquidado sus presupuestos en equilibrio o superávit, entendido éste como capacidad de financiación en términos de contabilidad nacional;
2. el límite de deuda pública, referido a 31 de diciembre del ejercicio inmediato anterior, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 51 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por lo que se refiere a las operaciones de endeudamiento a corto plazo, y 53 del mismo texto normativo en cuanto a las operaciones de endeudamiento en general, para la aplicación del régimen de autorización para formalizar dichas operaciones cuando lo sean a largo plazo. En consecuencia:
  - las operaciones a corto plazo vigentes a 31 de diciembre del ejercicio inmediato anterior no deberán superar el 30 por ciento de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior a aquél;
  - el volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito a corto y largo plazo vigentes a 31 de diciembre del ejercicio inmediato anterior, no deberán superar el 110 por ciento de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior a aquél;
3. y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

---

<sup>42</sup> Es decir, productoras no de mercado.

A los efectos anteriores, se consideran aportaciones patrimoniales las incluidas en el capítulo 8 del estado de gastos de los presupuestos de las entidades locales, y concretamente en el concepto 850. Adquisición de acciones y participaciones del sector público.

Las entidades que se consideran como posibles receptoras de tales aportaciones son aquellas que pertenecen al sector público local.

En el caso concreto de las sociedades urbanísticas municipales podría suponer el cierre de entidades, que son económicamente rentables a sus ayuntamientos, por insuficiencia de recursos financieros. Además iría en contra de la normativa urbanística de muchas CC.AA. que consideran estas sociedades las destinatarias finales del Patrimonio Público de Suelo (bien mediante cesión o aportación a capital, forma ésta más rentable en el orden fiscal) como administradoras, gestoras y garantes de su destino final, la promoción de viviendas protegidas.

Por ello, entendemos que existe contradicción con la normativa sectorial y no se debería impedir la recapitalización de nuestras empresas en déficit pretextando la existencia de plan económico financiero o de ajuste, pues:

- Existe un patrimonio específico destinado a la promoción y gestión de las viviendas protegidas, el Patrimonio Público del Suelo, del que somos por ley Urbanística estatal y de las CC.AA. los naturales destinatarios, y la cesión o aportación a capital es el supuesto más habitual y económico.
- Como se ha indicado, las sociedades urbanísticas y especialmente las que promueven viviendas realizan un servicio de interés general y como tal de acuerdo con la Normativa y Jurisprudencia de la Unión Europea, pueden recibir todo tipo de ayudas de estado o subvenciones que compense el natural déficit de la promoción de vivienda protegida que por naturaleza no es sostenible económicamente.
- Este es uno de los medios previstos por la normativa mercantil para dar viabilidad a la empresa en virtud del principio de subsistencia, como posteriormente se analizará.

Además de todo ello, llama la atención que prohibiendo la transmisión de patrimonio a estas sociedades, incluso el Patrimonio Municipal de Suelo, por el contrario se produzca una liberación parcial del mismo, en contra de su finalidad específica para el pago de deudas. Así la Disposición final cuarta (Modificación del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo) incorpora un nuevo apartado 5 al artículo 39 con la siguiente redacción:

*«5. Excepcionalmente, los municipios que dispongan de un patrimonio público del suelo, podrán destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:*

*a) Haber aprobado el presupuesto de la Entidad Local del año en curso y liquidado los de los ejercicios anteriores.*

b) *Tener el Registro del patrimonio municipal del suelo correctamente actualizado.*

c) *Que el presupuesto municipal tenga correctamente contabilizadas las partidas del patrimonio municipal del suelo.*

d) *Que exista un Acuerdo del Pleno de la Corporación Local en el que se justifique que no es necesario dedicar esas cantidades a los fines propios del patrimonio público del suelo y que se van a destinar a la reducción de la deuda de la Corporación Local, indicando el modo en que se procederá a su devolución.*

e) *Que se haya obtenido la autorización previa del órgano que ejerza la tutela financiera.*

*El importe del que se disponga deberá ser repuesto por la Corporación Local, en un plazo máximo de diez años, de acuerdo con las anualidades y porcentajes fijados por Acuerdo del Pleno para la devolución al patrimonio municipal del suelo de las cantidades utilizadas.*

*Asimismo, los presupuestos de los ejercicios siguientes al de adopción del Acuerdo deberán recoger, con cargo a los ingresos corrientes, las anualidades citadas en el párrafo anterior».*

### **3.2.2.- Cierre de sociedades que desarrollen actividades económicas en una “particular situación deficitaria”**

#### **3.2.2.1.- Introducción**

Antes de pasar al estudio pormenorizado de los distintos supuestos indicados, es necesario que se haga una pequeña reflexión sobre la evolución del contenido de la DA 9.<sup>a</sup> en general y del apartado 2.<sup>o</sup> en particular, y los cambios que se han introducido en el Senado, que han configurado la redacción definitiva del texto.

El texto del Proyecto de Ley aprobado inicialmente por el Congreso de los Diputados establecía una regulación que prácticamente se había mantenido igual desde el Anteproyecto. El Senado, al parecer, para evitar males mayores, introduce una serie de modificaciones que de acuerdo a los fundamentos de la enmienda que presenta el Grupo Popular en el Senado, responden a las siguientes finalidades:

*“Con esta modificación se pretende admitir que realicen aportaciones patrimoniales las entidades locales del artículo 3.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que estén cumpliendo un plan económico-financiero o de ajuste, siempre que aquella medida esté contemplada en estos planes.*

*Se amplía en un año el plazo para la corrección de desequilibrios de entidades vinculadas o dependientes de las entidades locales del artículo 3.1 citado en aquellos sectores correspondientes a servicios esenciales:*

*abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros*<sup>43</sup>.

La realidad es que con la introducción de la enmienda, con independencia de los matices económicos en relación con las situaciones de insolvencia, que posteriormente se analizarán, en relación a la actividad de las sociedades generan mayores dudas, fundamentalmente por el nuevo párrafo que se introduce en el apartado 2.º de la DA 9.<sup>a</sup>, dedicado al cierre de sociedades que “a la entrada en vigor de la Ley desarrollen actividades económicas” que literalmente indica lo siguiente:

*“Los plazos citados en el párrafo anterior de este apartado 2 se ampliarán hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros”.*

La razón de esta incoherencia es que se introduce un párrafo en el que se amplía el plazo para el saneamiento y cierre en caso contrario de entidades que presten “servicios esenciales”. Es decir, es contradictorio que en la delimitación del objeto del apartado 2.º establecido en el primero de los párrafos referido a sociedades que “desarrollen actividades económicas” y en su párrafo tercero, amplíe el plazo de aquellas sociedades que realizan determinados “servicios esenciales”.

Las razones de dicha incoherencia pueden ser distintas; a saber:

- O bien, el Legislador voluntariamente ha utilizado un criterio de diferenciación de las actividades distinto de los que se establecen en los artículos 85 y 86 de la Ley, como ya ha indicado algún sector doctrinal, en el sentido de que actividad económica es toda actividad de mercado, con independencia de que se traten de materias objeto de la competencia de los entes locales y considera que solo son servicios los que se prestan en régimen de monopolio.
- O bien, lo que se pretende es, admitiendo los criterios legales de distinción, beneficiar ampliando plazos a aquellas sociedades en las que siendo su actividad principal el desarrollo del ejercicio de actividades económicas definidas de acuerdo con la Ley, realizan además y complementariamente actividad prestacional de servicios esenciales referidos a los sectores que se indican.

Parecería más razonable este segundo de los criterios por las siguientes razones:

Desde un punto de vista de la interpretación, pues es el que más se adecua a los criterios establecidos en el artículo 5 del código civil y la doctrina, la interpretación es clara en los primeros párrafos y se corresponde con la

---

<sup>43</sup> Enmienda 436 del Grupo Popular en el Senado.

diferenciación que establece la propia LBRL en los artículos 85 y 86. De ellos se desprende, recordando lo ya analizado, que se presta un servicio cuando se ejercita una competencia y se ejercita una actividad económica cuando se actúa en el mercado en interés de la población en ámbitos ajenos a las competencias, pues esto es lo que se indica claramente en los artículos 85 y 86.

Desde el punto de vista económico, las consecuencias pueden ser más onerosas para el ente local en caso contrario. En este sentido, no tiene lógica que se disuelvan sociedades que prestan servicios que, aun cuando puedan ser deficitarios, tienen que ser asumidos por el ente local, pudiendo ser en muchos casos aún más costosa su prestación indiferenciada por dicho ente. Si son sociedades de mercado transmitirán su endeudamiento a las corporaciones matrices con el problema adicional que ello plantearía. Además, si pueden deducirse el IVA, éste sería un sobrecoste para el ayuntamiento al prestar el servicio, pudiendo adicionalmente plantear problemas de sucesión de empresa en relación al personal si se continúa prestando el servicio desde el ayuntamiento.

La Nota del MINHAP no aclara nada, pues sin justificación alguna se limita a decir en relación a las actividades económicas *“entendido este concepto en sentido amplio”*.

Sentado ello, se analizará el contenido del precepto distinguiendo su ámbito de aplicación y los efectos que se producen:

### **3.2.2.2.- Ámbito subjetivo de aplicación**

Es necesario analizar el ámbito de aplicación de dicho precepto, dado que se establece una serie de condiciones que deben cumplir las entidades afectadas por la norma a la entrada en vigor de la Ley. El inciso inicial de la DA 9.<sup>a</sup> la determina al indicar:

*“2. Aquellas entidades que a la entrada en vigor de la presente Ley desarrollen actividades económicas, estén adscritas a efectos del Sistema Europeo de Cuentas a cualesquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, y se encuentren en desequilibrio financiero...”*

Son por tanto entidades incluidas en esta disposición aquellas en las que se dé simultáneamente tres circunstancias:

1. Que desarrollen actividades económicas no prestadoras de servicios.
2. Que estén adscritas a la entidad local “a efectos del SEC95”.
3. Que se encuentren en una situación deficitaria.

Lo analizaremos:

#### **1.- Que desarrollen actividades económicas**

La cuestión a dilucidar aquí, como se ha venido reiterando en el estudio, es si la norma se refiere a un concepto general de actividad económica o a un concepto específico por contraposición al de servicio público, como establecen los artículos 85 y 86 de la LBRL, con la problemática que ya se ha indicado.

Téngase en cuenta que la vivienda y el urbanismo, y consecuentemente todo lo relativo al mismo, como podría ser la gestión o explotación de equipamientos/dotaciones o servicios relacionados con el mismo (mantenimiento alumbrado, calles o edificios, equipamientos o dotaciones públicas), son competencia de los ayuntamientos y consecuentemente pueden incluirse dentro de la gestión del servicio, en base al artículo 25 de la LBRL.

## **2.- Que estén adscritas a la entidad local “a efectos del SE”**

Que estén adscritas a la entidad local “a efectos del SEC”, es decir, que la entidad local tenga el control efectivo de manera directa o indirecta con independencia de que se trate de productores de mercado o de no mercado.

Esto queda perfectamente acreditado pues la disposición diferencia claramente qué se entiende por dicha situación en base a uno u otro tipo de ente, como veremos seguidamente.

## **3.- Que se encuentren en situación de desequilibrio financiero**

Es una cuestión que plantea grandes problemas prácticos, no sólo por asuntos relacionados con la definición de conceptos sino también por los plazos que, probablemente, operarán en su aplicación.

La primera cuestión es la constatación de la situación de desequilibrio financiero. Plantea la norma que debe verificarse dicha situación en el momento de entrada en vigor de la misma. La norma diferencia la forma de verificación en función de una cuestión crucial: la clasificación sectorial o sectorización de la entidad en cuestión.

De esta forma, si la entidad queda encuadrada en el sector de administraciones públicas (*productor no de mercado*), dicha situación quedará referida a una situación de necesidad de financiación medida en términos de contabilidad nacional, y si se clasifica en el sector de sociedades no financieras (*productor de mercado*), será la situación en la que se haya obtenido resultados negativos de explotación durante dos ejercicios contables consecutivos.

- relación al primer grupo (productores no de mercado), la situación de necesidad de financiación implica que, realizando en la contabilidad los ajustes SEC2010 pertinentes, la suma de los capítulos 1 al 7 de gasto debe superar a la suma de los capítulos 1 al 7 de ingreso. En este sentido, es muy importante tener en cuenta las diferencias de criterio en contabilidad nacional con respecto a la contabilidad mercantil en relación a determinadas operaciones como, por ejemplo, el distinto tratamiento de las operaciones

de inyecciones de capital que pueden ser consideradas transferencias de capital (y por tanto computaría como gasto) en contabilidad nacional.

- En relación al segundo grupo, se plantea una cuestión de la máxima relevancia y trascendencia como es el distinto (y menos favorable) tratamiento que la Ley otorga a las sociedades y entidades públicas *por encima* de lo exigido por la normativa mercantil. Así es, pues se establece como causa de disolución el no reequilibrar una entidad que haya verificado resultados negativos de explotación en dos ejercicios contables consecutivos cuando la normativa sobre sociedades de capital (art. 363.e LSC) únicamente habla de pérdidas “...*que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social*”.

Pero, además, la introducción del concepto de resultado de explotación<sup>44</sup> permite la posibilidad de que una entidad, aun teniendo beneficios contables, se encuentre en situación de desequilibrio financiero. Esto ocurriría con entidades que, en dos ejercicios consecutivos registraran pérdidas en la explotación pero no en la cuenta de financiación o de operaciones interrumpidas.

En definitiva, se impone la obligación de disolución en función de la mera existencia de resultados negativos de explotación, sin tener en cuenta la posibilidad de que la entidad pueda compensar dichos resultados con otras operaciones, como las derivadas de la gestión de su patrimonio financiero u otras excepcionales que puedan acaecer o simple y llanamente que compensen dicho resultado, tal y como prevé la normativa sobre sociedades de capital, de que la entidad cuente con recursos propios suficientes para enjugar dichas pérdidas de forma autónoma.

Por último, no se tiene en cuenta sectores de actividad como el de promoción pública de viviendas que se caracterizan por la obtención de pérdidas durante los ejercicios en los que se está efectuando la construcción y su compensación con el beneficio generado en el ejercicio en que se registra la venta de los inmuebles. Tampoco se tiene en cuenta el caso de entidades de reciente creación que generen pérdidas durante los primeros ejercicios, como consecuencia del período de maduración de las inversiones y la implantación de su actividad en el mercado sin que, por ello, pueda decirse que su proyecto no sea viable.

### **3.2.2.3.- Obligaciones consecuentes**

Las referidas entidades deben de realizar una serie de actuaciones para salir de esa peculiar situación deficitaria y anuda a su incumplimiento una serie de consecuencias, en concreto:

- Disponían de un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley para aprobar un plan de saneamiento (*“plan de corrección de dicho desequilibrio”*).

---

<sup>44</sup> Por coherencia con el de capacidad de financiación en el caso de entidades no de mercado.

Dicho Plan deberá contar con informe previo del órgano interventor de la Entidad Local. Si bien es de destacar que *“como parte del mencionado plan de corrección, la Entidad Local de la que dependa podrá realizar aportaciones patrimoniales o suscribir ampliaciones de capital de sus entidades solo si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, esa Entidad Local hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”*.

- Si la situación no quedaba corregida a 31 de diciembre de 2014, la entidad local en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde esa fecha, debía proceder a la disolución de cada una de las entidades que continuara en situación deficitaria.
- De no hacerlo, la entidad quedaría automáticamente disuelta el 1 de diciembre de 2015

La cuestión de los plazos ha planteado bastantes problemas en la práctica. El primero de ellos ha sido el de delimitar los ejercicios a considerar para entender que la entidad se encontraba en situación de desequilibrio a la fecha de entrada en vigor de la Ley.

Se produce, además, la paradoja de que, la empresa se encontrara en dicha situación legal de “desequilibrio financiero” atendiendo a los resultados pasado pero que en el propio ejercicio 2013 hubiera obtenido beneficios. Ello llevó a muchas entidades a plantearse la necesidad de formular y aprobar las cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2013 con anterioridad al 28 de febrero de 2014<sup>45</sup>.

El mencionado Plan de Corrección debía llevar a la entidad a obtener beneficios o capacidad de financiación a fecha 31 de diciembre de 2014. Nuevamente, la norma no contemplaba la posibilidad de que la sociedad tuviera el ejercicio partido y, a dicha fecha, no haya verificado un ejercicio contable completo.

Pero la cuestión más compleja es la de determinar el momento en que se produce la disolución en caso de que la entidad no haya reconducido la situación de pérdidas, dado que, en el caso habitual de ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2014, el resultado no se obtendrá hasta después de haber transcurrido un cierto período de tiempo.

En efecto, la entidad correspondiente dispondrá hasta el 30 de junio de 2014 para aprobar las cuentas del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2014. En ese momento se verificará si se ha corregido la situación de pérdidas o no y, por tanto, si existe obligación de disolución. La norma plantea que dicha disolución (acuerdo de disolución para ser más exactos), deberá producirse

---

<sup>45</sup> Hay que recordar que el caso general previsto por la normativa vigente (excepción hecha de las entidades que tengan ejercicio partido) es el de permitir formular las cuentas hasta el 31 de marzo del año siguiente y aprobarlas hasta el 30 de junio de dicho año.



antes de seis meses tras la verificación de la situación anterior. Ello nos traslada al 31 de diciembre de 2015. Sin embargo, la propia norma establece como fecha de disolución automática el 1 de diciembre de 2015<sup>46</sup>. Evidentemente, existe una aparente contradicción en los plazos y, sobre todo, pueden existir problemas en la práctica de carácter registral.

En efecto, la entidad correspondiente disponía hasta el 30 de junio de 2014 para aprobar las cuentas del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2014. En ese momento se debía verificar si se había corregido la situación de pérdidas o no y, por tanto, si existía la obligación de disolución. La norma plantea que dicha disolución (acuerdo de disolución para ser más exactos), debería producirse antes de seis meses tras la verificación de la situación anterior. Ello nos traslada al 31 de diciembre de 2015. Sin embargo, la propia norma establece como fecha de disolución automática el 1 de diciembre de 2015<sup>47</sup>. Evidentemente, existe una aparente contradicción en los plazos y, además, se pueden plantear problemas en la práctica de carácter registral.

Además, dicha cuestión puede tener importantes efectos puesto que tras el acuerdo de disolución se abre automáticamente el período de liquidación, con todas las repercusiones sobre la venta del patrimonio, la extinción de las relaciones laborales y el abono de las obligaciones de todo tipo con terceros.

En cuanto a la obligación de disolución, la redacción propuesta no es suficientemente precisa, no quedando claro si la norma se refiere a la efectiva extinción o a que se produce causa legal de disolución a partir de la cual se inicia automáticamente la fase de liquidación y posterior extinción. Por otro lado, nada se prevé con respecto a posibles situaciones de reactivación de la sociedad previstas por la normativa mercantil.

Adicionalmente, puede haber problemas con la legislación concursal al fijar como una nueva posible causa legal de disolución una como la expresada anteriormente, que viene derivada de una situación de pérdidas, lo que puede derivar en una situación de insolvencia presente o inminente. En todo caso, habrá que ver en estas situaciones los efectos sobre terceros interesados (clientes, proveedores, entidades financieras...) como consecuencia de haber forzado la disolución de una entidad que podría ser perfectamente viable mediante el apoyo de su administración titular.

En relación con las medidas aplicadas por la presente DA 9.<sup>a</sup>, el Consejo de Estado en su Informe considera que es una medida desproporcionada al determinar que: *“La aplicación general e incondicionada podría resultar desproporcionada al objeto pretendido”*. Refiriendo que hay dos aspectos claramente conflictivos, debiendo preverse solo la disolución en todo caso en

---

<sup>46</sup>Los plazos citados se ampliarán hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.

<sup>47</sup>Los plazos citados se ampliarán hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.

los supuestos en que se haya constatado la existencia de una situación deficitaria, pues la disolución de muchas de ellas, sobre todo las de segundo escalón, carece de justificación. Además indica que estos supuestos que la situación deficitaria obligue a la disolución pero solo en el caso de que ésta sobrevenga tras la entrada en vigor de la ley, en caso contrario se le está dando a la disposición un efecto retroactivo.

### **3.2.3.- Prohibición de crear sociedades de 2.º grado**

El punto 3.º es, sin duda, el que menos problemas interpretativos y lagunas ofrece. Se refiere a la prohibición para las entidades adscritas<sup>48</sup> a cualquiera de las entidades locales del art. 3.1 de la LBRL de adquirir, constituir o participar en la constitución de nuevos entes de cualquier tipología<sup>49</sup>.

*3. “Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las entidades locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional”.*

La Nota del MINHAP indica que *“la norma establece como regla taxativa, de carácter general, que los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional.*

*En consecuencia, queda vedada la constitución de entidades dependientes de otras dependientes directamente de las entidades locales, con independencia de la situación financiera de estas últimas y de la clasificación institucional de las primeras”.*

No se volverá a mencionar aquí las incertidumbres planteadas por el concepto de adscripción y adquisición ya analizados con anterioridad y que son plenamente trasladables a este ámbito.

Sí que merece la pena resaltar que dicha prohibición se hace extensible a todas las entidades adscritas a entidades locales del art. 3.1 de la LBRL, con independencia de si están clasificadas como de mercado o no de mercado.

No parece entenderse el sentido que hace que abarque también a las sociedades de mercado que puedan haber planificado la constitución de este tipo de sociedades en su planificación económica. Pero sobre todo en relación

---

<sup>48</sup> Según el criterio de adscripción en contabilidad nacional, analizado con anterioridad.

<sup>49</sup> Son las llamadas entidades “de segundo nivel o escalón”.

a las sociedades urbanísticas, se constituyen sociedades de 2.º grado o segundo escalón como un medio no solo óptimo para el desarrollo de su actividad, sino incluso potenciado o impuesto por su normativa de aplicación.

Las leyes urbanísticas suelen utilizar estas sociedades, sobre todo en su forma de sociedad mixta (en la que participa el capital privado) para desarrollar suelos o actividades en las que hay que contar con los propietarios del suelo, o aquellas en que los entes que financian la operación consideran más adecuado recibir sus rendimientos en suelo. Más aún si se tiene en cuenta que muchas de ellas no solo no son sociedades deficitarias, sino que, por el contrario, a las empresas públicas que las participan les permiten cumplir su objetivo fundamental, que es desarrollar el urbanismo y obtener suelo para viviendas protegidas a un precio razonable.

Además de ello, las nuevas leyes, entre ellas las de favorecimiento a la vivienda protegida (el nuevo Plan 2013-2016 basa parte de la financiación en este tipo de entes), en la línea propuesta por la Unión Europea, utilizan ampliamente los partenariados público/privado y no puede olvidarse que el partenariado público/privado institucional tiene como forma destacada la fórmula de sociedad mixta.

Por ello, se debería haber permitido la creación de sociedades mixtas (partenariado público/privado institucional), con independencia de que la entidad local esté sujeta a un Plan económico financiero o Plan de ajuste, cuando ésta sea la forma más óptima de gestión, por acreditar que económicamente es la más adecuada y, además, cuando se trate de servicios de interés general como la vivienda.

### **3.2.4.- Sociedades de 2.º grado ya existentes con dependencia exclusiva o parcial de entes instrumentales públicos**

La Disposición Adicional 9.ª en el punto 4 indica:

*“Aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que a la entrada en vigor de esta Ley no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación, estuvieran controlados exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o de sus organismos autónomos, deberán estar adscritos, vinculados o dependientes directamente a las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o bien ser disueltos, en ambos casos, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley e iniciar, si se disuelve, el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución. De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley.*

*En el caso de que aquel control no se ejerza con carácter exclusivo, las citadas unidades dependientes deberán proceder a la transmisión de su*

*participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley.*

*Los plazos para el cambio de adscripción, vinculación o dependencia, la disolución y para proceder a la transmisión de la correspondiente participación, citados en los dos párrafos anteriores de este apartado 4, se ampliarán en un año más cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros”.*

Como se observa se establece una distinción entre los entes instrumentales de segundo escalón o grado en función de que dependan exclusivamente de otros entes, o dicha dependencia sea parcial o no exclusiva; sería el supuesto típico de una sociedad mixta de segundo grado.

En relación a las primeras, se ha dulcificado la redacción inicial que, con independencia de su situación económica o del desarrollo en mayor o menor medida de su objeto social, se ordenaba la inmediata y automática disolución de todas las entidades “de segundo nivel” en las que exista control exclusivo, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley y con independencia de su situación financiera y/o patrimonial.

De acuerdo con lo que dispone la Nota del MINHAP, las entidades dependientes “de segundo nivel” ya existentes y que estén controladas exclusivamente por entidades dependientes directamente de las entidades locales:

- a) Si no se encontraban en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación, y, además, estuvieran controladas exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de la LRBRL, o de sus organismos autónomos, deberán:
  - “subir de nivel”, es decir, pasar a tener una vinculación o dependencia directa de las entidades locales del artículo 3.1 de la LRBRL, y por tanto les aplicarán las reglas relativas a las entidades de primer nivel, o
  - disolverse en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley (es decir, el día 31 de marzo de 2014) e iniciar el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución (es decir, con la fecha límite de 30 de junio de 2014). De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley (es decir, el día 30 de junio de 2014).
- b) Si se encontraban en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación no les resultará de aplicación lo aquí previsto.

En el caso de que el control no sea exclusivo, la norma obliga a la transmisión de la participación en idéntico plazo. En concreto se indica que: *“En el caso de que aquel control no se ejerza con carácter exclusivo, las citadas unidades dependientes deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley”*.

Es decir, con anterioridad al 30 de marzo de 2014, se deberá adoptar el acuerdo de adscripción, vinculación o dependencia directa a la Entidad Local de estas entidades o bien de disolución, se entiende que por causa legal y con independencia de la situación empresarial de la entidad en cuestión. En este último caso, el proceso de liquidación deberá iniciarse en el plazo de tres meses desde la fecha de disolución.

En caso de que no se adopte dicho acuerdo en el plazo fijado, se producirá la disolución automática el 30 de junio de 2014 y se procederá a la apertura del período de liquidación.

La apertura del período de liquidación implica la obligación de nombrar liquidadores, así como la de enajenar los activos y proceder a la satisfacción de las obligaciones con terceros y, por supuesto, la extinción de las relaciones laborales. Además, en este último caso, la entidad deberá aprobar un expediente similar al de regulación de empleo por la extinción de los puestos de trabajo. Todo ello suponía un escenario muy complejo en el que, con toda seguridad, se podrían derivar una gran litigiosidad. Cuestiones como la sucesión de empresario en el caso de los contratos de trabajo, las indemnizaciones por cancelación de contratos con terceros, o la enajenación a un precio inferior al que podría obtenerse en condiciones normales de los activos, se plantearán con toda seguridad y las entidades locales serán las responsables en última instancia de dichos procesos. Además, mencionar la dificultad que supone la obligación planteada por la norma de transmisión de las participaciones en la correspondiente entidad, especialmente en aquellas que sean viables económicamente, puesto que implicará con gran probabilidad la obtención de un precio por debajo del que pudiera obtenerse en una situación normal de mercado.

Por último, señalar que todos estos procesos de reconfiguración del sector público empresarial generan una gran cantidad de traslaciones patrimoniales y trámites administrativos, por lo que deberían complementarse con algún tipo de exención o bonificación en cuanto a su tributación u otro tipo de gastos inherentes a los mismos, como los de notarías y registros que, en todo caso, deberán ser soportados por el erario municipal.

Es, como se ha indicado, incomprensible que se ordene su inmediata disolución y más si se tiene en cuenta las graves consecuencias, no solo jurídicas y sociales sino también económicas, que para la administración matriz puede dar lugar. Más si se tiene en cuenta que otros Anteproyectos establecían distintas excepciones.

Ello se manifiesta especialmente en las sociedades urbanísticas, por los graves problemas legales y económicos que produciría. Piénsese en el desarrollo de

rehabilitaciones o adecuaciones medioambientales o de eficiencia energética, polígonos industriales, residenciales o logísticos que en la actualidad, y con un presupuesto muy elevado, están desarrollando sociedades mixtas constituidas por sociedades urbanísticas locales y propietarios, bancos o empresas o promotores privados interesados. Las consecuencias económicas por su liquidación podrían ser demoledoras para las sociedades públicas participantes o sus administraciones públicas, que muy probablemente deberán indemnizar a sus socios privados que han accedido, en muchos de los casos, mediante un procedimiento de selección pública y con un objeto perfectamente delimitado. Se podría así dar lugar a una situación de la sociedad en liquidación eterna.

En el proceso de elaboración de la norma se le puso además de manifiesto al Ministerio que la aplicación indiscriminada de la norma pondría en grave peligro muchos sectores estratégicos como el del transporte, de aguas, depuración de aguas o recogida de basuras. Piénsese que muchas de estas actividades se suelen realizar desde mancomunidades, ya que los municipios se han agrupado para prestar un servicio más racional desde un punto de vista económico y homogéneo. Estas mancomunidades, a su vez, constituyen una sociedad para la gestión del servicio, sociedad que es de segundo escalón y se ve directamente afectada por el párrafo 3.º de la norma. Ello es especialmente grave en el servicio de depuración de aguas.

Pues bien, la solución ha sido ampliar el plazo de disolución, pues al igual que en el párrafo 2, se establece un trato de favor a los específicos “servicios esenciales”, en concreto se dispone lo siguiente: *“Los plazos para el cambio de adscripción, vinculación o dependencia, la disolución y para proceder a la transmisión de la correspondiente participación citados en los dos párrafos anteriores de este apartado 4 se ampliarán en un año más, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros”*.

Párrafo que es muy similar al recogido en el párrafo 2 y que, pensamos, es el origen del error, pues se ha trasladado de nuevo a éste sin pensar claramente en las consecuencias que se producían al confundir, como ya se ha visto, actividades económicas y servicios.

Por todo, hubiera sido conveniente haber suprimido esta imposición indiscriminada de disolución automática, y en todo caso incluir las previsiones que ya contemplaba el Anteproyecto de 22 de diciembre de 2012, en el siguiente tenor literal: *“Podrán quedar excluidas las actuaciones que se refieran a empresas de economía mixta o de colaboración público-privada, siempre que el órgano competente de la Administración Pública que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales autorice dicha exclusión, para lo que deberá tener en cuenta, entre otros extremos y con carácter fundamental, la rentabilidad económica de la inversión durante el período de duración previsto, así como la recuperación de los desembolsos que se realicen”*.

A todo ello debería incluirse, además, otros criterios de rentabilidad como los sociales, tal y como se ha indicado en el presente estudio.

## **CAPÍTULO VI.- CONCEPTO DE SOCIEDAD URBANÍSTICA LOCAL**

### **1.- CONCEPTO Y CARACTERES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

#### **1.1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA**

El objeto del presente estudio son las sociedades urbanísticas municipales. No obstante ello es conveniente que se realice una pequeña introducción mediante el estudio del concepto de Sociedad Mercantil Pública, pues como indica Encarnación Montoya Martín, la sociedad mercantil es la forma que por excelencia adopta la empresa pública<sup>50</sup>.

No se pretende realizar un estudio histórico en profundidad sobre la evolución de la regulación de las sociedades públicas o su concepto en la doctrina, pues ya se han realizado importantes estudios sobre ello, partiendo de Albi, pasando por Ariño o por Estanislao Arana o la ya citada Encarnación Montoya y a los que nos remitimos, por lo que se realizará un breve trazo de dicho concepto para posteriormente centrarse en el concepto de las sociedades urbanísticas.

La gestión de servicios mediante sociedades públicas no es algo novedoso ni exclusivo de nuestro Derecho. Como apunta Fernando Albi, al que vamos a seguir, las sociedades mercantiles públicas surgen en Alemania en el período posterior a la Primera Guerra Mundial. Se trataba, de una “gestión pública en forma de sociedad” y se definían afirmando que se constituye “una especie de sociedad por acciones... en la cual el Municipio posee el cien por cien de las mismas”<sup>51</sup>. Se iniciaron originariamente con la modalidad de mixtas, si bien pronto se observan mayores ventajas si la administración local es propietaria de la totalidad del capital, y esta orientación se sigue no solo en Alemania (municipio de Berlín) sino que la fórmula alcanza amplia difusión en Holanda, Inglaterra y Hungría.

Tras un completo estudio de dichas sociedades, Albi concluye indicando que se trata en realidad de una “empresa pública con financiación y predominio exclusivos de la Administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y funcional y sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital”. En esta definición encuentra el citado autor las circunstancias básicas definitorias de las mismas:

1. La noción de empresa pública en la doble caracterización económica y pública.

---

<sup>50</sup> MONTOYA MARTÍN (1996). Es muy interesante el amplio y documentado estudio que la autora realiza sobre la evolución de la normativa de aplicación. Página 340.

<sup>51</sup> FERNANDO ALBI (1960) citando a Walter Delius en orden a la definición y en su evolución histórica.

2. El predominio total de la entidad creadora, que financia e impone plenamente su voluntad.
3. La sumisión al derecho mercantil.

Desde el punto de vista legal, en relación a la sociedad mercantil pública, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP)<sup>52</sup>, en su artículo 2 (Sector público estatal) indica que a los efectos de la misma forman parte del sector público estatal: “Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”. Además, en su artículo 3, las considera dentro del Sector público empresarial<sup>53</sup>

Por su parte, la aludida Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas define a las sociedades mercantiles estatales como “aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> No se olvide que el artículo 1 de la LGP indica que su objeto es “la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal”.

<sup>53</sup> El citado artículo 3: A los efectos de esta ley, el sector público estatal se divide en los siguientes:

1. El sector público administrativo, integrado por:
  - a) Los sujetos mencionados en los párrafos a), b) y d) del apartado 1 y en el apartado 3 del artículo anterior.
  - b) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, que cumplan alguna de las dos características siguientes:
    - 1.<sup>a</sup> Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.
    - 2.<sup>a</sup> Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestaciones de servicios.

2. El sector público empresarial, integrado por:

Las entidades públicas empresariales.

Las sociedades mercantiles estatales.

Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior no incluidas en el sector público administrativo.

<sup>54</sup> La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 166 (Ámbito de aplicación) indica en su n.º 1.º que las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado.

Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las



En esta misma línea el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que en su artículo 3 considera forman parte del sector público las sociedades mercantiles con participación pública de más del 50%<sup>55</sup>.

La Jurisprudencia igualmente se ha referido en distintas ocasiones a la Sociedad Mercantil pública determinando su concepto. Así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, en relación con la Empresa Municipal de Aparcamientos, S.A. de Cádiz (EMASA), indica en esencia lo que es una sociedad urbanística al establecer que *“EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (...) nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo la atribución de competencias del Municipio a una sociedad municipal, que si prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio AYUNTAMIENTO el que, en una huida del Derecho Administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al Derecho mercantil”*.

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía indica, refiriéndose a una sociedad pública municipal, que como *“corolario de cuanto antecede es que se trataba de una sociedad anónima con capital íntegramente público, municipalizada y constituida en régimen de monopolio, para satisfacer la prestación del servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua, y su régimen jurídico aplicable era el que ha sido descrito. Dicho de otro modo, se trataba de la gestión directa de un servicio público mediante sociedad mercantil de capital perteneciente íntegramente a la Corporación Local”*<sup>56</sup>.

Pero no solo pueden definirse las sociedades públicas como entes instrumentales con el objeto de gestionar servicios de los entes locales, sino también pueden actuar como instrumento para el ejercicio de actividades económicas contempladas, como se ha analizado con detalle en el Capítulo IV, en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en concreto en su artículo 86, relacionándolas con el artículo 128 de la Constitución, que reconoce la iniciativa de la administración pública en la actividad económica.

En esta línea, puede definirse a las sociedades mercantiles públicas de una forma muy amplia y descriptiva como aquella sociedad mercantil cuyo capital pertenece total o parcialmente a la administración pública u otro organismo de

---

participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

<sup>55</sup> Artículo 3. Ámbito subjetivo, n.º 1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado, sea superior al 50 por 100.

<sup>56</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 132/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de febrero.

la misma, cuyo objeto y finalidad es la prestación directa de servicios públicos de competencias de las administraciones locales o el ejercicio de la iniciativa pública de la actividad económica de las mismas, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y constituida con el procedimiento administrativo establecido en la normativa de derecho público y con las formalidades mercantiles de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Son en definitiva, como apunta muy acertadamente Encarnación Montoya (Montoya, 1996, pág. 16) *“entidades instrumentales total o parcialmente sujetas al derecho privado que constituyen cabalmente formas flexibles de administrar”*.

## **1.2.- CONCEPTO DE SOCIEDAD URBANÍSTICA**

Dentro de las Sociedades Mercantiles Públicas destacan las “sociedades urbanísticas”. Estas sociedades debido al papel relevante que han tenido en la segunda mitad del siglo XX, como elementos fundamentales para el desarrollo urbanístico y la promoción de viviendas, han sido objeto de regulación más específica y completa que el resto de sociedades públicas<sup>57</sup>. Por ello, su concepto y régimen jurídico no solo está mucho más definido que el de cualquier otro tipo de sociedades públicas, sino que han servido de modelo y pauta a seguir para la regulación o constitución de todo tipo de estos entes instrumentales.

Esta amplia regulación y el amplio objeto de dichas sociedades, el urbanismo y la prestación de servicios y actividades relativas al mismo, así como la gestión de los equipamientos, ha dado lugar a que, ante la necesidad de constituir una sociedad pública, especialmente en el ámbito local, se acudiese a esta tipología y se recomendase buscando la gran seguridad jurídica<sup>58</sup> que otorga un régimen jurídico perfectamente consolidado.

Las Sociedades Urbanísticas, desde un punto de vista histórico, ya se regulaban de forma específica en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que las consideraba como *“aquellas empresas públicas con forma de sociedad mercantil para la ejecución y gestión del planeamiento”*.

Como desarrollo de dicha norma se publicó un Decreto, el 1169/1978, que regulaba específicamente y de forma amplia este tipo de sociedades, y en esa misma línea, relativa a la ejecución del planeamiento, las define en su artículo primero al indicar que se trata de sociedades *“para la ejecución del planeamiento urbanístico”*<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> En el capítulo VI se realiza un amplio y profundo estudio de esta normativa, tanto estatal como de CC.AA.

<sup>58</sup> Personalmente, desde mi cargo de Asesor Jurídico de AVS, he recomendado esta tipología por la amplia regulación en los distintos procesos de constitución de sociedades públicas locales en los que he participado.

<sup>59</sup> El Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales” (RSU), en su artículo 1 dispone que “El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas”.

Las Comunidades Autónomas, competentes en materia de urbanismo tras la Constitución del 78, en su normativa siguen esta misma tendencia. Se pueden destacar entre otras la normativa de la Región de Murcia, que las define como: *“empresas públicas para la gestión y ejecución de actividades urbanísticas”*<sup>60</sup>; la Legislación de Extremadura, como: *“sociedades mercantiles de capital público, o de economía mixta con la finalidad de la promoción de cualesquiera edificaciones y urbanizaciones”*<sup>61</sup>, y Galicia, que prevé las *“sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegra o mayoritariamente a las mismas, con arreglo a la legislación aplicable, para la ejecución de los planes de ordenación”*<sup>62</sup>.

Estas definiciones legales son ciertamente incompletas y poco clarificadoras, pues vinculan las sociedades esencialmente a la ejecución urbanística, cuando el objeto previsto legalmente para las mismas es mucho más amplio que la ejecución, pues se refiere a toda la actividad urbanística, siempre que no conlleve ejercicio de autoridad, como elaboración de planeamiento, elaboración y ejecución de instrumentos de gestión, actividad urbanizadora, ejecución de sistemas generales y locales, gestión y administración de equipamientos resultantes y de servicio urbanístico, etc.

Asturias, en esta línea, establece una definición mucho más amplia y completa al indicar que tanto el Principado de Asturias y las entidades locales, como las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, podrán constituir por sí solas, entre sí o con otras personas, *“sociedades urbanísticas mercantiles para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad”*<sup>63</sup>.

Con el contenido amplio que se ha visto, se puede definir la Sociedad Urbanística de forma descriptiva, adaptando la definición de sociedad pública anteriormente dada, como: *“la sociedad mercantil cuyo capital pertenece total o parcialmente a la administración pública u otro organismo de la misma, cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos que no impliquen el ejercicio de autoridad, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y ha sido constituida de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido por la normativa de derecho público y con las formalidades de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro exigidas por la legislación Mercantil”*.

---

<sup>60</sup> Artículo 6 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de Murcia.

<sup>61</sup> Exposición de Motivos de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial.

<sup>62</sup> Artículo 125 de la Ley del Suelo de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, recientemente modificada por la Ley 15/2004.

<sup>63</sup> Artículo 13 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Definición que contiene los elementos esenciales que concretan a la Sociedad Urbanística; a saber:

- a) La pertenencia a una administración o a otro ente de la misma (sociedades de 2.º escalón).
- b) Su finalidad y actuación urbanística en sentido amplio, pero posibilidad de ejercitar actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad.
- c) Forma mercantil y sometimiento con carácter primordial al derecho privado, pero igualmente al derecho público en distintos aspectos.
- d) Su dual proceso de constitución: interno dentro de la propia administración, sometido al derecho administrativo propio de la misma, y externo, sometido al derecho que rige su forma, el derecho mercantil.

### **1.3.- CARACTERES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

Definidas las sociedades y vistos sus elementos esenciales, pueden sintetizarse sus caracteres en tres aspectos concretos que es necesario definir y delimitar, pues en un principio pudieran parecer contradictorios en sí mismos. Estas tres características vienen determinadas por su triple naturaleza de sociedad: “mercantil”, pues debe adoptar una forma de las establecidas por la normativa mercantil; “pública”, pues en ella el capital público debe ser mayoritario o los entes públicos que la constituyen deben tener el control efectivo sobre la misma, y “urbanística”, se ha constituido con la amplia finalidad de realizar actividades urbanísticas en sentido amplio. Analizaremos estos caracteres en profundidad.

#### **1.3.1.- Sociedad Mercantil**

Las sociedades urbanísticas para actuar deben adoptar una forma mercantil, gozando de las ventajas que el derecho mercantil societario otorga a los comerciantes para la intermediación en el comercio y el mercado inmobiliario. El Decreto 1169/1978 sobre Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales, ya establecía claramente la necesidad de que este tipo de sociedades adopte la forma mercantil, con carácter general, en su artículo primero, al permitir tanto al Estado como a las Entidades Locales constituir *“Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico”*. Y más específicamente en su artículo cuarto al indicar que *“la sociedad urbanística revestirá siempre la forma de Sociedad anónima, y deberá ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil”*.

Como se observa, el Decreto 1169/1978 se refiere únicamente a la denominada *“sociedad anónima”*. Esta exclusiva referencia e imposición a la tipología de sociedad anónima tenía su razón de ser en el año 1978, cuando se publica el Decreto por las específicas limitaciones que la legislación de aquella época (la Ley de 17 de julio de 1953) imponía a las sociedades de Responsabilidad Limitada, configurándolas como unas sociedades de gran matiz personalista, pocos socios y escaso capital (hasta 50.000 millones de pesetas), pensadas esencialmente para pequeños negocios, comerciantes o

empresas familiares y actividades de escasa cuantía. Por ello poco encaje tenía esta tipología con las sociedades urbanísticas.

Este criterio varió sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Las características de nueva sociedad de responsabilidad limitada, como indica la Doctrina, por un lado, se concibe por el legislador como una sociedad de pocos socios y en la que se dé importancia la consideración personal recíproca que entre ellos se tengan y de ahí que se configure estructuralmente (por mandato de la ley, sin que las partes puedan suprimir esta exigencia) como una sociedad “cerrada”, en el sentido de que las transmisiones inter vivos de las participaciones en que se divide el capital social han de estar sujetas a restricciones que permitan a la sociedad o a otros socios (o incluso a terceros predeterminados) impedir esa transmisión al tercero que quiera incorporarse como socio a la sociedad. Por otro lado, a diferencia de la legislación anterior, no se ha establecido un límite máximo al número de socios (de hecho, ha suprimido la limitación que existía en la legislación de 1953 a que el número de socios excediera cierto número); y tampoco ha fijado un límite máximo a la cuantía del capital social. En consecuencia, la SL se podrá utilizar también para dar vida a grandes empresas, cualquiera que sea su tamaño, siempre, eso sí, que los socios acepten someterse al régimen de restricciones a la libre transmisión de participaciones.<sup>64</sup>

Teniendo en cuenta que se trata de sociedades de propiedad de la administración, con la finalidad esencial de servir de instrumento de actuación de ésta y no de buscar capital en el mercado, con la necesidad de que el capital sea de titularidad plena de la corporación o cuanto menos mayoritario para el mantenimiento de un régimen específico de relaciones entre la administración titular y la sociedad, hacen que estas características de la nueva sociedad de responsabilidad limitada (facilidad de actuación, sociedad capitalista pero con relevancia del carácter de los socios, denominados partícipes y la limitación a la transmisión de las acciones, denominadas participaciones) encajen perfectamente con la finalidad perseguida, incluso mejor que la Sociedad Anónima. Completa ello el hecho de que, como se analizará posteriormente, la aportación a capital es significativamente más fácil y económica a la sociedad limitada frente a la anónima. Consecuentemente con ello, en los últimos años la gran mayoría de las sociedades urbanísticas municipales se han constituido bajo esta tipología; aun cuando paradójicamente algunas comunidades autónomas, en su normativa, sigan imponiendo, más bien por inercia, la obligatoriedad de constituir las bajo la forma de Sociedad Anónima<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Tema 15. las Sociedades de Capital. Temario D.º Mercantil I – C. U. Villanueva – Curso 2013/14.

<sup>65</sup> En el Principado de Asturias, el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, realiza una amplia regulación de las sociedades urbanísticas en la línea del Decreto 1169/1978 estatal; no obstante ello, parece que siguiendo la inercia de la referida norma estatal, indica en su artículo 13.2.º que: *“La sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad anónima”*.

Esta moderna amplitud de forma de constitución, no limitada a la sociedad anónima, se ha visto perfectamente refrendada por la nueva Legislación de Régimen Local, a la que ya se remitía específicamente el Decreto 1169/1978<sup>66</sup>.

La aludida normativa de régimen local para la constitución de sociedades mercantiles locales, tradicionalmente no establecía esta limitación a la forma de sociedad anónima exigida para las sociedades urbanísticas. Tanto el Reglamento de Servicios, el Texto Refundido y la Ley de Bases de Régimen Local, permiten constituirse a las sociedades locales en cualquier forma mercantil, eso sí, bajo una forma que restrinja su responsabilidad al capital aportado<sup>67</sup>.

El artículo 85 ter de la actual Ley de Bases de Régimen Local, en su párrafo 2.º en relación a las sociedades locales, establece que: *“La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad”*<sup>68</sup>.

El criterio actual es claro; solo se puede adoptar una de las formas de sociedad que limitan la responsabilidad del socio, en este caso la corporación pública al capital aportado, es decir, una sociedad denominada tradicionalmente “capitalista” frente a la “personalista”. La distinción de una u otra tipología viene en función del grado de independencia de la sociedad como persona jurídica frente a los socios, y consecuentemente en cuanto al régimen de responsabilidad de la sociedad. Las personalistas son aquellas sociedades en las que todos los socios o parte de ellos responden personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales, aunque dicha responsabilidad es

---

<sup>66</sup> El artículo 2.3.º del Decreto 1169/1978 establece que en el supuesto de que “esas Sociedades se constituyan exclusivamente por Entes Locales, sin participación de ningún otro Ente público, se exigirán los requisitos establecidos por la legislación local y por este Real Decreto”.

<sup>67</sup> La normativa de régimen local adopta un concepto amplio. El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su artículo 89.1 indica que: “La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento”.

El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en el 103 establece que: “En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”.

<sup>68</sup> Este artículo ha sido objeto de distintas modificaciones, si bien no sustanciales; fue introducido por el apartado 3 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y el número 2.º nuevamente modificado por el número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

siempre subsidiaria con respecto a la de la sociedad. Las principales sociedades mercantiles de carácter personalista son la colectiva y la comanditaria simple. Por el contrario, en las sociedades capitalistas (también denominadas corporativas), los socios responden de las deudas sociales únicamente hasta el límite de las aportaciones realizadas.

Qué sociedades cumplen estos criterios, con la nueva redacción está perfectamente claro, las reguladas por la Ley de Sociedades de Capital. Éstas son las establecidas en su artículo primero que, bajo la denominación de sociedades de capital (las tradicionales capitalistas), indica que lo son la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. Definiendo seguidamente cada una de ellas en el siguiente tenor:

- En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
- En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
- En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

Puntualizando que la naturaleza mercantil de las mismas, pues las sociedades de capital, *“cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”*.<sup>69</sup>

En la actualidad se han planteado otras posibilidades de constitución de entes societarios locales; de entre ellos desatacan las sociedades cooperativas y las sociedades de garantía recíproca. Sobre las posibilidades de constitución y utilización para fines públicos de este tipo de entes, se ha manifestado a favor con ciertos matices Encarnación Montoya<sup>70</sup>. Interesante es el estudio que con el título de “Las cooperativas de servicios públicos como nuevo modo de prestación directa de los servicios locales en Andalucía” realiza Luis Enrique Flores Domínguez, Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla, tras la entrada en vigor del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas<sup>71</sup>.

Con independencia de estos interesantes estudios y de la posibilidad de utilización de estas formas societarias para otro tipo de empresas públicas, de acuerdo con lo indicado en la normativa urbanística y de régimen local reciente, las sociedades urbanísticas exclusivamente pueden adoptar una de las formas reguladas en la Ley de Sociedades de Capital y, por lo tanto, aun cuando en la

---

<sup>69</sup> Artículos 1. Sociedades de Capital, y 2. Carácter Mercantil, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

<sup>70</sup> MONTOYA MARTÍN (1996). Página 340 y ss.

<sup>71</sup> Artículo publicado en IUSTEL-Diario del Derecho Municipal, Estudios y Comentarios, 24 de septiembre de 2014.

actualidad las referidas sociedades participan en el movimiento cooperativo como gestores de cooperativas constituidas para promover vivienda de protección pública o precio asequibles, no pueden constituirse directamente como tal cooperativa.

### **1.3.2.- Sociedad Pública**

Con carácter general, para que pueda ser considerada como una empresa pública, es necesario que el capital aportado por los entes públicos que forman parte de la misma sea mayoritario. Como ya se ha visto en la definición de las sociedades, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas define a las sociedades mercantiles estatales como “aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento”<sup>72</sup>.

Es decir, la normativa requiere que el capital sea mayoritario, si bien, como veremos posteriormente, este requisito no bastará cuando lo que se pretenda sea que con la sociedad se preste el servicio de forma directa, pues en este caso el capital debe estar exclusivamente en manos de la administración.

Esta exigencia de mayoría o exclusividad de la titularidad del capital es definitoria, pues se pretende que sean sociedades en el que el poder de decisión lo ostente la administración o sus organismos; en las sociedades mercantiles este poder lo tiene la mayoría del capital social representado por las acciones o participaciones, salvo supuestos específicos y excepcionales. La mayoría absoluta de capital, representado por más de la mitad de las acciones (mitad más una de las acciones), en los supuestos de sociedades en el que el capital no sea exclusivo de la administración (mixtas), da lugar a un poder omnímodo, que si bien no es absoluto, pues existen normas que protegen a la

---

<sup>72</sup> La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 166 (Ámbito de aplicación) indica en su n.º 1.º que las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado.

Las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.



mayoría, permite que la gestión de la sociedad esté esencialmente bajo el control de la administración.

Con carácter general, la legislación de régimen local estatal de carácter básico recoge esta necesidad de mayoría de capital. En primer lugar, la RSCL ya indica la necesidad de que la corporación debería ser propietaria exclusiva del capital, no pudiendo transferirlo salvo en los supuestos de sociedad mixta<sup>73</sup>. En la misma línea, pensando en las sociedades de gestión directa, el TRDRL exige que el capital *se aporte íntegramente por la Entidad Local*<sup>74</sup>.

El actual artículo 85 ter de la Ley de Bases de Régimen Local, en su párrafo 2.º para las sociedades locales establece que “... *en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad*”<sup>75</sup>. Dejando claro, además, que ese capital mayoritario debe ser aportado por la propia administración o por entes instrumentales, constituyendo las llamadas sociedades de segundo escalón o nivel.

En la normativa urbanística, el artículo 5 del Decreto 1169/1978, impone esta misma obligación a las sociedades urbanísticas, el capital será íntegramente aportado por la administración o de forma mayoritaria, indicado que en este último caso “*habrá dos clases de acciones, una representativa de la mayoría del capital social que sólo podrá ser suscrito por los Entes públicos y transmisible entre éstos y otra representativa del resto del capital, de libre suscripción y transmisión*”.

Las CC.AA. dejan claro este aspecto; a modo de ejemplo Andalucía, establece distintas posibilidades para la denominada “gestión pública” estableciendo, entre otras formas, que para ello las Administraciones públicas podrán crear sociedades de capital mixto de duración limitada o por tiempo indefinido. En estas sociedades la Administración pública “*habrá de ostentar la participación*”

---

<sup>73</sup> El artículo 89 de la RSCL indica que:

**1.** La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento. **2.** 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 por la Sección cuarta. **3.** El capital de estas Empresas habrá de ser desembolsado desde el momento de su constitución.

<sup>74</sup> El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en el 103 establece que: En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social.

<sup>75</sup> Este artículo ha sido objeto de distintas modificaciones, si bien no sustanciales; fue introducido por el apartado 3 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local y el número 2.º nuevamente modificado por el número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

*mayoritaria o, en todo caso, ejercer el control efectivo o la posición decisiva en el funcionamiento de la misma*”.<sup>76</sup>

Como se observa, las modernas legislaciones introducen algunas posibilidades más, pues en el derecho mercantil moderno no solo se ostenta el poder de decisión dentro de la empresa con la mayoría del capital, sino que puede sin tenerse esta mayoría seguir conservando esa posición preeminente en distintos supuestos que se analizarán.

Este criterio de la mayoría absoluta de capital es un criterio que debe consecuentemente ser complementado con el de ostentar el “control efectivo” o “posición decisiva” en la sociedad.

Como indican Mónica Domínguez Martín y Blanca Rodríguez-Chávez Miembro<sup>77</sup>, a quienes vamos a seguir, *“el control efectivo es un concepto equivalente al de sociedad dominante, que emplea tanto el Derecho de la Unión Europea como la normativa mercantil. En tal sentido, debe tenerse en cuenta el artículo 2 de la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, conforme a la cual las empresas públicas son aquellas en las que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera, o de las normas que la rigen”*.

La Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que contiene la transposición de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, da una definición de empresa pública a los efectos de la misma, en la que utiliza esta nueva conceptualización al indicar que será tal *“cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”*<sup>78</sup>.

Nuestra normativa mercantil de sociedades, la Ley de Sociedades de Capital<sup>79</sup>, tiene una referencia al tema de la posición dominante en el artículo 18, al

---

<sup>76</sup> Artículo 90 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

<sup>77</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN Y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ MIEMBRO (2013).

<sup>78</sup> Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, que recoge la versión codificada de la citada Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, en el artículo 2 -Definición de empresas públicas- determina que:

“1. Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

2. En particular, y en el ámbito de la Administración General del Estado, se considerarán empresas públicas las entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

3. En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresas públicas las entidades en las que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado primero de este artículo”.

<sup>79</sup> Actualmente el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

hablar de los Grupos de Sociedades indicando que en el referido grupo será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Con más claridad el artículo 42 del Código de Comercio, al que se remite la norma anterior, presume que existe control *“cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.*
- d) *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.*

La realidad es que, en base a ello, podríamos estar ante una sociedad pública, cuando la administración o un ente dependiente de la misma tengan un control efectivo o poder dominante, aun cuando tenga una participación minoritaria en el capital a los efectos de la fiscalización por el tribunal de cuentas. Si bien, como concluyen las citadas autoras, existen *“dificultades prácticas para determinar si existe o no el «control efectivo» por parte del sector público en una determinada sociedad en la que la participación pública es minoritaria”*<sup>80</sup>.

### **1.3.3.- Carácter Urbanístico**

Las actuaciones urbanísticas se conciben en un sentido amplio, como todas las actuaciones de planificación y gestión urbanística, con el único límite de imposibilidad de realización de actos que impliquen ejercicio de autoridad, que se encuentran reservados a la Administración Pública<sup>81</sup>. Este requerimiento es una constante en las distintas normativas; como muestra de ello se puede citar

---

<sup>80</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN Y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ MIEMBRO (2013).

<sup>81</sup> BUESO GUIRAO y PÉREZ MIRA (2012). Como ya indicábamos en las páginas 37 y ss de la guía.

el artículo 4 de la Ley del Suelo de Galicia, Ley 9/2002, de 30 de diciembre, que indica en su párrafo 2.º:

*“2.- La gestión de la actividad urbanística puede desarrollarse directamente por aquella o a través de las formas previstas por esta ley y de las autorizadas por la legislación reguladora de la Administración actuante. En todo caso, las facultades que impliquen el ejercicio de autoridad sólo podrán desarrollarse a través de una forma de gestión directa y en régimen de derecho público”.*

Su capacidad de actuación en el ámbito urbanístico es muy amplia, como posteriormente se analizará en el Capítulo VII, por lo que no se profundiza aquí, siendo esencialmente la promoción y gestión de viviendas, el desarrollo y gestión de suelo, la construcción y gestión de toda clase de equipamientos, así como la prestación de todos aquellos servicios, que siendo competencia de las administraciones titulares tengan relación con el urbanismo, conceptuado éste en sentido amplio. A ello responde el amplio contenido del objeto social de estas sociedades, que será objeto de estudio específico, si bien, con carácter previo y no exhaustivo, se concreta en el artículo 3.º del Decreto 1169/1979 y en la normativa de las CC.AA.

El citado Decreto Legislativo Asturiano 1/2004, de forma más sintética, considera que el urbanismo a desarrollar será no solo el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico, sino también, cualquier otro contenido de la actividad urbanística, pero sin que en ningún caso pueda implicar el ejercicio de autoridad, como ya se ha indicado.

Igualmente, el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León<sup>82</sup>, en su articulado, considera como actividades urbanísticas de posible realización por estas sociedades las siguientes:

- 1) La programación, elaboración, ejecución, seguimiento y coordinación de instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.
- 2) El apoyo y asesoramiento en materia de urbanismo, incluida la elaboración de informes técnicos y jurídicos previos a la adopción de acuerdos administrativos.
- 3) La planificación, ejecución, gestión y conservación de los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas.
- 4) La gestión de expropiaciones previamente acordadas por la Administración competente, incluso asumiendo la condición de beneficiario de la expropiación.
- 5) La liquidación y recaudación unificada de tributos u otras prestaciones patrimoniales de Derecho público relacionados con las competencias gestionadas.

---

<sup>82</sup> Decreto 22/2004, de 29 de enero.

- 6) La gestión, con titularidad fiduciaria de disposición, de los bienes de los patrimonios públicos de suelo de sus entidades partícipes, conservando éstas la titularidad dominical.
- 7) La gestión de actuaciones urbanísticas, tanto aisladas como integradas, pudiendo asumir la condición de urbanizador, ejecutar y mantener la urbanización, así como promover y construir viviendas con protección pública.
- 8) La gestión y explotación de concesiones de servicios de este criterio.

## **2.- CLASES**

### **2.1.- CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN**

No existe una clasificación específica de las Sociedades Urbanísticas más allá de los criterios primarios de la legislación básica de Régimen Local, que las clasifican bien en función de la titularidad del capital, entre las sociedades que son de titularidad pública en su totalidad y aquellas en las que, como se ha visto, el capital público, que es mayoritario, coexiste con el privado, las denominadas sociedades de economía mixta; bien en función de la administración territorial de la que dependen. No obstante ello, además de esta distinción primaria, en base a otra normativa que les es de aplicación, las sociedades públicas en general y, en particular, las sociedades urbanísticas, pueden adscribirse a las diversas tipologías.

Por ello, se analizarán los criterios de clasificación de las sociedades públicas partiendo del hecho de que estas clasificaciones no son excluyentes entre sí, pudiendo una de las sociedades adscribirse a varias de ellas en función de sus características específicas e incluso del momento específico en que se encuentre, pudiendo, por ejemplo, pasar una empresa de titularidad exclusiva de la administración a ser mixta, si las condiciones específicas de su actuación así lo exigen.

Se puede establecer distintos criterios clasificatorios de las sociedades públicas; el esencial es el que las clasifica en función de la procedencia del capital, “instrumental” o de “economía mixta”, que desarrollaremos de forma amplia en el presente estudio. Pero también pueden clasificarse en función de la administración, estatal, autonómica y local; ya sea directamente o indirectamente; a través otro ente instrumental, dando lugar a sociedades de “primer” o “segundo escalón”; en función de su intervención en el mercado con plena autonomía o dependencia de la administración de la que dependen, siendo consideradas como “de mercado” o de “no mercado”; si a efectos fiscales, especialmente en relación con el IVA, son considerados o no como “órgano técnico-jurídico”, etc.

Analizaremos los distintos supuestos.

### **2.1.1.- Por la administración a la que pertenecen**

El Texto Refundido de la Ley del suelo de 1976 (R.D. 1346/1976), en su artículo 115 ya indicaba que el “Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación”. Igualmente el artículo 1.1.º del Real Decreto 1069/1978, establece también que: “El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas”.

Con la introducción de las Comunidades autónomas en nuestra organización administrativa por la Constitución de 1978, en función de las actuales administraciones de que dependen, se pueden distinguir entre aquellas que lo son del Estado, de las Comunidades autónomas o de las administraciones locales.

A modo de ejemplo, puede citarse la normativa Asturiana, que en su Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, realiza una amplia regulación de las sociedades urbanísticas; en su artículo 13, “Sociedades urbanísticas”, reconoce la posibilidad de su constitución por el Principado de Asturias, las entidades locales, y las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras<sup>83</sup>.

*En Canarias, la “Administración de la Comunidad Autónoma, los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos podrán utilizar, para la gestión de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local. Todas ellas están habilitadas para crear organismos autónomos de carácter gerencial y entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o sólo para determinadas actuaciones”.*

Se ha planteado si las Diputaciones Provinciales, en las comunidades no uniprovinciales, los Cabildos Insulares en Canarias y en las Islas Baleares, pueden constituir sociedades instrumentales con carácter general, de acuerdo con la normativa estatal, artículos 85 de la LRBRL y 103 del TRLRL y la propia de régimen local. Ahora bien, se ha planteado la posibilidad de que puedan constituirse sociedades urbanísticas.

---

<sup>83</sup> El artículo 13.1.º, “Sociedades urbanísticas” del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo indica:

“El Principado de Asturias, las entidades locales, y las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, podrán constituir por sí solas, entre sí o con otras personas, sociedades urbanísticas mercantiles para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad”.

Con una visión histórica hay que indicar que, con carácter general, tradicionalmente sí se han constituido por distintas Diputaciones, especialmente andaluzas y catalanas, en base a las amplias competencias del artículo 36 de la LBRL y las que le otorgaban la legislación de vivienda y suelo de la propia comunidad. En la actualidad, tras la reforma operada por la LRSAL, entendemos que podrán constituir las, pues aunque en principio se trata de una de las competencias que podían delegar en los ayuntamientos, la realidad es que perfectamente pueden ejercerlas por sí o mediante sociedades urbanísticas, debido a las amplias competencias de coordinación e intervención en ayuntamientos de menor población y al hecho de que la Comunidad Autónoma puede delegar competencias en ellas en materia de urbanismo y vivienda.

Además de ello, como se acaba de ver, la normativa sectorial de vivienda y urbanismo (se ve claramente en la anteriormente transcrita de Canarias y Asturias) permite dicha constitución de modo expreso.

### **2.1.2.- Por la pertenencia del capital**

Se distinguen entre aquellas sociedades en las que la aportación de las administraciones, es decir su capital, es íntegramente público, denominadas “instrumentales” de las mixtas, en las que el capital no solo es público, sino que coexiste con aportaciones privadas.

Las instrumentales, tradicionalmente eran definidas en el artículo 85.2.d) de la LBRL, como “Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local o un ente público de la misma”. Esta redacción originaria al utilizar el criterio de la pertenencia o no a la entidad local y no el origen o titularidad pública o privada del capital de la sociedad, creaba ciertas dificultades para diferenciar éstas de las sociedades mixtas, que definidas igualmente con este criterio eran aquellas “cuyo capital social solo parcialmente pertenezcan a la Entidad Local”. Ello dio lugar a que por algún sector doctrinal y cierta jurisprudencia se considerasen mixtas a aquellas sociedades locales que con capital íntegramente público, eran constituidas por la entidad local y otros entes públicos no dependientes de aquella, provinciales, autonómicos o estatales.

En la actualidad, el tema ha quedado claro con la nueva redacción del artículo 85 dada por la LRSAL, que define a las sociedades instrumentales como la “*Sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública*”.

Las sociedades de economía mixta son, por el contrario, aquellas en las que el capital que pertenece a la administración concurre con el de agentes privados, siendo esta su característica fundamental. El artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público indica que la Sociedad de economía mixta es aquella en la que “*la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*”<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se distinguen dentro de las mixtas, aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la administración, que son consideradas como verdaderas empresas públicas, de las denominadas participadas, en las que el capital público es minoritario, por lo que salvo excepciones, no se consideran a nuestros efectos como sociedades públicas, como ya se ha estudiado anteriormente.

### **2.1.3.- Sociedades de primer o segundo grado escalón**

La distinción, partiendo de la anterior, surge en función de que la titularidad del capital público la ostente la propia administración, sociedad de primer grado o escalón, o uno de sus entes instrumentales, sociedad de segundo grado o escalón. Estas sociedades de segundo grado se han denominado también “sociedades en cadena o cascada” por Jesús González Pueyo<sup>85</sup> o “Sociedades filiales” por Encarnación Montoya<sup>86</sup>.

Las sociedades de segundo grado o escalón, que pueden ser igualmente instrumentales o mixtas, surgen para dar respuesta a situaciones específicas y en las sociedades urbanísticas locales suelen ser muy útiles y habituales, al igual que en el sector privado.

En el urbanismo, cuando se actúa en desarrollo de nuevos sectores es habitual que la normativa imponga a la administración la obligación de contar en la gestión con los propietarios del suelo o éstos quieran colaborar en la gestión pero no ser ellos los que la asuman exclusivamente. La mejor forma de arbitrar estas situaciones, como ha puesto de manifiesto la práctica, es la constitución de una sociedad mixta específica para desarrollar ese sector o polígono, surgiendo así una sociedad mixta de segundo nivel. Otras veces, sobre todo para el desarrollo de grandes sectores de suelo, las sociedades urbanísticas necesitan la colaboración económica o técnica, surgiendo así sociedades mixtas de segundo nivel en las que el capital privado se lo reparten promotoras y entidades de crédito.

También es habitual que para el desarrollo de determinadas actuaciones de rehabilitación o revitalización de centros históricos o desarrollo de promociones de viviendas, colaboren distintos entes instrumentales de diversas administraciones (Comunidad Autónoma y Ayuntamientos), creando un ente específico nuevo con la autonomía económico-financiera y de gestión necesaria y conveniente para la actuación. La fórmula de la colaboración público/privada, en este caso institucional, es potenciada desde la propia Administración, pudiendo destacarse a estos efectos el actual Plan de Vivienda.

Esta fórmula de las sociedades de segundo nivel ha sido muy utilizada por el sector público, no solo español sino también europeo, por las ventajas de gestión, al incluir distintas administraciones y propietarios del suelo y económico-financieras, al integrar en las mismas entidades bancarias o

---

<sup>85</sup> GONZÁLEZ PUELYO (2004), página 14.

<sup>86</sup> MONTOYA MARTÍN (1996), página 281.



crediticias, no habiendo presentado mayores problemas y siendo liquidadas al final de la actuación para la que se habían constituido.

El problema con las sociedades de 2.º nivel es que desde los órganos de control municipales, especialmente desde la intervención municipal y la Intervención General de la Administración del Estado, IGAE, consideran que son difíciles de controlar, pero olvidan un elemento esencial en las sociedades urbanísticas y es el que sus actividades esenciales, desarrollo de suelo y vivienda, además de los controles habituales administrativos y mercantiles, tienen un importante control adicional. En el caso de que mediante estas sociedades urbanísticas de segundo escalón las Administraciones se encuentren desarrollando la actividad urbanizadora, al ser “entes colaboradores” son controlados de principio a fin, tanto en los aspectos de gestión como en los de gastos de urbanización, aprobando sus actuaciones técnicas y la liquidación de las cuotas urbanísticas. Por otro lado, cuando reciben subvenciones en virtud de los distintos planes de vivienda estatales, autonómicos o locales, en los supuestos de actuaciones de promoción y rehabilitación de vivienda o de rehabilitación de centros históricos o barrios degradados, los controles económicos de las actuaciones son exhaustivos y perfectamente determinados por la normativa, tanto la referida a las ayudas específicas que reciben, como a la general de subvenciones.

Consecuentemente con esa visión preventiva, la reforma del Sector Público Local realizada por la LRSAL, como se ha visto, ha incidido especialmente en las sociedades de segundo nivel, prohibiendo su constitución en muchos casos y ordenando el cierre de muchas de ellas, aun cuando esta última petición se ha dulcificado en gran medida en el texto aprobado en relación a los primeros borradores que pretendían el cierre indiscriminado de estas sociedades, con independencia de su situación económica, actividad a la que se dedicasen o compromisos asumidos, lo que podía haber dado lugar a graves consecuencias económicas para las administraciones matrices.

#### **2.1.4.- Productora o no de mercado**

Otro criterio diferenciador, especialmente trascendente a efectos de la normativa de Estabilidad Presupuestaria, es la distinción entre sociedades “de mercado” o “no de mercado”<sup>87</sup>.

En el derecho de la Unión Europea se establece una distinción esencial entre aquellas sociedades que operan en el mercado como si de una sociedad privada se tratase y las que no reúnen esta característica. La distinción es trascendente; las primeras, las denominadas “sociedades de mercado”, tienen la consideración de entes independientes de sus administraciones titulares a los efectos económico, financiero y fiscal, además del jurídico. Las segundas, las “sociedades no de mercado”, por no tener esa independencia y suficiencia financiera de dichas administraciones, son consideradas a dichos efectos como si de un servicio más de la administración matriz se tratase.

---

<sup>87</sup> Se sigue esencialmente el estudio realizado en las páginas 65 y siguientes de la “Guía de Actuación. Gestión de Servicios mediante sociedad mercantil pública” (BUESO GUIRAO Y PÉREZ MIRA. 2013).

En la legislación española esta diferenciación se contempla en la citada normativa de “Estabilidad Presupuestaria”, que se encuentra constituida, esencialmente y a nuestros efectos, por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (LGEP) y el Reglamento de Estabilidad Presupuestaria (REP)<sup>88</sup>. Esta última norma establece en su artículo 4 dos grupos de entidades a efectos de la fijación y cumplimiento de los objetivos sobre estabilidad presupuestaria, en el caso específico del sector público local:

- Entidades locales y sus organismos autónomos o entes públicos dependientes que presten servicios o produzcan bienes no financiados mayoritariamente con ingresos comerciales, es decir con ingresos no de mercado (artículo 4.1).
- Las restantes entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las entidades locales, aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus respectivos presupuestos o aprobarán sus respectivas cuentas de pérdidas y ganancias en situación de equilibrio financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les sea de aplicación (artículo 4.2)<sup>89</sup>.

Adscribir las sociedades urbanísticas a una u otra tipología, produce el efecto esencial inmediato de que la sociedad “de mercado” no transmite (o no consolida) su endeudamiento al ayuntamiento, lo que le permite recurrir a la financiación necesaria para sus fines, sin que afecte a los límites fijados para los ayuntamientos. Por el contrario la “no de mercado” en su actuación vincula la actuación municipal, al incluirse su deuda dentro de la del ayuntamiento.

El tema es importante, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante sociedades urbanísticas que por su objeto esencial, la gestión del suelo o la promoción de edificios de viviendas o equipamientos, deben de recurrir a créditos de elevada cuantía, que sería imposible obtener por muchas de nuestras administraciones locales.

---

<sup>88</sup> Son la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LEP) y el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales (REP).

<sup>89</sup> El artículo 4 (Instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria) del REP indica literalmente:

**1.** Las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas, que presten servicios o produzcan bienes no financiados mayoritariamente con ingresos comerciales, aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus presupuestos consolidados ajustándose al principio de estabilidad definido en los apartados 1 y 3 del artículo 19 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

A los efectos anteriores, y en cuanto a la ejecución de presupuestos, se entenderá que se deberá ajustar al principio de estabilidad presupuestaria cualquier alteración de los presupuestos iniciales definitivamente aprobados de la entidad local y de sus organismos autónomos, y, en su caso, cualquier variación de la evolución de los negocios respecto de la previsión de ingresos y gastos de los entes públicos dependientes.

**2.** Las restantes entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las entidades locales, aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus respectivos presupuestos o aprobarán sus respectivas cuentas de pérdidas y ganancias en situación de equilibrio financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les sea de aplicación.

La adscripción a una u otra tipología se produce con el llamado expediente de sectorización que se analizará posteriormente.

### **2.1.5.- Clasificación a efectos fiscales: órgano técnico-jurídico**

Importante es aquella que, a efectos fiscales, distingue entre aquellas sociedades que son consideradas “órgano técnico-jurídico” de la administración de las que no reúnen esta condición. La importancia viene determinada porque en el supuesto de ser considerada una sociedad como tal, tiene como consecuencia directa el que los servicios prestados por la misma a su administración titular no determinarán la realización de operaciones sujetas al Impuesto, dado que, en este caso, se considera que la sociedad está actuando como un mero centro de gasto de la Administración en el ejercicio de una función pública.

Los requisitos que debe cumplir una sociedad mercantil de forma simultánea para ser considerada como órgano técnico-jurídico son los siguientes:

- a) Su creación debe haberse llevado a cabo al amparo de lo dispuesto por la LBRL o de la normativa autonómica correspondiente.
- b) Su capital debe ser propiedad íntegra de la Administración, quien, en consecuencia, gobernará en todo momento su proceso de toma de decisiones.
- c) Debe tener por principal y casi exclusivo destinatario de los servicios que presta al Ente público que la ha creado.
- d) Su financiación se lleva a cabo a través de la correspondiente consignación en los presupuestos de la entidad local o a través de la oportuna dotación regular de fondos para atender al desarrollo del objeto que tenga encomendado.
- e) La actuación a través de la sociedad mercantil no implica riesgo de distorsión significativa de la competencia.

Este hecho se ve reforzado, como indica Juan Manuel Pérez Mira, siempre según la jurisprudencia, por una serie de factores que suelen concurrir en este tipo de sociedades:

- Normalmente no soportan de forma completa el riesgo económico de las actividades que desarrollan.
- Se hallan más cerca de la fundación de un servicio público que de una figura asociativa, aunque se relacionan con los usuarios bajo formas jurídicas propias del Derecho privado, pero en cambio internamente actúan casi como un órgano del ente público.
- Además, estas entidades están sometidas parcialmente a la legislación administrativa (ley de presupuestos, ley de contratos, fiscalización por el Tribunal de Cuentas, etc.).

La consecuencia jurídica de todo ello para el Tribunal Supremo es que las transferencias y aportaciones que las Administraciones destinen a la financiación de estas sociedades, no pueden constituir contraprestación de

operaciones sujetas al Impuesto, siendo su única finalidad la dotación de recursos suficientes para el desarrollo de las funciones encomendadas. Siendo ello así, su realidad a efectos del Impuesto no puede ir más allá de su consideración como meros centros de gasto, sin que, por lo tanto, la financiación que reciben del Ente del que dependen pueda calificarse como contraprestación de operaciones sujetas al mismo.

## **2.2.- SOCIEDADES INSTRUMENTALES**

Es una sociedad caracterizada por el hecho de que el capital social es de origen público en su totalidad, pues pertenece directamente a la propia administración o cualquiera de sus entes instrumentales, bien sometidos al derecho público o privado. Ya se ha visto la evolución del artículo 85 n.º 2, d) de la LBRL, que refiriéndose a la titularidad de la propia corporación (“Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local a un ente público de la misma”), en la actualidad se refiere exclusivamente a su origen público (“Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública”).

Puede ser definida, siguiendo a Ángel Sánchez, como la “empresa pública con financiación y predominio exclusivo de la administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y funcional, y sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital”<sup>90</sup>.

Son por lo tanto sus características fundamentales:

- a) Forma mercantil de responsabilidad limitada. Sociedad anónima o de Responsabilidad limitada. Constituyéndose el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- b) Capital de pertenencia íntegramente de la Administración, bien de forma directa o bien indirecta, siendo accionista único de la sociedad un ente u otra sociedad de la referida corporación local.
- c) Personalidad jurídica independiente de su Administración matriz, que la dota de autonomía patrimonial y funcional.
- d) Carácter de medio propio de la Administración matriz, por lo que, como se analizará con detalle, puede recibir encargos y encomiendas de gestión de su ente matriz no sometidas a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación de la legislación de contratación pública, que se les aplica con los criterios y limitaciones que se analizarán.

Estas sociedades serán ampliamente desarrolladas en los próximos capítulos, por lo que a ellos nos remitimos para su estudio en profundidad.

---

<sup>90</sup> SÁNCHEZ MARTÍN Y SÁNCHEZ GARCÍA (1992).

## **2.3.- SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

Desde el punto de vista de la legislación de régimen local han sufrido igualmente una evolución paralela a las instrumentales. En principio, la LBRL la definía en el citado artículo 85 en base a la pertenencia o no del capital a la corporación, así tradicionalmente se definía “Sociedad mercantil (...) legalmente constituida cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local” como una forma de prestación indirecta de un servicio público.

Este concepto de pertenencia fue criticado por la doctrina y evolucionó hacia el de carácter del capital, que lo conformaban partidas de origen público y privado. En este sentido, la propia administración, a través de la Dirección General de Tributos, analizando la extensión de la bonificación del impuesto de sociedades, ha indicado y aclarado que por empresa mixta “se entiende la que tenga socios de capital privado”. Recalcando lo dicho indica que “respecto a esta cuestión, este Centro Directivo entiende que tanto del Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, como del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se desprende la posibilidad de crear consorcios o cualquier otra forma asociativa legalmente autorizada, para la prestación de los servicios públicos de competencia municipal o provincial, por lo que las actividades de las sociedades constituidas a estos efectos cuyo capital pertenezca a las distintas Administraciones Públicas citadas en el artículo 32.2 de la Ley 43/1995, podrán, en su caso, beneficiarse de la bonificación que nos ocupa, siempre y cuando cumplan los requisitos al efecto previstos”. Estas afirmaciones se extraen de la Resolución de la Dirección General de Tributos de 15 de febrero de 1996 a cuestiones planteadas por AVS en relación al Impuesto de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido. **Se adjunta como ANEXO I.**

Hoy día, el criterio de considerar el carácter de mixtas a las sociedades en las que interviene un socio privado, ha sido consagrado ya, como se ha visto, por el artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que considera como tal la que *“la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*.

La Normativa Europea las denomina como “Partenariados Público-Privados Institucionales” (PPPI) y en su traducción a nuestro Derecho son denominadas como “Colaboración Público-Privada Institucional” y, en la línea indicada, las define en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008 como *“Cooperación entre actores públicos y privados que constituyen una entidad con personalidad jurídica y capital mixto para ejecutar obras o servicios públicos”*. Precizando que *“la aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI”*.

Como características esenciales de estas empresas mixtas se pueden extraer las siguientes:

- a) La heterogeneidad de su capital (público/privado) al concurrir la Administración y los particulares, lo que establece ventajas: Compartir objetivos públicos/privados, el riesgo compartido, la facilidad de financiación e inversión conjunta y los beneficios mutuos económicos y de gestión.
- b) La permanencia y duración temporal de la misma. Tanto el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales, como la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, imponen un límite de duración de 50 años<sup>91</sup>.
- c) La responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limitará a su aportación a la Sociedad, como en cualquier otra sociedad mercantil de responsabilidad limitada.
- d) No es considerada medio propio de la administración a los efectos de la normativa de contratación pública, por lo que para recibir encargo o encomiendas de la administración deben acudir a dicha normativa.

Al igual que las instrumentales, son objeto de un profundo estudio en el Capítulo XII de este estudio.

### **3.- NATURALEZA/RÉGIMEN JURÍDICO**

#### **3.1.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA**

En este apartado analizaremos la esencia de las sociedades urbanísticas, no con un fin de profundo análisis doctrinal, que ya ha sido objeto de diversos e interesantes estudios en la Doctrina, sino desde un punto de vista lo más práctico posible, buscando esencialmente establecer una serie de criterios lo más claros y concretos posible que nos permitan posteriormente comprender y justificar las distintas manifestaciones, actuaciones o recomendaciones que son objeto del presente trabajo.

En relación a la naturaleza jurídica de las sociedades urbanísticas se plantea de inicio la necesidad de determinar ante qué tipo de “ente instrumental” nos encontramos. Se han definido como personaciones de la administración, que para poder realizar de una forma más eficiente su labor en el ámbito del urbanismo y la vivienda, actúan sometidas al derecho privado, pero que igualmente en distintos aspectos de su actuar, se ven sometidas al Derecho Administrativo. Por ello se plantea la duda de si son verdaderas sociedades

---

<sup>91</sup> El artículo 278 (Duración). El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta de 60 años.

mercantiles, personas jurídicas privadas, o se trata de entes para facilitar su actuación en el mercado; aun bajo un ropaje jurídico privado no pierden su carácter esencial de administración pública.

La realidad es que esta cuestión, pese a haber dado lugar a multitud de estudios doctrinales muy interesantes y fundados, a los efectos de este estudio tiene una menor trascendencia y lo que verdaderamente interesa es el régimen jurídico concreto que se aplica a los referidos entes, con el objeto de definir en qué mayor o menor medida se aplica el derecho privado o el público en los distintos aspectos de su actuación.

El tema es además complejo por el hecho de que el enfoque del mismo ha variado a lo largo del tiempo e incluso se han adoptado posturas contrapuestas<sup>92</sup>. En los últimos años se ha vivido incluso una evolución pendular en la Doctrina, que quien han trabajado en el Sector Público ha percibido claramente. A principio de los años 90, para gran parte de los autores, las sociedades públicas locales en general y las urbanísticas en particular eran entes eminentemente privados que debían aplicar en su actuación, con carácter habitual en sus relaciones con terceros, el Derecho privado, salvo muy contadas excepciones que se aplicaban más que el derecho público, distintos de los principios del mismo como la publicidad y la concurrencia en la contratación. Es decir, la regla general era la aplicación del Derecho privado y solamente en aquellos supuestos en que el Derecho público era impuesto por la norma. Ello producía el hecho de que, ante la duda, se aplicasen en su actuar los criterios dimanantes de la normativa civil y/o mercantil.

Hoy día se ha pasado al posicionamiento contrario con la gradual trasposición de la normativa europea, especialmente la de Mercado Interior, la crisis actual, los criterios de sostenibilidad/estabilidad presupuestaria y el ánimo de una mayor transparencia administrativa. Así se afirma que es necesario que la actuación de las sociedades mercantiles locales se encuentre sometida en gran medida al derecho administrativo, para así poder establecer todo tipo de controles, incluso preventivamente, y la intervención permanente de los Organismos de tutela y control, fundamentalmente los interventores locales en el día a día de la actuación de las sociedades públicas. Así, se ha llegado a propugnar que las sociedades mercantiles deben aplicar el derecho privado solo formalmente, y ante cualquier duda, en nuestro régimen jurídico deben aplicar el derecho público. La culminación de todo ello es la reforma de la administración preconizada por el Gobierno del Partido Popular que se concreta en la LRSAL, que tiene como uno de sus fines liquidar en gran medida el sector público local y que, el que sobreviva, actúe fundamentalmente sometido al derecho público y, cuando esto no sea posible, sean sometidas a

---

<sup>92</sup> Encarnación Montoya, en la obra anteriormente citada, páginas 516 y 517, indica: "Respecto a la Naturaleza Jurídica de las empresas nacionales, el Tribunal Supremo mantuvo posturas contradictorias. Mientras en alguna ocasión con algún exceso se califica a la empresa nacional como una entidad indudablemente de Derecho privado, sin carácter alguno estatal, en otras ocasiones se califica como entidad en algún modo pública y paraestatal". Aportando distintas citas jurisprudenciales que corroboran lo afirmado.

un férreo control administrativo. Se ha llegado a pretender que la gerencia de este tipo de sociedades siempre sea asumida por un funcionario de carrera.

No es nuevo el hecho de que determinados sectores de la Administración siempre han desconfiado del sometimiento al Derecho Privado de las sociedades públicas, porque tienen un control menos inmediato que los demás servicios de la corporación; esencialmente carecen de intervención previa, lo que es sustituido por el control posterior mediante el régimen de auditorías como el resto de las sociedades mercantiles. Pero también es cierto que se han criticado, no solo por el riesgo que este régimen de control puede tener, sino también por el hecho de que el poder de decisión se ha ido trasladando del estamento funcional al político y la consecuente pérdida de poder sobre las sociedades ha tardado en asimilarse.

El afán redentorista del Gobierno de la Nación, por un lado, que pretende una administrativización a ultranza del actuar de estas sociedades, con poca lógica, salvo la de limitar al mínimo su actuación para dar entrada al sector privado en la gestión de la casi totalidad de los servicios públicos; y, por otro, la poca claridad en la redacción de alguna de las normas aprobadas, ha dado lugar a que “ante la duda” en cuanto al régimen aplicable, se imponga la aplicación del derecho público. Ello está haciendo que en la actuación diaria de las sociedades locales se encuentren con la imposición de aplicación de la normativa administrativa en su actuación, sin fundamento jurídico que lo avale, que no solo dificulta su actividad, sino que pone en serio riesgo la propia existencia, con el grave perjuicio que ello podría suponer a sectores especialmente sensibles como la vivienda social.

La realidad es que el movimiento pendular no ha sido nunca acertado y, mucho menos, adoptar decisiones de tanto calado en épocas turbulentas de crisis económica nunca ha sido un buen criterio; eliminar el sector público con lo laborioso que ha sido durante los años de la democracia puede ser un elemento que contribuya de forma determinante a terminar con el estado del bienestar.

Pretender desnaturalizar la esencia de una figura, la sociedad mercantil pública y especialmente la sociedad urbanística local, que tan buenos resultados ha dado, cuanto menos en el sector del urbanismo y la vivienda, es un grave error, y la supresión de los promotores públicos con su carácter vertebrador del sector inmobiliario social, dará lugar a que, superada la crisis, se vuelva a la época de la carestía del suelo y por ende de la vivienda, con vuelta a la subida de precios de ésta, situación en la que nos encontrábamos antes del “boom” inmobiliario, y vuelta a empezar.

Para evitar esta perversión de régimen jurídico de las sociedades urbanísticas, es necesario determinar en la medida de lo posible la esencia de las sociedades urbanísticas locales, para dejar lo más claro posible el régimen jurídico de aplicación, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso en base a un conocimiento real del tema y no en función a una actividad preventiva, que por bien intencionada que sea no responde a la realidad jurídica.



Como punto de partida hay que indicar que formalmente son auténticas entidades mercantiles en lo que están de acuerdo gran parte de la Doctrina y la jurisprudencia. En esta línea es bastante clara la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 1995, en sus Fundamentos de derecho 3.º y 4.º indica que ***“las empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, no son en rigor Organismos Autónomos, sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho Civil, mercantil y laboral. No hay personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública ni en rigor pueden asimilarse a ninguna de las esferas administrativas a que alude el artículo 1.º de la Ley 70/1978. Así se desprende con claridad tanto del régimen de las empresas nacionales de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (artículos 4, 91, 92 y 93) como del establecido por la Ley General Presupuestaria, en su versión inicial de 1977 y en la vigente, Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988, pues en ambos textos legales las sociedades estatales, y más específicamente, las del apartado a) del artículo 6.1, es decir, las ‘sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades de derecho público’, se hallan regidas ‘in totum’ por el Derecho privado, pues actúan en el ámbito mercantil o industrial que les es propio como uno más de los sujetos privados, al menos en lo que constituye su núcleo esencial de actuación, según dispone el apartado 2 de dicho artículo 6.º. Además afirma que el hecho de que en dichas empresas el capital sea íntegramente público, que la Ley de Incompatibilidades, Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en sus artículos 1 y 2.1.h) las mencione explícitamente como incluidas en su ámbito de aplicación, y que el control del gasto público se ejerce por régimen asimilable al público, no desvirtúa la calificación de sujeto privado”***.

No obstante ello, el Catedrático de Derecho Mercantil, Manuel Broseta, en su manual de Derecho Mercantil, indica que estas sociedades anónimas constituidas por un único fundador (ente de derecho público) se declaran íntegramente sometidas a la Ley de Sociedades anónimas, salvo lo establecido en las disposiciones administrativas generales y en las especiales que les son aplicables y, por ende, se afirma su naturaleza de verdaderas sociedades anónimas privadas. Pero todo ello solo puede aceptarse con grandes reservas, supuesto que la presencia de un solo fundador-accionista sometido a un estatuto jurídico-público, hace inaplicable a tales sociedades la mayor parte del régimen jurídico contenido en la Ley de sociedades anónimas, como se comprueba por las siguientes derogaciones y anomalías:

1. falta en ellas la base personal colectiva a la que el legislador conecta la personalidad jurídica propia de las sociedades privadas (la sociedad constituida por un solo fundador es una *contradictio in adjecto*);
2. de los estatutos -cuya aprobación no es obra de una pluralidad de fundadores, sino uno solo- son superfluas las menciones relativas a la base corporativa de la sociedad, única que justifica su existencia;
3. no existe o carece de virtualidad el régimen jurídico de las acciones, puesto que éstas no se utilizan para recolectar capital de varia procedencia, ni con el fin de legitimar a los accionistas para el ejercicio

de sus derechos sociales, ni para medir la intensidad en el ejercicio de sus derechos;

4. falta la Junta general entendida como órgano deliberante, puesto que el único accionista no puede deliberar consigo mismo, razón por la que dicha Junta se sustituye por el ente público que la constituyó.

Estas y otras anomalías, sigue indicando el referido profesor, nos inducen a afirmar que estas entidades tan solo formalmente (por la afirmación del legislador) son verdaderas sociedades anónimas, puesto que, en su mayor parte, la Ley de sociedades anónimas les es inaplicable.

Pero si se consideran las sociedades mercantiles públicas locales como una sociedad mercantil “sui generis”, ¿tiene ello trascendencia en su régimen jurídico frente a terceros? No puede olvidarse que, como se ha visto, la constitución de las sociedades mercantiles locales, junto a la finalidad esencial de obtener facilidades de actuación que otorga el derecho privado frente al público, se encuentra otra de gran importancia y que es principio esencial de las sociedades de capital, la limitación de la responsabilidad de los socios al capital aportado, no respondiendo los socios con su patrimonio personal. Principio que se encuentra efectivamente recogido en la normativa de régimen local, imponer su forma a las contempladas para las sociedades de capital<sup>93</sup>.

Al ser formalmente sociedades mercantiles pero tener naturaleza y un derecho de aplicación especial, ¿qué sucede con ellas en relación a este principio de limitación de responsabilidad? Como se verá posteriormente se les aplica el principio, pero se encuentra matizado en el sentido de que en función de las distintas actividades que pueden realizar las sociedades de que se trate, mercantil o industrial o de gestión de servicios públicos, puede producirse lo que se ha llamado “levantamiento del velo”. En estos supuestos se analiza la actuación del ente matriz y se le puede imputar responsabilidad por las deudas de su sociedad instrumental cuando realiza actividades eminentemente públicas, además de en los supuestos en que con la misma se comete fraude de ley.

Se analizarán seguidamente estas cuestiones.

### **3.2.- SUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS**

Sentados estos criterios, la realidad es que el problema para los encargados de la gestión de las sociedades y sus asesores permanece con dichos planteamientos, al no quedar claro el régimen jurídico de aplicación. Cómo se debe actuar y qué derecho debe aplicarse no es una cuestión baladí, pues la decisión que se adopte es importante y trascendente si se tiene en cuenta que gran parte de las actuaciones que realizan las sociedades objeto de nuestro estudio, las urbanísticas, suelen ser de elevada cuantía, pudiendo dar lugar a

---

<sup>93</sup> El reiterado artículo 85 ter del TRLBRL, en su párrafo 2.º indica que “La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio...”.

graves responsabilidades sociales, personales y patrimoniales en el supuesto de que, impugnadas por algún interesado, los tribunales consideren que la normativa aplicable al caso era otra y, consecuentemente, se declare no ajustada a derecho todo o parte de dicha actuación.

Tras el estudio de distinta jurisprudencia, opiniones doctrinales y el análisis de diversas actuaciones de sociedades urbanísticas, se llega a la conclusión de que no se puede establecer una naturaleza jurídica única y, consecuentemente, un régimen jurídico ni unos efectos idénticos en su actuar. Dependerá de la actividad específica que realicen y en función de ella habrá que determinar el régimen jurídico aplicable y sus efectos, que pueden ser de diversa índole.

Este criterio que se ha apuntado por la Doctrina se ha ido precisando en la Jurisprudencia que, al analizar la finalidad de la constitución de las sociedades públicas y sus actuaciones concretas, aplican el derecho privado o el público en mayor o menor medida en función de las circunstancias concurrentes. Así se ha afirmado por el Alto Tribunal que su actividad *“no se rige exclusivamente por las normas de la Administración ni por las de los particulares, trazando una frontera difuminada e imprecisa configuradora de una forma de actuar y que sin duda constituye una excepción a las reglas generales de la libre competencia, puesto que las leyes no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública de la actividad urbanística”*<sup>94</sup>.

Como punto de partida hay que indicar que el reiterado RD 1169/1978 ya apuntaba una doble forma de actuar de la sociedad, al indicar que la *“sociedad podrá actuar como Entidad puramente privada o como concesionaria de la actuación o actuaciones de que se trate”*; con una terminología un tanto desacertada<sup>95</sup> deja clara la doble actividad, la propia actividad económica e industrial y aquella en la que la sociedad actúa gestionando servicios o realizando tareas propias de la competencia de la administración titular. En esta línea de la doble actividad, Encarnación Montoya es muy clara al indicar que la sociedad pública es *“una institución en la que los problemas jurídicos que pueden suscitarse son muchos, de variada índole y naturaleza, precisamente por gozar en ocasiones de una doble dimensión: como instrumento de iniciativa pública económica y como técnica de organización para el ejercicio de las funciones encomendadas a la Administración pública”*<sup>96</sup>.

Concretando lo indicado, la sociedad pública actúa en un doble plano, en primer lugar, en desarrollo de una actividad económica más o menos pura, que pudiera considerarse como actividad propia y privada. En segundo lugar, en una actividad de gestión de servicios, como instrumento propio del ente local en el ejercicio de su potestad de autoorganización, que suele ser la más

---

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1998.

<sup>95</sup> La terminología es desacertada, pues el carácter de “concesionaria” supone una forma específica de la gestión indirecta de servicios, mientras que las sociedades, como se ha visto, son una forma específica de gestión, directa mediante sociedades instrumentales totalmente públicas, o indirecta, mediante las sociedades mixtas.

<sup>96</sup> Obra citada, página 509.

habitual en las sociedades urbanísticas al ejercitar la competencia de urbanismo y vivienda de las corporaciones locales.

Dando un paso más en el análisis de las distintas formas de actividad, además de estos supuestos, la práctica nos demuestra que las sociedades suelen actuar como mandatarias o delegadas de la Administración en actuaciones concretas y determinadas en virtud de la denominada “encomienda de gestión”. En estos casos, la administración titular se sirve de esta organización ya establecida y organizada, utilizándola como medio propio para el desarrollo de una actividad concreta o una específica actuación en su nombre. Supuesto que no debe confundirse con la actividad ordinaria y habitual de gestión de servicios para cuya finalidad se ha constituido la sociedad, concretándose en su “objeto social” y tras el oportuno expediente administrativo que justifica su necesidad y conveniencia.

Estas actuaciones, debido a su disparidad, aun partiendo de una base jurídica común, tienen matices que hacen que se hayan sometido por la Jurisprudencia a distintos regímenes jurídicos, dando lugar a variados efectos y consecuencias que no pueden entenderse sino en base a este criterio dispar de actuación.

Pero el panorama no estaría completo si no se analiza además una cuestión de especial trascendencia, los tres supuestos anteriores son las denominadas actuaciones de la sociedad frente a terceros (calificado actos “ad extra”) pero junto a éstos se contemplan los denominados actos “ab intra”.

Estos actos internos son aquellos de distinta naturaleza que adoptan órganos administrativos que en ocasiones adoptan personificaciones mercantiles, como los relativos a los actos de constitución de la sociedad, de encargo de actuaciones o decisorios en la actividad de la propia sociedad. En estos casos el régimen jurídico aplicable a estas actuaciones es el derecho administrativo en virtud de la clásica “teoría de los actos separables”. A modo de ejemplo, es habitual que la Junta General de una sociedad Urbanística sea el Pleno del Ayuntamiento, que aun cuando se encuentre constituido como máximo órgano societario del gobierno de la sociedad, debe someterse su actuación a la Normativa de Régimen Local, en cuestiones como su convocatoria o procedimiento para la adopción de acuerdos<sup>97</sup> de aprobación de las Previsiones de Ingreso y Gastos o las Cuentas Generales, nombramiento del Consejo de Administración o Modificación de los estatutos sociales, entre otros.

Centrado el tema y ante la existencia de un régimen jurídico dispar en función de la naturaleza concreta de la actuación, a efectos de un posterior análisis, puede establecerse los siguientes supuestos:

---

<sup>97</sup> El Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales es claro en este sentido al indicar en el párrafo 1.º del artículo 92 que “El funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de la Empresa 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, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales”.

1. Actuación de la administración titular en relación con la constitución de la sociedad, encargo de actuaciones o cuando actúe como órgano de la Sociedad.
2. Actuación de la sociedad en actividad propia o como delegada de la administración, pudiendo establecerse tres supuestos distintos en función de la misma: Como representante de la administración mediante un mandato o encomienda de gestión. Actuando en actividad propia como modo de gestión directa de un servicio público. Y, por último, en desarrollo de actividades económicas como actividad propia de la sociedad.

### **3.2.1.- Actuación de la administración titular**

En el primero de los supuestos, el régimen jurídico de aplicación a los actos de la administración titular es pacífico y está perfectamente establecido por la Jurisprudencia. Las actuaciones de la administración en relación con la sociedad, actos constitutivos (aprobación del expediente de municipalización y/o constitución) o modificativos de la propia sociedad (ampliación o modificación de estatutos) como posteriores decisorios, de fiscalización o tutela de la sociedad son actos administrativos y como tales sometidos al derecho Público en la medida en que son verdaderos actos administrativos.

De igual manera, los actos que realiza el Pleno o el órgano competente, asumiendo el papel de uno de los órganos de la sociedad, fundamentalmente la Junta General de la sociedad u otros actos previstos por los estatutos o normativa de aplicación (la aprobación de las cuentas, nombramiento o separación de miembros del consejo de administración, formulación de previsiones de ingresos y gastos o similares) son actos sometidos al derecho público. Así, como se ha visto, el RSCL somete a la normativa administrativa lo relativo *“al procedimiento y a la adopción de acuerdos”* (convocatoria, documentación aportada a la misma, quórum, régimen de votaciones, fundamentación de acuerdo, etc.), dejando las restantes cuestiones sociales al derecho mercantil.

La Jurisprudencia en este sentido siempre ha sido clara ante la interposición por parte de sociedades públicas de la excepción de falta de jurisdicción alegada en procedimientos de impugnación de las convocatorias o acuerdos adoptados en sus Juntas Generales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, rechaza la excepción formulada por la administración demandada, en este caso el Consell de la Generalitat Valenciana, que había modificado los estatutos de una sociedad urbanística propia, el Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. (IVVSA), al indicar en su Fundamento de Derecho Cuarto que:

*“El primer motivo del recurso, exceso de jurisdicción, debe de ser rechazado. El acuerdo impugnado en la instancia es un acto administrativo, que no una disposición general, adoptado por el Consell de la Generalitat Valenciana – órgano colegiado del Gobierno Valenciano que ostenta la potestad ejecutiva y reglamentaria «ex» art. 17.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV)– en ejercicio de competencias exclusivas atribuidas a esa CA (art. 39.1 del EACV) para el cumplimiento, a través de una empresa*

*pública, de la que la Generalitat Valenciana es socio único, de un fin de interés social, con el propósito de cumplir el mandato constitucional (art. 47 CE) dirigido a todos los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El acto supone el ejercicio de una potestad administrativa para la satisfacción de una necesidad social. No altera tal naturaleza la circunstancia de que el instrumento a través del cual vayan a realizarse las actuaciones conducentes al cumplimiento de dicho fin –una empresa pública de socio único– se rija por las normas del derecho privado aplicables a las sociedades anónimas, como dispone el art. 1 de los Estatutos, pues hay que distinguir entre el acto de constitución de la sociedad y de aprobación o modificación de los Estatutos, impugnables ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo por concurrir todos los presupuestos exigidos por los arts. 9.4 de la LOPJ y 1 de la LJCA, y los actos que en el giro privado desarrolle esa sociedad por medio de los cuales entable vínculos con particulares, éstos, sí, sometidos a los órganos del orden jurisdiccional civil.*

*La «separabilidad» entre los actos producidos por una misma Administración Pública, unos sujetos al derecho administrativo y sometidos al control contencioso-administrativo, otros sometidos al derecho privado y fiscalizados por los órganos de ese orden jurisdiccional es pacífica en la legislación española y en una jurisprudencia que viene ya de antiguo<sup>98</sup>.*

Igualmente específica es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que deja perfectamente claro que el acuerdo de la Junta General de una sociedad, “EMASAGRA, S.A.”, cuyo capital pertenecía íntegramente al Ayuntamiento de Granada, en el que pretende cambiar el sistema de gestión de directo a indirecto (sociedad mixta), es un acto administrativo impugnables ante el Orden Contencioso-Administrativo<sup>99</sup>, al indicar:

*“A) Lógicamente, el estudio de la Sala ha de comenzar por los aspectos relacionados con la naturaleza de «Emasagra, SA», por afectar a la jurisdicción de este Tribunal y a la discutida legitimación activa de los actores en el Recurso citado, miembros todos ellos de su Comité de Empresa.*

*Hemos de resaltar al respecto que, antes de iniciarse el procedimiento de cambio de la forma de gestión, «Emasagra, SA», conforme a sus Estatutos, era una sociedad de ámbito local y carácter mercantil bajo la fórmula de sociedad anónima, cuyo capital estaba suscrito íntegramente por un único socio fundador, el Ayuntamiento de Granada, que era titular exclusivo de la totalidad de las acciones que lo componían, no pudiendo éste ser transferido ni destinado a finalidad distinta del objeto de la empresa, que venía determinado por la prestación de servicios relativos al saneamiento y abastecimiento de agua, en régimen municipalizado y de monopolio.*

*.../...*

---

<sup>98</sup> Sentencia de 2 de octubre de 2000 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª (RJ 2000\8853).

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 132/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de febrero.

C) Por último, y siempre desde la óptica del estudio de la naturaleza jurídica de la sociedad, resaltaba que ésta, como tal, y sus órganos, quedaban «sujetos a la normativa local específica para sociedades mercantiles dependientes de Corporaciones Locales, relativa a las funciones inspectoras, de control y fiscalización, previsiones de ingresos y gastos y programas anuales de actuación, inversiones y financiación, y especialmente a lo previsto para tales casos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en lo sucesivo, LHL [RCL 1988, 2607; 1989, 1851]), y por el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril (RCL 1990, 888 y 1170), que la desarrolla.

.../...

E) En este orden de ideas no es posible soslayar que si la diferenciación desde el punto de vista patrimonial y jurídico es incuestionable, es, por contra, frecuente encontrar declaraciones jurisprudenciales que, a efectos puramente procesales, recuerdan la identidad sustancial entre la Corporación local creadora y la persona jurídico-privada que es su instrumento (STS de 31 de julio de 1992 [RJ 1992, 6597]).

- a) En cuanto a la Junta General, siempre teniendo en cuenta el modelo preexistente, concurrían aspectos formales separables, de naturaleza administrativa, en relación con el procedimiento y régimen de adopción de acuerdos y, en consecuencia, la impugnación de estos últimos se sujetaba al Derecho Administrativo y era competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues no debe olvidarse el principio de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas, que hacen que sus actos constituyan un aspecto separable.

Además, las fuentes normativas que debían regir el funcionamiento de la sociedad, tal y como hemos visto, evidenciaban una separación entre el funcionamiento de la misma «ad extra», esencialmente mercantil, y algunos aspectos de funcionamiento interno, que el legislador aísla y separa de la Ley mercantil, invocando las normas que rigen la Administración local. Si a esto se añade que el interés público estaba fuertemente representado en la gestión de la sociedad, ya que satisfacía un servicio público esencial con reserva en favor de las Entidades locales, proclamada en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), y que para los supuestos de contratación por este tipo de sociedades, también se acude a la doctrina de los actos separables para el enjuiciamiento en sede jurisdiccional Contencioso-Administrativa, el resultado será, en principio, la posibilidad de revisar la actuación de esta sociedad en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos, conforme a los criterios establecidos en el artículo 92 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL [RCL 1956, 85 y ND 22516]).

.../...

b) *A mayor abundamiento, el interés público no sólo estaba presente en el servicio gestionado, sino que también influía jurídicamente en dos aspectos subjetivos de la sociedad: el primero de ellos es el control que hace la Ley de la defensa del interés público cuando encomienda un especial celo a los encargados societarios de defenderlo (SSTS de 14 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8568] y 29 de enero de 1997 [RJ 1997, 245]), sin que nada signifique a este respecto la utilización instrumental de formas y técnicas privadas, pues en el fondo existe un núcleo de carácter público, ya que, aunque tales sociedades municipales estén constituidas y revestidas de las formas mercantiles de las sociedades anónimas y actúen en el tráfico del Derecho privado, siempre precisan una decisión, un acto de carácter administrativo, al que se llega tras un procedimiento administrativo, de modo que la Administración tiene la alternativa de la utilización de formas públicas o técnicas privadas, pero tal opción reviste carácter administrativo y público; el segundo aspecto a resaltar dentro de la influencia del interés público en la actuación de las sociedades anónimas municipales, es la cualificación personal de los miembros de su Junta General, que, a su vez, son miembros de la Corporación local, que, por esta condición, integran la Junta General de la Sociedad, y el procedimiento de adopción de acuerdos de esta Junta General, como también hemos indicado, debe regirse por la legislación de régimen local (LBRL y ROF, esencialmente), por lo que puede afirmarse que tales miembros de la Junta General, por su condición de Concejales de la Corporación, representan el interés público en la sociedad municipal, aunque esa representación se efectúe fiduciariamente y no en exclusiva, hasta el punto de que, una vez constituida y en funcionamiento la sociedad, tiene en ellos una vinculación mediata con el interés general de la Corporación que ha desembolsado el capital social, en tanto que ellos forman parte del control del funcionamiento de la propia sociedad”.*

En la misma línea la Sentencia del TSJ de Asturias<sup>100</sup>, que admite el recurso y al Pleno Municipal que actúa como Junta General del que se está impugnado no solo su deficiente convocatoria, sino también la ausencia de motivación del acuerdo adoptado. Al indicar que: *“La primera cuestión a resolver debe recaer sobre la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas municipales y en concreto de la entidad Gestión del Suelo de Oviedo S.A. (GESUOSA) toda vez que del pronunciamiento que sobre este punto se haga se derivará la existencia o no de un acto administrativo recurrible y la Jurisdicción competente para conocer del mismo, motivos invocados por las partes demandadas como causas de inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto administrativo impugnable y falta de Jurisdicción de este Tribunal para conocer del mismo conforme a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 82 de la Ley Reguladora de 1956 (RCL 1956, 1890 y NDL 18435) al entender que se trata de una sociedad anónima municipal que se rige por las normas del derecho privado y sujeta a la Jurisdicción Civil.*

---

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 542/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 6 de junio (JUR 2001\227799).



*En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima de carácter municipal, en la que todo el capital y único socio titular lo es la Corporación Municipal, que persigue la prestación de servicios municipales en cuanto afecten a todo lo relativo al suelo, cuya Junta General es asumida por el Pleno de la Corporación y en la que la convocatoria, constitución y procedimiento y adopción de acuerdos se registrarán por las normas que regulan las Sociedades Anónimas, según resulta todo ello de sus propios Estatutos, en consecuencia, el régimen aplicable a la misma viene determinado por sus propios Estatutos, por la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y por la normativa reguladora de la material local, en concreto el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local que contempla a las sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local, como uno de los medios de gestión directa de los servicios públicos, el artículo 103 del Texto Refundido de las Disposiciones en Materia de Régimen Local (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), en el que se dice que se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y artículos 89 y ss del Reglamento de Servicios (RCL 1956, 85 y NDL 22516) que asimismo remite en su forma de actuar a las normas legales que regulan las compañías mercantiles, con las adaptaciones previstas en este Reglamento, señalando su artículo 92 que el funcionamiento de la Corporación constituida en la Junta General de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aplicándose las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas de las restantes cuestiones señaladas.*

*De cuanto antecede..., la constitución de la Junta General por el Pleno Municipal, cuyo Presidente y Secretario serán los del Ayuntamiento o en quienes estos deleguen y ello es así porque se impugna un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, actuando como Junta General de la Sociedad Anónima, en base esencialmente a una deficiente convocatoria acordada por el Alcalde de la Corporación por no motivar la resolución y no aportar la documentación relativa a la convocatoria, se trata así de un acto administrativo, sujeto a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al impugnarse un acuerdo del Pleno Municipal convocado por su Alcalde”.*

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), en la Resolución de 12 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4492) es igualmente concluyente al afirmar que “conforme al artículo 92 RSCL, en materia de procedimiento y adopción de acuerdos de la sociedad anónima municipal constituida en Junta General de empresa no es aplicable la LSA, sino la LBRL y el ROF”.

De acuerdo con lo afirmado, se puede concluir que el régimen jurídico de las actuaciones de los órganos administrativos que actúan como órganos de la sociedad y en virtud de la teoría de los actos separables, su régimen de actuación estaría sometido al derecho público y, consecuentemente, enjuiciado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### **3.2.2.- Actuación de la sociedad urbanística**

Ya se ha indicado que la actuación de la sociedad puede desarrollarse en tres supuestos distintos, bien de forma puntual y concreta, como representante o mandataria de la administración mediante un mandato o encomienda de gestión; bien en actividad habitual prestacional de competencia de la administración, como modo de gestión directa de un servicio público; bien en desarrollo de actividades económicas, como actividad propia de la sociedad. Analizaremos estos tres supuestos por separado.

#### **3.2.2.1.- Actuación como representante o mandataria de la administración**

Como se ha indicado, en este supuesto la sociedad realiza actuaciones que le son encomendadas por la administración que aprovecha unos medios u organización que le es propia para realizar una determinada actuación, mediante la figura de la encomienda de gestión que hace que la sociedad se encuentre sometida, en gran medida, al régimen jurídico de la administración encomendada<sup>101</sup>.

En estos casos la Jurisprudencia ha considerado que se trata de actuaciones que deben ser imputadas directamente a la administración encomendada y por lo tanto se trata de verdaderos actos administrativos impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª) del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1999, analizando la impugnación de la gestión de venta de unos solares propiedad de la Comunidad Canaria por parte de GESTUR, deja muy claro el carácter administrativo de los actos de la sociedad pública encomendada. En el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma se indica:

*“Los anteriores datos fácticos determinan la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad que hizo la Sentencia de instancia. Y las razones que así lo justifican son éstas:*

*A) Ciertamente la pretensión deducida ante el orden contencioso-administrativo ha de ir referida a un «acto administrativo», para que pueda tener encaje dentro de la cláusula general del art. 1 de la Ley Jurisdiccional y, por ello, su conocimiento pueda corresponder a dicho orden. Pero para calificar una conducta como «acto administrativo» lo decisivo no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública.*

---

<sup>101</sup> Sobre la figura de la encomienda de gestión, su régimen y efectos, se estudia en profundidad en el Capítulo IX de este trabajo.

- B) *En el caso enjuiciado, según resulta de los datos fácticos que antes se reseñaron, GESTUR no realizó la adjudicación litigiosa a título propio y sobre bienes de su propiedad, sino que lo hizo por cuenta de la comunidad autónoma de Canarias y en relación a solares pertenecientes a este ente público. Y buena prueba de ello es que, en la posterior escritura pública de compraventa de esos solares, compareció como parte vendedora la Comunidad Autónoma de Canarias, y como compradores las personas físicas y jurídicas seleccionadas como adjudicatarios en el concurso al que antes se hizo referencia.*
- C) *Por otra parte, tanto la venta de bienes patrimoniales de un ente público, como los actos preparatorios de la misma, y entre éstos la selección de los adquirentes, son actos regidos por la normativa reguladora de la actuación externa de ese ente público, que tiene su principal exponente en el art. 103 de la Constitución. Y es indiferente a este respecto que tales actos hayan sido realizados a través de un agente o mandatario particular.*
- D) *Todo lo que precede es demostrativo de que la selección de adjudicatarios, llevada a cabo por GESTUR y que ha pretendido impugnarse en este proceso, es un acto imputable a una Administración pública y regido por el Derecho administrativo, y que por ello presenta los elementos establecidos en la cláusula del art. 1 de la Ley Jurisdiccional para acotar el ámbito jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.*
- E) *La actuación anterior de GESTUR es diferente a la actuación urbanizadora que pueda llevar a cabo como persona jurídica de derecho privado, y por tanto, es también distinto el régimen jurídico aplicable a una y otra actuación. Por lo cual, no es acertado el criterio, que parece seguir la Sentencia de instancia, de equiparar, a los efectos de régimen jurídico aplicable y conocimiento jurisdiccional, la discutida selección de adjudicatarios con los actos de gestión urbanística que constituyen su normal actividad*".

Podría entenderse que de alguna manera la Jurisprudencia está estableciendo una distinción esencial entre la actuación propia de la sociedad y la de que realmente la administración es una mera mandataria, llegando incluso a determinar que en algunos supuesto se trata de una especie de mandato representativo. El mandato representativo: según Sánchez Román, este mandato se define como "aquel contrato en el cual se confiere a una persona su representación para prestar uno o varios asuntos, sin retribución o con ella".

En estos casos la sociedad mandataria actúa en nombre y por cuenta de la administración mandante, de forma que los efectos se producen directamente en la propia administración mandataria al concluirse los contratos en su propio nombre y derecho. Consecuentemente con ello, el régimen jurídico aplicable a la actuación es el del mandante y no el de la sociedad mandataria, ello en relación a la capacidad de actuación, procedimiento, etc.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> El Contrato de Mandato se regula en el C.C., libro IV, título IX, arts. 1709-1739. Según el art. 1.709 del C.C. "Por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra". Este precepto ha sido criticado por la

### 3.2.2.2.- Actuación como medio de gestión directa de un servicio público

Se trata aquí de una actividad ordinaria y habitual de la sociedad como un modo de gestión directa de un servicio público, en el supuesto de las sociedades urbanísticas que desarrollan la competencia urbanística de los municipios son los “actos de gestión urbanística que constituyen su normal actividad”<sup>103</sup>, frente a los supuestos concretos específicos y extraordinarios en los casos de encomienda analizados en el apartado anterior.

En estos supuestos tampoco puede perderse el carácter eminentemente público del actuar de las sociedades públicas, pues se trata de *“una sociedad anónima con capital íntegramente público, municipalizada y constituida en régimen de monopolio, para satisfacer la prestación del servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua, y su régimen jurídico aplicable era el que ha sido descrito. Dicho de otro modo, se trataba de la gestión directa de un servicio público mediante sociedad mercantil de capital perteneciente íntegramente a la Corporación Local. En este orden de ideas no es posible soslayar que si la diferenciación desde el punto de vista patrimonial y jurídico es incuestionable, es, por contra, frecuente encontrar declaraciones jurisprudenciales que, a efectos puramente procesales, recuerdan la identidad sustancial entre la Corporación local creadora y la persona jurídico-privada que es su instrumento”*<sup>104</sup>.

La citada sentencia del TSJ de Asturias precisa que *“de cuanto antecede resulta la existencia de una regulación mercantil de las relaciones de la sociedad anónima municipal con terceros, en tanto que en su relación interna, socios-concejales de la Corporación Municipal titular de la Sociedad, así como en materia de contratación en la que prima el servicio público encargado de gestionar, se halla sujeto al orden administrativo, pues aunque se trate de entidades mercantiles, se hallan sujetos a un régimen específico como la*

---

generalidad de la doctrina, que considera que la vaguedad y excesiva amplitud de la frase “prestar algún servicio o hacer alguna cosa”, hace sumamente difícil la diferenciación entre este contrato y el arrendamiento de servicios. Castán lo define como “el contrato por el cual una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella”.

De las distintas clasificaciones que del mandato pueden hacerse, destaca aquella que se basa en la “representación”, distinguiéndose entre el mandato representativo (el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante) y mandato sin representación -o mandato simple- (el mandatario actúa por cuenta del mandante, pero en nombre propio). Al mandato en nombre propio se refiere el art. 1.717 del Código Civil, que regula los efectos del mismo, siendo los del mandato representativo los contrarios. En concreto, el artículo dispone: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúese el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999.

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992 citada por la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 132/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de febrero.

titularidad municipal única del capital social, el fin perseguido, distinto del ánimo de lucro mercantil”.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de noviembre de 1985, en esta línea establece que:

*“... Las Empresas, públicas aun titularizando una personalidad jurídica distinta del Estado, al cumplir y realizar diversas actividades industriales o comerciales, bajo distintos diversos sistemas de gestión por razones de necesidad o conveniencia y en base siempre de los intereses públicos, incluso cuando se constituyen en forma de sociedades anónimas, no pierden nunca su propia esencia de ser instrumentos al servicio de la comunidad, como se demuestra por las finalidades que persiguen desde el punto de vista de la política económica y por los programas de actuación, inversión y financiación.*

*3)... la necesidad pues, de una transparencia en la gestión societaria, la imprescindible eliminación de prácticas viciosas o corruptas son exigencias generales de naturaleza pública que los tribunales no pueden desconocer...”.*

Es en esencia lo que indica Santiago González-Varas Ibáñez<sup>105</sup>, que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo es también clara en este punto, como también lo es a la hora de limitar esta opción: las personificaciones de Derecho privado se admiten como «alternativa organizadora», sin que «ello pueda servir para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico»<sup>106</sup>. Se reconoce, así, «la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica»<sup>107</sup>, si bien esto «no comporta sin más la exoneración de los principios institucionales de la contratación administrativa, como pueden ser los de publicidad y concurrencia»<sup>108</sup>”.

### **3.2.2.3.- Actuación propia de la sociedad en desarrollo de actividades económicas**

En este tercero de los supuestos, es aquel en que la sociedad, de acuerdo con el artículo 86.1.º del LBRL<sup>109</sup>, en el ejercicio de la iniciativa pública para el

<sup>105</sup> “El Levantamiento del Velo y el Derecho Administrativo Privado en el ámbito de la Administración Local”, Reala, páginas 274-275 (Mayo-diciembre 1997).

<sup>106</sup> STS de 22 de septiembre de 1995, Sala 3.ª, Ar. 7495; STS de 4 de junio de 1992, Sala 3.ª, Ar. 4928; STS de 22 de Julio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 5549.

<sup>107</sup> STC 14/86, de 31 de enero, STS de 26 de enero de 1995, Sala 3.ª, Ar. 1502.

<sup>108</sup> STC de 11 de mayo de 1983; STC 52/1985, de 24 de febrero.

<sup>109</sup> El artículo 86.1.º, redactado por el número veintitrés del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, indica: “Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, debiendo contener un análisis del mercado relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”.

desarrollo de actividades económicas, realiza una actividad puramente económica o mercantil en beneficio de los habitantes de la población.

En estos casos, el régimen jurídico de la actuación se encuentra más influido por el derecho Privado y la Jurisprudencia suele aplicar las limitaciones de responsabilidad propias del derecho societario mercantil, salvo los supuestos en que pueda proceder al levantamiento del velo debido a su actuación fraudulenta.

En este sentido es clara la sentencia de 21 de abril de 1988<sup>110</sup> que declara que un ayuntamiento no es responsable de las deudas contraídas por una sociedad mercantil de capital íntegro municipal, pues precisamente, *“una de las finalidades que llevó al legislador a permitir a las Corporaciones locales”* el uso de las sociedades mercantiles municipales fue la de *“reducir la responsabilidad de la corporación (...) al capital que dicha corporación afectó a ese fin bajo la fórmula se sociedad capitalista”*.

### **3.3.- CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO**

#### **3.3.1.- Efectos generales**

La realidad es que aun cuando se trata de un ente instrumental con personalidad distinta y en forma de sociedad de capital, como se ha visto la Jurisprudencia ha venido considerándolo, en muchos supuestos, más una forma de organización especializada en la prestación de los servicios locales que una verdadera sociedad mercantil con el efecto fundamental de la responsabilidad limitada al capital aportado.

Por ello, salvo que la actividad de la sociedad sea propiamente industrial o económica, su carácter de ente instrumental del Ayuntamiento para la gestión directa de un servicio público da lugar a que se produzca la responsabilidad directa o subsidiaria de la administración titular. Responsabilidad que se produce en el supuesto de que en la gestión de la sociedad se ocasiona daño a tercero, aun cuando no exista actuación fraudulenta por parte de la administración titular, ni “abuso de personaciones jurídicas”. En estos supuestos prima el carácter de gestor de servicios públicos más que el de sociedad mercantil y la responsabilidad del ayuntamiento se extiende más allá de la limitación al capital aportado. Situación que se ve agravada cuando hay una verdadera actuación fraudulenta produciéndose entonces el llamado “levantamiento del velo”, como seguidamente se analizará.

Además de este aspecto de la responsabilidad se les aplica a las sociedades públicas locales otros muchos que son ajenos a las sociedades mercantiles. Ya se ha visto en el análisis de la jurisprudencia citada en el apartado anterior que, más allá de la teoría de los actos separables, se le aplica el derecho público en distintas actuaciones, más incluso de las previstas inicialmente por el legislador, y la rescisión de su control jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo.

---

<sup>110</sup> Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, de 21 de abril de 1988 (Sala 2.ª).

Igualmente los tribunales de justicia identifican en muchos supuestos a la sociedad con la administración titular. Dando incluso un paso más, es la identificación entre la administración titular y su sociedad instrumental a los efectos procesales de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo condena a una sociedad mercantil local, con forma de sociedad anónima (*Patronato Local de la Vivienda S.A.*) a cumplir una determinada prestación, cuando que la sociedad no ha sido demandada ni se ha personado en juicio, pero sí el Ayuntamiento propietario de la misma, en su Fundamento de Derecho tercero se dice:

*“La pretensión Jurisdiccional fue dirigida por lo expuesto en el apartado primero contra un acto de desestimación presunta del Alcalde del Ayuntamiento de Cercs en su condición de Presidente del Patronato Local de la Vivienda S.A.; Patronato no personado en este proceso pero cuya representación por identidad de sus órganos con los del Ayuntamiento, sí personado, y en función de que la pretensión tiene por objeto el cumplimiento de una obligación referida a un servicio municipal, no puede rechazarse, como hizo el Tribunal de Instancia por la formalidad concurrente a la personación del Ayuntamiento y no del Patronato; circunstancia meramente formal que no puede impedir que se conceda a la demandante en la medida en que se acrediten los hechos alegados en la demanda; entendiéndose que en este recurso el Patronato Local de la Vivienda se ha visto representado por el Ayuntamiento de Cercs, cuyo Consistorio, no estando acorde a Derecho el rechazo de una pretensión jurisdiccional por un formalismo, del que por otra parte, no es imputable a la demandante que no dirigió su acción contra unos actos municipales sino contra el alcalde del Ayuntamiento como Presidente del Patronato; órgano de gestión de un servicio municipal con personalidad jurídica diferenciada, pero no ajena a la Corporación Municipal en la que se integra, Sentencia de este Tribunal de 4 de junio de 1992”*<sup>111</sup>.

En otros supuestos, ha prevalecido por el contrario la regulación mercantil por su especificidad frente a las previsiones de la normativa administrativa. Ejemplo de ello, es la previsión de disolución que realiza el artículo 103.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local. Este artículo en referencia a las sociedades municipales, indica lo siguiente:

*“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 de servicio”.*

Este texto que planteó muchas dudas por las interpretaciones literales de algunos cuerpos nacionales y por manifestaciones de órganos gubernamentales, en el sentido de preconizar la disolución de las mismas de forma automática. Pero no obstante ello, la realidad es que la Jurisprudencia del Tribunal supremo indica lo contrario, la prevalencia de la normativa mercantil, posterior y especializada, y el principio de subsistencia de la sociedad, ante la solicitud por el demandante de la disolución de una empresa pública, considerando nulo el acuerdo de ampliación del capital de una

---

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª.

sociedad para paliar las pérdidas. La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª, de 9 de marzo de 2007 (n.º 272/2007), en su Fundamento de Derecho Tercero indica que:

*«Las sentencias de instancia remarcaban ya la necesidad de una interpretación que conectara la prescripción de disolución establecida en el número 2 y la revisión a las “normas mercantiles” del mismo precepto del artículo 103. La representación de la entidad recurrida, que fue demandada en origen, ha argumentado, en favor de la tesis de la validez y eficacia del acuerdo, a partir de destacar el carácter de las pérdidas, ocasionadas en el caso por la decisión de aplicar un determinado criterio de contabilización respecto del “canon de mejora pendiente de aplicación”, que se estimó más adecuado desde el punto de vista contable, poniendo de relieve la esterilidad a la invocación del principio ley especial deroga ley general, puesto que no se trata de un conflicto entre ley especial y ley general, que es el contemplado en el artículo 4.3 del Código Civil EDL1889/1, pues las leyes en cuestión son ambas especiales, y regirá por tanto el principio de prevalencia de ley posterior; ley posterior deroga ley anterior.*

*La remisión de la Ley Administrativa a la Mercantil es expresa en el artículo 175.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1950, de la que trae causa el mismo artículo del Texto Refundido de 1955 (Decreto de 24 de junio de 1955) y el artículo 103.1 del Texto Refundido de 1986 (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril EDL1986/10119). Tal precepto, en cuanto establece que la sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles da sentido a la personalización de sociedades creadas por entes públicos como una “huida del derecho administrativo”.*

*La parte recurrida destaca que el recurso intenta una “hermenéutica del silencio”, que es incorrecta para la interpretación de la norma.*

*Los cánones hermenéuticos aplicables conducen, en efecto, a confirmar el criterio de las sentencias de instancia, de acuerdo con lo postulado por la parte entonces demandada y apelada, y ahora recurrida:*

- *La tesis favorable a la aplicación de las soluciones diversas a la disolución que se prevén en el artículo 260.1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades del tipo de la recurrida tiene un fuerte apoyo en la interpretación “histórica legislativa”, pues el artículo 103.2 TR LRL procede de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, anterior a la Ley de Sociedades Anónimas 5 de 1951, cuando estaba vigente el Código de Comercio de 1885 en esta materia, cuyo artículo 221.2 prescribía como causa de disolución “la pérdida entera del capital social”. En este contexto el artículo 175.2 de la Ley de Régimen Local de 1950, que se anticipa al artículo 150.3 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, consideró suficiente una pérdida parcial para la disolución de la sociedad.*



*Cuando la Ley de Sociedades Anónimas introduce la posibilidad de evitar la causa de disolución mediante la reintegración o reducción del capital, el artículo 175.2 de la Ley de Régimen Local de 1950, del que trae causa el artículo 103.2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con ese contexto en el que el artículo 260.1.4.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, a partir de 1989, sustituyó al Texto antes señalado de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.*

- *Esta interpretación es más coherente con el principio de conservación de la empresa y ante el silencio de la disposición administrativa no tiene la virtualidad de excluir esta regla, ni se presenta como incompatible con su aplicación.*
- *El fundamento de las normas que establecen que la pérdida del capital social genera la causa de disolución, se encuentra en la protección de los acreedores, más que en la necesidad de control de los fondos públicos, a cuyo efecto se dispone de los mecanismos y resortes del Derecho Administrativo, y más cuando la disolución puede provocar costos, económicos y sociales, más graves que los que derivarían de la reintegración del capital.*

*Estas normas conducen a la desestimación del motivo».*

### **3.3.2.- El levantamiento del velo**

Con carácter general y así se ha destacado el artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece el principio general de que en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada los socios no responden personalmente de las deudas sociales. En concreto:

- El Párrafo 2.º indica que “En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
- El tercero que: “En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.”

No obstante lo anterior, con el objetivo de combatir los eventuales abusos de la personalidad jurídica, los tribunales españoles han modulado la absoluta separación patrimonial entre sociedad y socio establecida en la LSC mediante la incorporación jurisprudencial de la doctrina del levantamiento del velo. Según esta doctrina, si se ha utilizado la personalidad jurídica de una sociedad como un fin o instrumento defraudatorio los tribunales pueden imputar los actos realizados por la sociedad a sus socios, tanto en el curso de una reclamación extraconcursal como en sede concursal.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 284/2011, de 28 de junio: “Ahora bien, de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursal,

Supone por lo tanto “un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso” (STS de 28 de enero de 2005. RJ 2005\1829).

Ahora bien, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el ordenamiento jurídico español es absolutamente excepcional, restrictiva y residual. Si no fuera así, se estaría comprometiendo el principio de seguridad jurídica y afectando gravemente al propio tráfico mercantil. Así lo ha establecido en reiteradas ocasiones el propio Tribunal Supremo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008: “(...) como esta Sala ha declarado, siempre habrá de tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo es de aplicación excepcional (SS. 11 de octubre 2002 [RJ 2002, 9849], 11 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6067], 29 junio 2006 [RJ 2006, 3976] y 19 abril 2007 [RJ 2007, 2422], entre otras), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido”.

Y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010: “a personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como centro de imputación o sujeto de derechos y obligaciones”.

El levantamiento del velo es una solución excepcional para el abuso de la personalidad jurídica y sólo se aplica, de forma restrictiva, cuando se acredita la concurrencia de una serie de requisitos que se han definido claramente por la Jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2007: “Entre las más recientes, la Sentencia de 29 de junio de 2006” [...] “resume la doctrina jurisprudencial poniendo de relieve los siguientes extremos: (a) la doctrina del levantamiento del velo, trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño o burlar los derechos de los demás” [...] “(b) se trata en todo caso de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento” [...] “(c) se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales” [...] “y entre ellas el pago de deudas”.

En base a ello, se pueden considerar como requisitos esenciales para el levantamiento del velo de acuerdo con la Jurisprudencia los siguientes:

- Que se produzca una situación de abuso de la personalidad jurídica de la sociedad.

---

cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos”.

- Que dicha situación de abusos se produzca con ánimo defraudatorio, es decir con la clara e indubitada intención de realizar una conducta antijurídica valiéndose de la persona jurídica creada.
- Que como consecuencia de la conducta defraudatoria se cause daño a un tercero o a los accionistas o partícipes la sociedad.

Pero hay que tener en cuenta que la mera existencia de deudas o situación de insolvencia no es causa de dicho levantamiento. En este sentido la como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona. de 11 de octubre de 2012: *“la mera existencia de deudas a cargo de una persona jurídica no justifica per se la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para lograr la responsabilidad de los socios, ya que la limitación de responsabilidad de éstos es uno de los principios fundamentales de las sociedades de capital, que no cabe desconocer, sin más, por el hecho de que exista uno o varios socios dominantes (nuestra legislación admite, como se ha dicho, las sociedades unipersonales) o por la insolvencia o bien la infracapitalización de la sociedad. Este último fenómeno tampoco puede acarrear la responsabilidad de los socios por las deudas sociales ni implica per se un uso abusivo y fraudulento de la forma social por no haber dotado los socios con más capital a la sociedad. En la tesitura de pérdidas cualificadas lo que impone la Ley es la disolución de la sociedad, no existiendo obligación a cargo de los socios de capitalizar o de dotar de más recursos propios a la sociedad”*.

En relación a las sociedades urbanísticas locales, la función instrumental que desarrollan estas sociedades —en general, el desarrollo de políticas de vivienda social— no constituye la instrumentalización patológica sancionada por los Tribunales para el levantamiento del velo de la sociedad. Todo lo contrario, la instrumentalización de estas sociedades nace de la Ley, del propio concepto de medio propio de la Ley de Contratos del Sector Público y, por tanto, no debería repercutir per se en el régimen de responsabilidad mercantil o concursal de la sociedad.

En este sentido, como señala Gonzalo Jiménez Blanco<sup>113</sup> *“Entrando ya en el tema del posible levantamiento del velo en el caso de sociedades mercantiles públicas, entendemos que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para su aplicación serán difícilmente aplicables en el caso de sociedades instrumentales mercantiles”*.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que parte de la doctrina administrativista (entre otros, CALATAYUD PRATS y ORTIZ VAAMONDE) sostiene que por el mero hecho de encontrarnos ante sociedades que dependen de la Administración Pública y que actúan al margen de las reglas del mercado, se puede levantar el velo y exigir responsabilidades a la Administración Pública.

Asimismo, no puede descartarse que debido a las fuertes interdependencias existentes entre las sociedades y los entes públicos, se pueda intentar derivar

---

<sup>113</sup> JIMÉNEZ-BLANCO (2012), página 592.

responsabilidades contra éstos últimos, alegando que existe una confusión patrimonial que deje sin efectos la limitación propia de las sociedades de capital.

De acuerdo con esta doctrina de la «garantía implícita», existe una elevada posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas en dificultades financieras puedan ser rescatadas por la Administración pública que las creó y que es titular de su capital social, aunque no exista obligación legal en tal sentido.

La doctrina de la «garantía implícita» ha sido adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 16 de octubre de 2003 (asunto SIEPSA), en la que se indica que: *“[...] parece poco probable que ésta [SIEPSA] haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA”*.

La aplicación de la doctrina de la «garantía implícita» puede ser un argumento para intentar extender la responsabilidad hacia la Administración pública accionista.

## **CAPÍTULO VII.- ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

### **1.- DIVERSA NORMATIVA DE APLICACIÓN**

Las “Sociedades Urbanísticas” son esencialmente una tipología de sociedades mercantiles dependientes de las administraciones públicas, formando parte del denominado “Sector Público”. Anteriormente se han indicado los tres elementos que la definen, su carácter público, por su dependencia de una administración, su forma mercantil y su finalidad urbanística.

Consecuentemente la normativa que le es de aplicación es amplia y compleja, pues en función de cada uno de estos aspectos indicados deberá cumplirse en su actuación un conjunto de normas específicas, bien de naturaleza administrativa, por ser entes instrumentales de las administraciones locales, bien mercantil en cuanto a su forma, y la urbanística en función del conjunto de las actuaciones que puede realizar u objeto social. Además de ello, como entes instrumentales ampliamente sometidos a la normativa privada en su actuación, le será de aplicación otra legislación en el desenvolvimiento de su actividad ordinaria, como la normativa civil o mercantil, contractual, inmobiliaria, arrendaticia, etc.

Como punto de partida, hay que indicar que como sociedades públicas locales les es de aplicación la normativa administrativa general y de régimen local, tanto la estatal como la de las distintas CC.AA., en función de sus competencias asumidas. Es importante destacar que la sociedad urbanística es la forma de sociedad pública que el legislador, tanto estatal como autonómico, ha regulado con bastante especificidad, por su importancia en el desarrollo urbanístico y de la política de vivienda y suelo. Ello ha determinado un estatuto jurídico específico y mucho más completo que en el resto de las sociedades mercantiles públicas ordinarias.

La Ley de Bases de Régimen Local, en su artículo 85 ter, determina el régimen jurídico general de aplicación, estableciendo la dualidad pública y privada de la normativa de aplicación. Así indica que las *“sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...”*.

Es decir, la normativa que se les aplica con carácter general es la normativa privada (“el ordenamiento jurídico privado”) si bien, en determinados aspectos concretos, se les aplica distinta normativa pública.

Ello nos da una primera clave esencial, debido a su especial finalidad, la normativa general de aplicación, tanto directa como de carácter supletorio, será la normativa privada. A esta normativa habrá que acudir para suplir las lagunas legislativas que pudieran surgir en su actuar, salvo cuando en una materia

específica le sea de aplicación la normativa pública por especial imposición legal. Este criterio es importante, pues se suele incurrir en el error de buscar suplir las lagunas o carencia de legislación en base a criterios de derecho público, cuando el criterio del precepto y de la legislación es perfectamente claro. Sucede así que se produce una serie de interpretaciones que sin ninguna base legal publican el estatuto y los criterios de actuación de las sociedades urbanísticas, en contra de la propia legislación y produciendo que la excepción (la aplicación del derecho público) se convierta en regla general, lo que desnaturaliza su propia esencia y dificulta su actuación.

Estos criterios intervencionistas tras la crisis y el movimiento que pudiéramos denominar “regeneracionista” de la administración, han potenciado la aplicación en exceso de la normativa pública, considerando que así se evita en cierta medida la corrupción, medida que como ya se ha puesto de manifiesto, además de ser poco acertada, limita en cierta manera las indudables ventajas del actuar sometido al derecho privado que tienen este tipo de sociedades. Criterio esencialmente preventivo, evitando la actuación privada evitamos el riesgo de corrupción (quien evita la ocasión evita el riesgo). Éste ha sido descartado reiteradamente por la propia Jurisprudencia, entre otras en las sentencias anteriormente citadas de 17 de junio de 1998 y de 2 de octubre de 2000<sup>114</sup>.

En el presente apartado del estudio analizaremos la normativa de aplicación a su régimen jurídico esencial o constitutivo, fundamentalmente legislación administrativa y de urbanismo, pues en función de los distintos aspectos de su actuación se analizará la restante normativa, especialmente la civil, mercantil y laboral, en cada uno de los capítulos que componen el presente estudio.

## **2.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ESTATAL DE DERECHO PÚBLICO**

### **2.1.- INTRODUCCIÓN**

La normativa esencial por tanto, de acuerdo con la LBRL es la normativa privada, pero la amplitud de las excepciones (“*salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa...*”) hace que la legislación administrativa se le aplique ampliamente.

La normativa de régimen local, en primer lugar, tanto la relativa a la prestación de los servicios públicos –en la que nos centraremos fundamentalmente por ser la que regula y configura de forma más sistemática las sociedades urbanísticas municipales, y ha servido de base para la configuración de la teoría general de la sociedad pública por la doctrina y Jurisprudencia- como la relativa a las Haciendas locales o patrimonio de dichas corporaciones.

---

<sup>114</sup> Son las ya indicadas sentencias relativas a las modificaciones de los estatutos de las sociedades urbanísticas, AUMSA e IVVSA, del Ayuntamiento de Valencia y de la Generalitat Valenciana.

También le serán de aplicación distintas normativas que regulen sus relaciones con las entidades matrices, como el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la ley 30/1992, en relación a las encomiendas de gestión, al igual que las que regulen sus relaciones con terceros, que si bien se encuentran sometidas al derecho privado, en determinados aspectos deben de establecerse distintas formas y procedimientos, así les es de aplicación en gran medida la citada Ley de Contratos del Sector Público.

La Normativa Urbanística, como se ha indicado, es la otra normativa de aplicación esencial, pues es la que regula su objeto, ya que se trata de sociedades cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos y la prestación de servicios relativos a dichas actividades. La normativa urbanística estatal es de carácter especial en su regulación y está aún vigente con el carácter de supletoria; como se ha indicado, diversa normativa a pesar de ser en la actualidad competencia de las CC.AA., de acuerdo con lo indicado en el artículo 148 de la Constitución, extiende la competencia de aquéllas a la “Ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda”.

Por último, les es de aplicación una amplia normativa estatal de derecho público, relativa a distintos aspectos de su actuación que, sin ánimo exhaustivo, puede sintetizarse así, en función de la materia a la que afecta:

- Régimen de contratación: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Régimen patrimonial: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Régimen económico financiero: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

## **2.2.- NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL**

Las sociedades promotoras de vivienda y suelo, como se ha indicado, han sido ampliamente reguladas por la normativa estatal de régimen local. Normativa que, de acuerdo con lo establecido, tiene el carácter de básica, como se analizará en profundidad en el Capítulo VII al ver las competencias municipales tras la LRSAL.

La normativa estatal más fundamental de aplicación a las sociedades públicas municipales es la siguiente:

1. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
2. Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

3. Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Junto a esta normativa que regula la esencia de las referidas sociedades, existe otra más específica, reguladora de distintos aspectos:

- a) Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales junto al Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
- b) Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.
- c) Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Analizaremos los aspectos más destacados de los primeros, pues estos últimos se analizarán en detalle en el capítulo correspondiente del estudio.

#### **a) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local**

La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) en su redacción originaria, no establecía gran cosa sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales, más allá de su consideración como forma de prestar directa o indirectamente los servicios o desarrollar actividades económicas.

Fue la reforma llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, la que introdujo el artículo 85 ter que ya establecía una regulación no muy extensa pero que clarifica mucho el régimen, sobre todo en relación a las limitaciones a la autonomía de autoorganización que establece el Reglamento de Servicios, norma preconstitucional y que había planteado graves problemas por sus limitaciones, especialmente en relación a la composición de los Consejos de Administración.

El artículo 85 ter establece distintas condiciones específicas de actuación, dándoles rango de Ley, lo que clarifica la regulación de dichas sociedades, pues las demás normas de régimen local tiene un rango jerárquico inferior, por lo que se deberán adaptar, quedando modificados aquellos aspectos de las mismas que se opongan a la actual regulación.

En concreto, el referido artículo, tras distintas reformas, dispone en la actualidad lo siguiente:

1. *“Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.*
2. *La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real*



*Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.*

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

Como se observa, esta nueva regulación establece algunas novedades y precisiones con respecto a la anterior regulación, que ahora se apuntan, aun cuando serán posteriormente desarrolladas en profundidad:

- a) Precisa de forma clara que las sociedades se registrarán por el derecho privado, con carácter general, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa pública relativa a control presupuestario o financiero, de contabilidad pública o de control de eficacia y contratación.
- b) Determina que deberá necesariamente que adoptar forma de sociedad mercantil en la que la responsabilidad de la corporación se limite al capital aportado, es decir, Sociedad Anónima o Sociedad de responsabilidad limitada, de acuerdo con el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- c) Serán los estatutos los que determinen la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de las mismas, lo que otorga a sus constituyentes una mayor libertad y elimina las limitaciones que establecía el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales.
- d) Por último, se descuelga de la ley, cuando así se preveía en la legislación anterior y en el proyecto de ley, la necesidad de que el capital esté íntegramente desembolsado, estableciendo exclusivamente la necesidad de su aportación íntegra.

Con independencia de esta regulación general del artículo 85, hay que destacar que la LRSAL, como se ha visto ya en el Capítulo IV y se analizará además en otros capítulos de este estudio, ha modificado profundamente la LBRL afectando al régimen de constitución de nuevas sociedades, al número y retribución de su personal, a su posible actividad al restringir las competencias de los ayuntamientos, e incluso a la persistencia de las sociedades al modificar la Disposición Adicional Novena, que lejos de hacer honor a su denominación, “Redimensionamiento del Sector Público Local”, pretende la desaparición pura y dura del Sector Público Local, como ya se ha analizado con detalle.

#### **b) El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local**

El Real Decreto Legislativo establece, en primer lugar, el procedimiento formal de constitución de las sociedades en su artículo 97 y, en cuanto a su régimen jurídico, continúa la línea de la ley de bases en cuanto a su forma de constitución, al establecer en su artículo 103.1 que: “En los casos en que el

*servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad Mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles...”.*

También en su artículo 104 determina que: *“Para la gestión indirecta de los servicios, podrán las entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil (...) cuyo capital social, sólo parcialmente, pertenezca a la Entidad”.*

Añadiendo en el artículo 105 que: *“...la responsabilidad de la Entidad se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución...”,* es decir, a lo aportado.

De ellos se pueden extraer dos consecuencias; en primer lugar, una en relación a su forma, pues ha de ser una sociedad mercantil en la que se limite la responsabilidad de los socios a lo aportado, en la misma línea que la Ley de Bases. Otra, en segundo lugar, en relación a su funcionamiento y actuación, que debe realizarse de acuerdo con la normativa mercantil, como anteriormente se ha precisado.

Por último, hay que precisar uno de los aspectos más polémicos de su regulación. Este es la imposición que, en relación a la disolución de la sociedad, establece en el párrafo 2 del artículo 103 al indicar que: *“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”.* Criterio que va en contra de la normativa mercantil y, como veremos, de la reciente jurisprudencia, que considera la prevalencia de la normativa mercantil, posterior y especializada, y el principio de subsistencia de la sociedad, ante la solicitud de la disolución de una empresa pública en base al citado artículo (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

c) **Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales**

El Reglamento, pese a su antigüedad (1955), está actualmente en vigor, salvo lo que se oponga a la normativa de mayor rango, especialmente a la actual regulación de las sociedades públicas por la LBRL.

La regulación sobre las sociedades públicas municipales es bastante completa y ha servido de guía durante muchos años para el establecimiento del procedimiento de constitución y el régimen jurídico de actuación de las sociedades públicas municipales. No obstante ello, como se ha visto, ha sido el origen de distintos problemas y discusiones doctrinales, especialmente por las limitaciones que establecía en los procesos de constitución y de formación de los órganos de gobierno. Limitaciones que, aun cuando pudieran tener origen en unos acertados criterios técnico/jurídicos, se oponían, a decir de la Doctrina, a los criterios de libertad de autoorganización de las corporaciones locales establecidos por la Constitución.

Con carácter general, establece en su artículo 89 que *“la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento”*. En términos similares se refiere a las sociedades mixtas. Como se observa, establece criterios de actuación, de acuerdo con la normativa relativa a las sociedades mercantiles, pero con las especialidades que determina que afectan exclusivamente a la constitución y funcionamiento de los órganos rectores, que posteriormente analizaremos.

Además de ello, establece pormenorizadamente el procedimiento de constitución de la sociedad, indicando no solo las distintas fases procedimentales sino el contenido de los distintos elementos formales y materiales que comprende cada una de ellas. Así, es de destacar el contenido de la memoria de constitución de la sociedad, sus aspectos técnico, económico y jurídico.

Tras las distintas modificaciones de la LBRL, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, y por la LRSAL, hay distintos aspectos del RSCL que se han visto modificados y que consecuentemente no se aplican; en concreto, se destacan los siguientes:

- En primer lugar, en relación a los órganos de gobierno, se reconoce una mayor libertad en relación a la constitución y designación de los mismos, por lo que no se impone la obligatoriedad de que el Pleno sea la Junta general, desaparecen las limitaciones a la composición de consejeros políticos en los Consejos de Administración, o la obligatoriedad del cargo de Gerente, pues serán los estatutos los que los establezcan.
- En segundo lugar, la no exigencia de que sea la Corporación propietaria exclusiva del capital de la Empresa, pudiendo ser empresas instrumentales aquellas en las que intervenga capital público proveniente de otras administraciones públicas.
- Por último, la supresión de que el capital de estas sociedades deba ser desembolsado en su totalidad desde el momento de su constitución.

### **2.3.- NORMATIVA URBANÍSTICA**

Las sociedades urbanísticas, como ya se ha indicado anteriormente, son definidas por el artículo 1 del Real Decreto 1169/1978, como sociedades *“para la ejecución del planeamiento urbanístico”*<sup>115</sup>. Al ser sociedades que se dedican a la gestión urbanística y ser la regulación del urbanismo competencia de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) de acuerdo con el reparto competencial de nuestra Constitución, y así ha sido indicado por el Tribunal Constitucional en la

---

<sup>115</sup> El Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales” (RSU), en su artículo 1 dispone que “El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas”.

sentencia 61/1997, relativa a la inconstitucionalidad del Real Decreto legislativo 1/1992, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley del Suelo, la regulación de dichas sociedades es competencia de las CC.AA.

Partiendo de esta premisa, se debería analizar en primer lugar la normativa de la CC.AA., pero ocurre que éstas, como veremos, han regulado las sociedades de forma incompleta, con ciertas excepciones, por lo que se analizará la normativa urbanística del estado que se encuentra en vigor y que es de aplicación por el principio de supletoriedad, como ha reiterado el Tribunal Supremo<sup>116</sup>. Analizaremos esta normativa estatal, dejando el estudio de la de las Comunidades Autónomas para el final del este capítulo.

La normativa urbanística estatal es variada, siendo fundamentalmente la siguiente:

### **2.3.1.- Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (TRLRS)**

En primer lugar, el Real Decreto 1346/1976, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (TRLRS), establece, con carácter general, en su artículo 115 que: *“el Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación”*.

El presente texto legal se encuentra en vigor por el hecho de la derogación de gran parte del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobaba el “Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana” y especialmente la Disposición Derogatoria que lo derogaba expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997. No obstante ello, en relación al Texto Refundido de 1992, merece destacarse lo que establecía en su artículo 147, bajo el título “Sociedades mercantiles para la ejecución”, que: *“las Entidades Locales y demás Administraciones Públicas podrán constituir Sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegra o parcialmente a las mismas, con arreglo a la legislación aplicable, para la ejecución de planes de ordenación”*. Realizando además una regulación bastante adecuada sobre este tipo de sociedades y sus relaciones con la administración matriz, fundamentalmente en lo relativo a la cesión directa y gratuita de bienes del patrimonio municipal del suelo, despejando ciertas dudas existentes, por lo que su derogación supuso un retroceso.

### **2.3.2.- Reglamento de Gestión Urbanística de 1978**

El Real Decreto 3288/1978), por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística (RGU), indica la posibilidad de creación de sociedades urbanísticas por las distintas administraciones, ya en su Exposición de Motivos, al

---

<sup>116</sup> Distintas sentencias del Tribunal Supremo han aplicado la normativa urbanística estatal en su carácter de derecho supletorio para analizar el régimen jurídico de las Sociedades Urbanísticas, en concreto las de 30 de septiembre de 1991, 17 de junio de 1990 y 2 de octubre de 2000.

establecer que estas sociedades se podrán crear para todos los fines previstos en el ámbito urbanístico.

En relación a las Corporaciones Locales, indica en el artículo 7.1.º que: *“Los Ayuntamientos podrán asumir la gestión urbanística a través de sus órganos de gobierno ordinarios o constituir gerencias con este objeto. Para el desarrollo de actuaciones establecidas en el planeamiento, podrán igualmente crear órganos especiales de gestión, fundaciones públicas de servicios, sociedades, o utilizar las demás modalidades gestoras previstas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales”*.

Además de ello, en el artículo 21 dispone que: *“Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la Sociedad ya creada, se registrará por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable”*.

### **2.3.3.- Decreto 1169/1978 sobre constitución de Sociedades Urbanísticas**

#### **a) Introducción**

El Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales” es la norma estatal más específica y completa, por lo que debido a su extraordinaria importancia se estudiará de forma amplia y completa en el siguiente apartado.

El presente Decreto tiene por objeto fundamental potenciar la gestión urbanística a través de las referidas sociedades urbanísticas. Es clara la Exposición de Motivos que determina que un objetivo esencial es desarrollar el artículo 115 del TRLS, indicando que: *“... Tal es la finalidad del presente Real Decreto, que tiende **además** a facilitar la constitución de estas Sociedades (sociedades urbanísticas...)”*.

En concreto el artículo 1.1.º, establece en la misma línea ya indicada, que:

*“El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas”*.

El Decreto, frente a algunas opiniones doctrinales iniciales, se encuentra en vigor y ha sido aplicado por reciente jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, en concreto las sentencias de la Sala tercera de fechas 17 de junio de 1999 y de 2 de octubre de 2000, como del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que en su sentencia de fecha 16 de julio de 2004, determina expresamente la vigencia del Decreto.

Completado por la Jurisprudencia, esta norma ha sido una utilísima herramienta para poder establecer el régimen jurídico de las sociedades urbanísticas, para las personas que hemos trabajado con este tipo de sociedades en las últimas décadas. Esto es así pues en el mismo se pueden encontrar muchas de las respuestas a las distintas cuestiones que han ido surgiendo en la actuación diaria y algunos de los aspectos que nos pueden dar luz para los temas que se han ido planteando en relación a su ámbito de actuación, límites en los encargos y encomiendas, etcétera.

Igualmente, como seguidamente se analizará en el Decreto 1068/78, se establece un completo estatuto de estas sociedades, sus finalidades, su objeto con un carácter amplio y extensivo, las formas de aportación del capital, en dinero o bienes patrimoniales o del PMS, las formas mixtas, etcétera.

No obstante lo dicho, hay que indicar que es una norma preconstitucional, y es necesario, como lo han hecho los tribunales que lo han aplicado, que se adapte a la nueva situación; sirva de ejemplo el que en el mismo no se contempla a las actuales Comunidades Autónomas y el Tribunal Supremo ha aplicado sus normas a empresas urbanísticas de estas administraciones, como al Instituto Valenciano de Vivienda, S.A.

Se trata por tanto de un texto de la denominada legislación urbanística supletoria “fósil”, es decir, la antigua normativa estatal dictada cuando las competencias del urbanismo en sentido amplio eran del Estado, por lo que no pueden ser derogadas en la actualidad por la normativa de las CC.AA., que aun pudiendo legislar en sentido contrario, derogando de hecho algunos de sus preceptos, no la pueden derogar en bloque, por lo que seguirán formando parte del Ordenamiento Jurídico a los efectos de su aplicación supletoria por los Tribunales de Justicia para lagunas de ley en el supuesto de que dichas administraciones territoriales no regulen las materias contempladas o lo hagan de forma incompleta. A pesar de ello, en una postura errónea a nuestro entender, se puede destacar que dos Comunidades han declarado la inaplicabilidad del Decreto 1169/78 en sus territorios, en concreto: la Comunidad de Castilla y León en el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo, y Cataluña, en el Decreto 305/2006, de 18 de julio, Reglamento urbanismo de Cataluña.

La finalidad esencial, confesada en su preámbulo, es facilitar la constitución de estas Sociedades, *“tradicionales formas organizativas que, en el ámbito urbanístico, han tendido a agilizar la gestión de la política de suelo y a incorporar a la misma las técnicas propias de la iniciativa privada”*, concretando su objetivo *“sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico”*. Además de esta finalidad esencial, se contemplan otras como fomentar la colaboración de la Administración Central, la Institucional y la Local, entre sí y con las Cajas de Ahorro, y facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las Corporaciones Locales y el Patrimonio Municipal de Suelo, a través de las Sociedades o Empresas de economía mixta.

Centrado ello, se analizan aquellos aspectos más destacables del mismo, sin perjuicio de que en otros capítulos del presente estudio se desarrollarán ampliamente.

### **b) Capacidad de actuación de la sociedad**

Con carácter previo, hay que indicar que de acuerdo con el artículo 3 en su apartado 4.º, la sociedad tiene un doble campo de actuación “como Entidad puramente privada” por un lado o “como concesionaria de la actuación o actuaciones de que se trate”; entendemos que el término “concesionaria” no debe entenderse como que sea la que gestione servicios de forma directa por cuenta de su administración o las actuaciones puntuales encomendadas, no en el sentido actual de la concesión como forma de gestión indirecta del servicio. Avala esta interpretación el hecho de que la sociedad con la normativa moderna, tanto de régimen local como de contratación, es una forma de gestión directa del servicio, frente a la concesión, forma indirecta.

La capacidad de actuación concreta es muy amplia como lógica correlación a la amplia gama de facetas del urbanismo. En este sentido, el artículo 3 permite que tengan por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes, en función de los distintos momentos del desarrollo urbanístico:

- a) En la fase previa o de planeamiento pueden realizar estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación, no pudiendo ir más allá por cuanto, como se verá, no pueden realizar actos de autoridad y la tramitación de los planes lo es, por lo que se encuentra reservada a las administraciones competentes.
- b) En la fase de gestión, pueden realizar la actividad urbanizadora, que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de realización de obras de infraestructura urbana y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
- c) Concluida la urbanización, podrán gestionar y explotar las obras, es decir, los equipamientos y sistemas generales o locales, igualmente los servicios resultantes o vinculados a la urbanización conforme a las normas aplicables en cada caso. En este último supuesto, el Decreto añade un inciso, erróneo a mi entender, pues vincula la gestión de estas obras y servicios “en caso de obtener la concesión correspondiente”.

Este último inciso vuelve a incidir en el error ya apuntado de confundir la gestión directa de la sociedad con la indirecta de un concesionario, ya que en el caso de realizarlo por una sociedad propia instrumental, debería acudir al encargo de gestión del servicio o encomienda de gestión, según los casos tal y como se analizará en el apartado correspondiente.

Completando este amplísimo campo de actuación, se indica que para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho

común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.

- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La capacidad de actuación se encuentra limitada por el Decreto en dos aspectos concretos, establecidos en el apartado 5.º de este tercer artículo al indicar: *“La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente”*.

Estas previsiones son claras y acertadas porque configuran la esencia de la relación entre la sociedad y su administración matriz y sus relaciones con terceros. En primer lugar, se deja claro que la sociedad no es un mero contratista de la administración sino que es en esencia un gestor de servicios y por lo tanto, en principio, las obras que forman parte del servicio no las puede ejecutar ella; no es una forma de ejecución de obras por administración, sino una gestión de servicios. Esto es esencial para posteriormente entender los planteamientos erróneos de algún sector doctrinal en el sentido de pretender aplicar las limitaciones del artículo 24.1.º a 5.º del TRLCSP a la gestión por la sociedad mediante encargo o encomienda. En segundo lugar, igualmente se deja ya claro que las relaciones de la sociedad con terceros se encuentran sometidas a la normativa de contratación pública, debiendo de aplicar los principios de publicidad y concurrencia con el alcance que se determinará en el apartado correspondiente, Capítulo IX del presente estudio.

### **c) Constitución de la sociedad**

La constitución de las sociedades mercantiles municipales, como se ha visto, se realiza a través de un complejo procedimiento que se divide en dos fases: una interna o administrativa, denominada habitualmente expediente de municipalización, y otra externa de otorgamiento de escritura pública de constitución e inscripción en el Registro Mercantil. La especialidad de las sociedades urbanísticas que establece el artículo 2 del Decreto es no será necesario el expediente de municipalización o provincialización, si bien, como se ha visto el tema es controvertido y plantea dudas tras la LRSAL.

### **d) Tipologías de las sociedades**

El decreto indica que la sociedad urbanística “revestirá siempre la forma de Sociedad anónima”. Esta limitación que, como se ha estudiado en el Capítulo V, tenía sentido en el año 1978, no lo tiene ahora; tras las sucesivas reformas de la legislación de régimen local y en la actualidad el artículo 85 ter de la



LBRL permite que de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, puedan constituirse tanto con la forma de sociedades anónimas como de responsabilidad limitada. No obstante ello, alguna legislación autonómica establece la obligación de que se trate de una Sociedad Anónima, como la legislación Asturiana, en concreto el artículo 13,2.º del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

La tipología admitida en relación con la titularidad del capital, es de sociedades instrumentales o de economía mixta, dando entrada al capital privado.

#### **e) Capital**

En cuanto a la naturaleza de las aportaciones, se indica en el artículo 6 que éstas podrán hacerse en dinero o en cualquier clase de bienes y derechos valorables en dinero y que las Corporaciones Locales podrán hacer sus aportaciones con cargo al presupuesto especial de urbanismo, tanto para obras de urbanización como para formación de patrimonio del suelo.

Igualmente, constituida ya la sociedad, se podrán aportar o transmitir posteriormente, a título oneroso, los terrenos de que sean propietarios y resulten afectados por una actuación urbanística; esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie.

A diferencia de lo establecido por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que impone aportación total del capital suscrito, en estas sociedades podrá convenirse el desembolso parcial de las acciones, con un límite mínimo de la cuarta parte del capital suscrito.

#### **f) Duración**

La Sociedad urbanística podrá constituirse por el tiempo necesario para cumplir su objetivo, por plazo cierto o con duración indefinida, si bien, cuando participen Entes locales, el plazo máximo será el que establezca la legislación local. No obstante ello, en el caso de haberse establecido un plazo cierto, éste podrá ser prorrogado con los requisitos establecidos en los Estatutos o en la legislación mercantil, previos los acuerdos o autorizaciones necesarios para su constitución.

### **3.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LAS CC.AA.**

#### **3.1.- INTRODUCCIÓN**

La regulación que las Comunidades Autónomas han realizado de las Sociedades Públicas, en general, y Urbanísticas, en particular, no ha sido excesivamente amplia.

En relación con las sociedades públicas en general, se ha realizado no solo en la normativa de régimen local, sino también en la normativa autonómica general, como en las leyes de Gobierno, Patrimonio o Hacienda Pública, ampliando de forma considerable el inicial y exhaustivo estudio que ya realizamos en el boletín 87 de AVS<sup>117</sup> en el año 2006.

Junto a esta normativa Administrativa General existe otra de carácter sectorial, esencialmente la normativa urbanística, pero también en materia de promoción de vivienda que, como se ha visto en el Capítulo V de este estudio, establece el estatuto jurídico y capacidad de actuación de las sociedades urbanísticas.

En relación con la normativa específicamente urbanística, las CC.AA. han regulado a la sociedad urbanística de forma incompleta en general, pues si bien la mayor parte de ellas han reconocido específicamente la existencia de las mismas, pocas han regulado con cierta precisión su estatuto jurídico (competencias, objeto social, formas, etc.), por lo que se debe acudir en muchos casos a la normativa estatal aún vigente para determinar su régimen jurídico, fundamentalmente el ya citado Decreto 1169/78, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales”, decreto declarado vigente y supletorio como se ha analizado anteriormente.

No obstante ello, se puede destacar que dos comunidades han declarado la inaplicabilidad del Decreto 1169/78, en concreto: la Comunidad de Castilla y León, en el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, y Cataluña, en el Decreto 305/2006, de 18 de julio, Reglamento urbanismo de Cataluña. No obstante ello, no parece muy acertada jurídicamente dicha exclusión, pues esta normativa del estado tiene carácter supletorio en ausencia de normativa de las CC.AA. y para el caso de que ésta sea incompleta, y se aplicará por los tribunales de justicia para completar las lagunas de las normas autonómicas. Es decir, que las CC.AA. podrán legislar en un sentido que no sea coincidente con lo prevenido en el Decreto 1169/78, pero no derogarlo, no siendo dicha derogación vinculante a los tribunales de justicia.

En relación a la normativa de vivienda, existe una distinción esencial en dicha normativa entre la sustantiva y la de financiación. La normativa sustantiva es la que se refiere a la definición y determinación del contenido de la vivienda, especialmente la protegida, así como las distintas medidas para garantizar el contenido del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. La de financiación comprende las medidas de fomento establecidas por las CC.AA. para hacer efectivo dicho derecho mediante ayudas económicas y/o medidas fiscales, concretándose habitualmente en los denominados “planes de vivienda”. En este estudio no se analizarán las medidas financieras al ser de naturaleza temporal y específica, excediendo del objeto del mismo. No obstante ello, sí hay que indicar que las sociedades municipales son una pieza esencial e imprescindible para el desarrollo de la política de vivienda, no solo

---

<sup>117</sup> BUESO GUIRARO Y ZURITA GONZÁLEZ (2006). El Boletín Informativo de AVS n.º 87 “Sociedades Urbanísticas en las CC.AA. (2)” se realiza un profundo análisis que ha servido de modelo y se ha seguido incluso “ad pedem litterae” por posteriores publicaciones.

municipal sino también estatal y de comunidad autónoma, siendo este carácter expresamente reconocido en la normativa de financiación, tanto del Estado como de las distintas CC.AA.

Ante esta situación normativa, no siempre coincidente, se analizará la regulación que de las sociedades Urbanísticas realiza la legislación de las Distintas CC.AA., tanto administrativa de carácter general y local, que la regulan como una sociedad pública, como sectorial especialmente urbanística y de vivienda, destacando aquellas especialidades de la normativa de las Comunidades Autónomas. Por ello, el análisis de la normativa en el presente Capítulo solamente pretende establecer una visión general y de conjunto de la normativa aplicable en un momento determinado, que es el 1 de septiembre de 2015. Así se determinará la normativa esencial que afecta más directamente a las sociedades públicas locales en general y a las urbanísticas en particular, incidiendo en el contenido de las mismas sin ánimo exhaustivo, por cuanto ya son analizadas en profundidad, cuando así ha sido necesario, en los apartados específicos del presente estudio, tales como constitución, competencia en materia de urbanismo y vivienda, régimen patrimonial, etc.

Para su conocimiento conjunto se incorpora un cuadro con la normativa de aplicación de las CC.AA. (**ANEXO número 2**)

## **3.2.- ANDALUCÍA**

### **3.2.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha regulado, con carácter general, ampliamente las sociedades públicas determinando, tanto en su normativa general como en la sectorial, no solo una amplia competencia en materia de urbanismo y vivienda, ampliando las competencias mínimas en esta materia que le otorga la legislación del Estado.

#### **3.2.1.1.- Estatuto de Autonomía**

En primer lugar, en su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, del Estatuto de Autonomía de Andalucía, tanto en su artículo 25, que determina el favorecimiento del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, imponiendo a los poderes la obligación de la promoción pública de la vivienda y el establecimiento de la obligación de regulación por ley sectorial específica, la regulación del acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten.

Además de ello, en el referido Estatuto, se determina por un lado, en el artículo 60, el reconocimiento de la competencia exclusiva de la Junta en materia de régimen local determinando y enumerando el amplio contenido de la misma. Por otro, se desarrollan las específicas competencias de la Junta en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio, en su artículo 56, y en el 92 las competencias propias de los ayuntamientos en dichas materias, con un carácter amplio.

### **3.2.1.2.- Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía**

La normativa de régimen local, igualmente se regula con cierto detalle, tanto las competencias de vivienda como las sociedades públicas municipales; en concreto se pueden destacar las siguientes:

#### **A) Competencias municipales**

La Ley de Autonomía Local establece una amplia competencia de los ayuntamientos tanto en materia de vivienda, como se ha visto, como de urbanismo, ampliando y desarrollando las competencias previstas en el artículo 25 de la LBRL modificada por la LRSAL. En esta línea se manifiesta, como se ha visto, el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En concreto, los artículos 6 a 10 establecen las competencias municipales, destacando los siguientes aspectos:

- a) El artículo 6, que determina los Principios generales, después de indicar que las competencias de los municipios y provincias se determinarán por ley, indica dos aspectos que nos son de sumo interés; por un lado que las competencias que determina ésta tienen la consideración de propias y mínimas, y podrán ser ampliadas por las leyes sectoriales, y el criterio de que la determinación de competencias locales se rige por el principio de mayor proximidad a la ciudadanía.
- b) El artículo 8 establece una “Cláusula general de competencia”, al indicar que además de las especificadas como propias en el artículo 10, los municipios andaluces tienen competencia para ejercer su iniciativa en la ordenación y ejecución de cualesquiera actividades y servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad municipal, siempre que no estén atribuidas a otros niveles de gobierno.
- c) El artículo 10 establece las competencias propias de los municipios, de entre las que se destacan las que posteriormente podrán ejercitar las sociedades urbanísticas; así:
  1. Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que incluye:
    - Elaboración, tramitación y aprobación inicial y provisional de los instrumentos de planeamiento general.
    - Elaboración, tramitación y aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo, así como de las innovaciones de la ordenación urbanística que no afecten a la ordenación estructural.
    - Aprobación de los proyectos de actuación para actuaciones en suelo no urbanizable.
    - Otorgamiento de las licencias urbanísticas y declaraciones de innecesariedad.
    - Inspección de la ejecución de los actos sujetos a intervención preventiva.

- Elaboración y aprobación de los planes municipales de inspección urbanística.
  - Protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado.
  - Procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas.
2. Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda protegida, que incluye:
- Promoción y gestión de la vivienda.
  - Elaboración y ejecución de los planes municipales de vivienda y participación en la elaboración y gestión de los planes de vivienda y suelo de carácter autonómico.
  - Adjudicación de las viviendas protegidas.
  - Otorgamiento de la calificación provisional y definitiva de vivienda protegida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa autonómica.
3. Además de ello, otras competencias que posteriormente son asumidas por las sociedades locales son las siguientes:
- Elaboración y aprobación de catálogos urbanísticos y de planes con contenido de protección para la defensa, conservación y promoción del patrimonio histórico y artístico de su término municipal, siempre que estén incluidos en el Plan General de Ordenación Urbanística.
  - Promoción, defensa y protección del medio ambiente.
  - Ordenación, gestión, prestación y control de servicios en el ciclo integral del agua de uso urbano.
  - Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público.

El citado Decreto-ley 7/2014, en su exposición de motivos ratifica estas competencias al indicar que: *“en concordancia con lo anterior y con la doctrina consolidada del TC (Sentencia n.º 214/1989), de que la función encomendada a la legislación básica es garantizar las mínimas competencias que dotan de contenido la efectividad y garantía de la autonomía local, el artículo 2.1 de la LBRL, también modificado por el artículo primero. Uno, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, impone al legislador sectorial, sea autonómico o estatal, a tomar en consideración a municipios y provincias en la regulación de las distintas materias, atribuyéndoles las competencias que procedan. De ahí que no puede interpretarse que la reforma local llevada a cabo ha invertido este modelo, de modo que las leyes autonómicas que atribuyeron competencias a las entidades locales no han perdido vigencia como consecuencia de la aprobación de la norma estatal, sino que dichas competencias deben seguir siendo ejercidas por éstas en los términos previstos por las normas de atribución”*.

En relación a las competencias propias, el artículo primero en relación a las competencias atribuidas a las entidades locales de Andalucía por las leyes anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL, “se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la LBRL.

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas por sociedades públicas**

El artículo 10 de la Ley prevé que los municipios podrán utilizar “cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las leyes” para el ejercicio de sus competencias, la prestación de servicios y el desarrollo de iniciativas económicas.

Con carácter previo, la normativa andaluza establece una clara distinción entre la gestión de servicios públicos (servicios locales de interés general) y la iniciativa económica de los entes locales, en la misma línea de lo ya estudiado en el Capítulo V del presente estudio.

Se consideran “Servicios locales de interés general” los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía, orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. La iniciativa económica local, en los términos del artículo 128.2 de la Constitución, la podrá ejercer las entidades locales andaluzas para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia<sup>118</sup>.

En esta línea, la normativa andaluza, con el afán de establecer una rotunda separación de una u otra actividad, económica y de servicio, regula de forma diferenciada unas y otras sociedades, estableciendo no solo un régimen jurídico aparentemente distinto sino incluso una distinta denominación. Así, las sociedades públicas que gestionan servicios las denomina “*sociedad mercantil local*” y aquellas que desarrollan la iniciativa económica local “*empresa pública local*”.

Ello da lugar a una regulación, a nuestro entender, bastante confusa al plantear muchas dudas en relación al régimen jurídico de las referidas sociedades, por cuanto dicha distinción, que teóricamente puede ser clara, desconoce la realidad que es que las sociedades suelen ejercer conjuntamente ambas funciones, especialmente las sociedades urbanísticas que se han creado para gestionar servicios o ejercitan actividades económicas por cuenta de sus ayuntamientos de forma conjunta y así se plasma en sus objetos sociales, y más si se tiene en cuenta la necesidad de la suficiencia financiera de las mismas en relación con la normativa de estabilidad presupuestaria.

---

<sup>118</sup> Artículos 26 “Servicios locales de interés general” de la Ley 5/2010, de Autonomía local de Andalucía y 45 “Iniciativa económica local”, respectivamente.

Además, la propia legislación reconoce la realidad de estas actuaciones conjuntas de gestión de servicios y de iniciativa económica, indicando que en estos casos en que empresas realicen la gestión de servicios de interés económico general o realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, estarán sujetas a la obligación de la llevanza de cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo.

No obstante ello, la realidad es que con independencia de esta distinción formal, no se produce en la regulación una clara diferencia entre una y otra, pudiéndose interpretar con criterios lógicos e integradores y aplicar como normas interpretativas y complementadas las de legislación estatal que tiene carácter básico, no produciéndose modificación esencial alguna en relación al concepto, régimen jurídico y procedimiento de constitución que se ha analizado en el presente estudio.

Analizaremos las formas que se han indicado.

#### **a) Sociedad mercantil local**

Es la sociedad que tendrá por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local. No podrán realizarse mediante ella servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

Sus características esenciales serán las siguientes:

1. **Objeto:** Como se ha visto es la gestión directa de los servicios públicos o el ejercicio de actividades que sean competencia del ente o entes que la constituyan.
2. **Régimen jurídico:** Se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.
3. **Forma:** Debe adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local.
4. **Procedimiento de constitución:** No indica cuál sea el procedimiento, pero determina dos aspectos concretos en relación al mismo:
  - En el expediente deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendría la modalidad de prestación respecto a la prestación por la propia entidad local, que incluirá un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación.

- Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local.
5. **Ámbito de actuación:** Se contempla la sociedad ordinaria que pertenece a un solo municipio y la llamada “sociedad interlocal”, en el artículo 39, que es aquella que es constituida por distintas administraciones locales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia. Esta prestación tendrá la consideración de gestión propia o medio propio, a los efectos de los encargos o encomiendas de gestión, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
- Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.
  - Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.
  - Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.
  - No puede tener encomendadas actividades de mercado.
  - Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean.

#### **b) Empresa pública local**

Es aquella que se constituye para el ejercicio de actividades económicas, teniendo la consideración de tal cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

1. **Objeto:** Tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia. En ningún caso podrán ejercer potestades públicas.
2. **Forma:** Es necesario que adopten una forma mercantil con limitación de la responsabilidad. A diferencia de las anteriores, parece no exigirse la pertenencia íntegra del capital, directa o indirectamente, a un ente público, sino solo una posición dominante, como se ha visto, *“en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”*, lo que plantea problemas en relación al alcance de la misma, pues no está claro si con ello se refiere incluso a las sociedades mixtas.
3. **Régimen jurídico:** Al igual que la anterior, se registrará, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control



financiero, de control de eficacia, patrimonial y de contratación. Los estatutos determinarán el funcionamiento de los órganos directivos como el Consejo de administración y restantes órganos de dirección. El personal al servicio de las empresas públicas locales se rige por el Derecho Laboral, y su nombramiento, en el caso de no ser directivos, irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

4. **Procedimiento de constitución:** Se establece un confuso procedimiento de constitución, que si se ve con cierta amplitud, es muy similar al anterior pero con una diferencia esencial. A diferencia de la gestión de servicios, en los que se es necesario justificar las ventajas frente a la gestión propia o indiferenciada, ésta es la forma preferente para el ejercicio de las actividades económicas por los entes locales<sup>119</sup>.

Así, ordenando la regulación, puede establecerse el siguiente, de acuerdo con el artículo 47:

- a) Elaboración de un expediente previo acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida.
- b) Publicación del acuerdo en el Boletín Oficial de la Provincia y habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:
  - Denominación.
  - Forma jurídica de la sociedad, con sus estatutos.
  - Descripción de las actividades que integran el objeto social.
  - Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.
  - Participación de la entidad local en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
  - Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
  - Adscripción.
  - El plan inicial de actuación.

### **3.2.1.3.- Legislación patrimonial local**

La legislación patrimonial del Régimen Local de la Comunidad Andaluza es la siguiente: Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las entidades locales y su reglamento; el Reglamento de bienes de las entidades locales de Andalucía, aprobado por el Decreto 18/2006, de 24 de enero.

---

<sup>119</sup> El artículo 46 de la Ley 5/2010, es claro al indicar que: "Para el ejercicio de actividades económicas, las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local".

La Ley de Bienes de las entidades locales, en su artículo 23, bajo la denominación de “Aportación de bienes”, regula con cierta precisión las relaciones patrimoniales entre la sociedad pública y su administración titular, cediendo directamente tanto la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles, en caso de ser bienes patrimoniales, como la concesión sobre los bienes demaniales.

Por su parte, el Reglamento de Bienes, en su artículo 44, complementa lo indicado, regulando las aportaciones dinerarias y no al capital social por parte de las entidades locales a sus empresas públicas. Las primeras, las dinerarias, deberán estar totalmente desembolsadas y representadas por sus correspondientes títulos, y las segundas, las no dinerarias, deberán ser valoradas de conformidad con la legislación mercantil y cumplir las demás reglas previstas en la normativa de servicios de las Corporaciones Locales.

### **3.2.2.- Legislación Sectorial**

#### **3.2.2.1.- Urbanística**

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), potencia en gran medida la actuación del sector público, en concreto de las sociedades urbanísticas, pudiendo destacarse distintos aspectos en orden a su regulación que analizaremos seguidamente.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

El artículo 90 (Gestión pública) establece que las Administraciones públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución en régimen de gestión pública, además de las previstas en esta Ley, todas las formas o modalidades de gestión directa o indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico y contratación de las Administraciones públicas y de régimen local. En ellas se incluye, claro está, la sociedad pública local, que como se ha visto se contempla específicamente en su normativa de régimen local, con las denominaciones de “*sociedad mercantil local*” y “*empresa pública local*”.

Estableciendo La regulación de dos tipos de sociedades públicas locales en función de que se trate de gestión directa o indirecta:

- a) **Sociedades de capital íntegramente público:** En los supuestos de gestión directa, las administraciones públicas podrán, entre otras posibilidades<sup>120</sup>, crear “sociedades de capital íntegramente público”; son las

---

<sup>120</sup> Estas otras posibilidades expresamente contempladas por el art. 90.2 de la LOUA son: “Asumir la actividad de ejecución y gestión urbanística a través de su organización propia o constituir Gerencias urbanísticas con este objeto, para el mejor desarrollo de las competencias urbanísticas que les correspondan, o suscribir, directamente, convenios de colaboración con otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas; o constituir, por mutuo acuerdo, consorcios urbanísticos y transferir y delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas para el desarrollo de la actividad de ejecución y conforme a la misma legislación a que se refiere el número anterior”.

sociedades instrumentales que se han analizado anteriormente en el apartado II. Podrá ser limitada en el tiempo, referirse a una actuación concreta o por tiempo indefinido para una serie amplia de finalidades que posteriormente analizaremos. No obstante ello, se realiza la precisión de que las sociedades mercantiles de capital íntegramente público en ningún caso podrán realizar actividades que impliquen el ejercicio de autoridad.

- b) **Sociedades de capital mixto:** En el supuesto de ejecución indirecta, las administraciones públicas igualmente podrán crear “sociedades de capital mixto”, ya tengan una duración limitada en el tiempo o indefinidas y para una actuación concreta o no. En estas sociedades la administración habrá de ostentar la participación mayoritaria o, en todo caso, ejercer el control efectivo o la posición decisiva en el funcionamiento de la misma.

Establecido ello, seguidamente la LOUA prevé la posibilidad de que este tipo de sociedades, como una de las formas de gestión de servicios por las administraciones actuantes, puedan ejecutar la urbanización en los distintos sistemas de gestión. Directamente en los sistemas de gestión públicos (cooperación y expropiación), como de sustitución en los de gestión privada (compensación), asumiendo incluso la condición de urbanizador en los supuestos previstos en la ley.

Con carácter general, esta previsión la contiene el artículo 5 (*Gestión de la actividad urbanística e iniciativa privada*), que en concreto indica en su párrafo 1.º que: “*la gestión de la actividad urbanística se desarrolla en las formas previstas en esta Ley y, para todo lo no contemplado en ella, en cualquiera de las autorizadas por la legislación reguladora de la Administración actuante*”.

Además de esta previsión general, se repite la posibilidad del uso de las sociedades en cada una de las regulaciones de los distintos sistemas de gestión. En relación a la figura del urbanizador, en el artículo 97 bis (Agente urbanizador), establece que la condición de agente urbanizador puede ser asumida por persona pública, sea propietaria o no del suelo. En el 116 se reconoce a las sociedades públicas, reguladas como se ha visto en el artículo 90, la posibilidad de ejecutar de forma directa el sistema de actuación por expropiación, al igual que el 123 en relación al de Cooperación.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

La actuación de las sociedades es muy extensa; el referido artículo 90 establece el objeto social de las mismas con un carácter amplísimo, siguiendo el Decreto estatal 1169/1978, al indicar que las sociedades urbanísticas, instrumentales o mixtas, podrán tener todos o algunos de los siguientes fines:

- a) Redacción, gestión y ejecución de instrumentos de planeamiento.
- b) Consultoría y asistencia técnica.
- c) Prestación de servicios.
- d) Actividad urbanizadora y edificatoria.
- e) Gestión y explotación de las obras resultantes.

Además, en relación con los convenios urbanísticos se incluye a las sociedades públicas como potenciales sujetos activos en las distintas clases de convenios urbanísticos, en concreto:

- a) Convenios interadministrativos de colaboración: Que se encuentran determinados en el artículo 92 que permite a *“las Administraciones públicas y sus organismos y entidades dependientes, vinculados o adscritos, los consorcios y las entidades mercantiles creadas por aquéllas o cualesquiera de éstos, podrán suscribir convenios de colaboración en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local y por esta Ley”*. El objeto de estos convenios es muy amplio, así podrá determinar no solo la contribución al sostenimiento económico de órganos u organismos de ámbito comarcal o supramunicipal, para la prestación de asistencia técnica y administrativa a los Municipios en materia de ordenación urbanística, sino también todos o algunos de los siguientes fines: redacción, gestión y ejecución del planeamiento; consultoría y asistencia técnica; prestación de servicios y actividad urbanizadora y edificatoria; gestión y explotación de las obras resultantes.
- b) Convenios urbanísticos de gestión: Establecidos en el artículo 95, que permite, en estos supuestos, a la *“Administración de la Junta de Andalucía y los Municipios, así como las entidades públicas adscritas o dependientes de una y otros, y los consorcios creados por tales Administraciones, podrán suscribir en el ámbito de sus competencias y conjunta o separadamente, convenios con personas públicas y privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos afectados”*. En este caso los convenios tendrán la finalidad de determinar las condiciones y los términos de la gestión y ejecución del planeamiento urbanístico en vigor en el momento de la celebración del convenio.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Además, la LOUA potencia los distintos instrumentos de intervención en el mercado del suelo que contempla en su Título III (*“Los instrumentos de intervención en el mercado del suelo”*), con el objeto de habilitar terrenos para una adecuada oferta de vivienda protegida.

Ya en el Preámbulo de la ley se establece, al analizar el Título III, la especial finalidad del patrimonio municipal del suelo destinado a habilitar suelo para vivienda protegida. Así, se indica:

*“Se mantiene su regulación actual como patrimonio separado, si bien su gestión puede ser atribuida a entidades dependientes de la Administración responsable; se flexibiliza la composición de los bienes integrantes del patrimonio público para que, junto a su primigenia función de poner en el mercado suelo para vivienda con algún régimen de protección y otros usos de interés público, puedan contribuir globalmente a dotar a las Administraciones Públicas de recursos para la actuación pública urbanística, debiendo ser destacado su papel en la mejora de la ciudad, en su sentido más amplio”*.

Junto a esta previsión general, contiene distintas previsiones específicas para las sociedades públicas, que analizaremos:

1. **Gestión del PPS por sociedades públicas:** El artículo 71 establece que Las Administraciones titulares podrán hacer uso, para la gestión de sus patrimonios públicos de suelo, de todas las formas previstas en esta Ley para la ejecución del planeamiento, y en concreto las sociedades mercantiles públicas al indicar en su párrafo 2.º que: *“Cada Administración Pública titular de un patrimonio público de suelo podrá gestionarlo por sí misma o atribuir su gestión a entidades de ellas dependientes, que podrán adoptar la forma de organismo o entidad de derecho público o de sociedad mercantil, cuyo capital social deberá ser íntegramente de titularidad pública. En este último caso la atribución de la gestión no podrá incluir funciones que requieran el ejercicio de autoridad”*.
2. **Cesión directa y gratuita del PPS a sociedades públicas:** El artículo 76 permite que los bienes de los patrimonios públicos de suelo puedan ser cedidos gratuita y directamente o mediante convenio establecido a tal fin *“por precio que puede ser inferior al de su valor urbanístico”* a sociedades de capital íntegramente público con destino a *“viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública”* o a *“usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o por planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda”*.

Otras disposiciones de interés en relación a los mismos son las siguientes:

- a) El artículo 69, que regula las distintas “Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo”, determina que tanto la Administración de la Junta de Andalucía y los Municipios deben constituir, mantener y gestionar el Patrimonio Autonómico de Suelo y el Patrimonio Municipal de Suelo, respectivamente, con cualquiera de las siguientes finalidades:
  - Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.
  - Garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas en régimen de protección o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
- b) El artículo 75 (“Destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo”) obliga a que los terrenos y construcciones que integren los patrimonios públicos de suelo sean destinados, de acuerdo con su calificación urbanística, a:
  - Viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
  - Usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o el planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda.

- Cualesquiera de los usos, incluso lucrativos, admitidos por el planeamiento, cuando así sea conveniente para la ejecución de éste, tal destino redunde en una mejor gestión del correspondiente patrimonio público, y así se declare motivadamente por la Administración titular por su interés público o social.
- c) Este mismo artículo 75, en su párrafo segundo, en virtud del principio de subrogación real, establece que los ingresos, así como los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios públicos de suelo se destinarán a:
- La conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público de suelo.
  - Con carácter preferente, la adquisición de suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
  - La promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
  - La ejecución de actuaciones públicas o el fomento de actuaciones privadas, previstas en el planeamiento, para la mejora, conservación y rehabilitación de zonas degradadas o de edificaciones en la ciudad consolidada.
- d) Por último, el artículo 77 permite la constitución a las sociedades públicas de derechos de superficie en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística. En el supuesto de tener por finalidad la promoción o construcción de viviendas protegidas, gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.

### **3.2.2.2.- De vivienda**

La normativa andaluza, como se analizará en detalle al analizar la competencia de vivienda de los ayuntamientos y de sus sociedades públicas en el Capítulo VII, ha sido no solo de las más completas en esta materia sino también de las más novedosas en la elaboración de una política propia de vivienda y de desarrollo del principio constitucional de garantizar una vivienda digna a los andaluces, con medidas de fomento y protectoras de los ocupantes frente a los desahucios y a adoptar en el caso de viviendas deshabitadas. Considerando a las empresas públicas locales como promotores públicos, elemento fundamental para el desarrollo de la política de Vivienda de la Junta.

La normativa sustantiva de vivienda esencial es la siguiente: Ley 13/2005, de 11 de noviembre de 2005, de medidas para la vivienda protegida y el suelo y la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía; esta última ley fue modificada y desarrollada por el Decreto-Ley

6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

Destacaremos brevemente algunos aspectos de ellas:

- a) Ley 13/2005, de 11 de noviembre de 2005, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, en la que se establece la determinación del régimen de vivienda protegida, las prerrogativas de la administración como los derechos de adquisición preferente, supuestos de expropiación, desahucios e infracciones y sanciones. Además de ello se determina las medidas en materia de suelo como la disponibilidad de suelo para vivienda protegida, reversión de plusvalías, etcétera.
- b) En la Ley 1/2010 se desarrolla ampliamente el derecho a la vivienda digna y contenido de la competencia municipal en materia de promoción de la vivienda protegida, tanto de los Planes Municipales de Urbanismo como de Vivienda. En su artículo 44, se considera a las sociedades públicas como elementos fundamentales para intermediar en el stock de viviendas libres deshabitadas, a fin de favorecer su efectiva ocupación a través del impulso y facilitación de fórmulas de concertación de arrendamientos entre personas propietarias y personas o unidades de convivencia demandantes de viviendas.

Por último, indicar que esta legislación ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, habiéndose ya recaído sentencias en relación a la misma. En cuanto a la Ley 1/2010, la sentencia del Tribunal Constitucional de catorce de mayo de dos mil quince, estima parcialmente el recurso<sup>121</sup>. Igualmente la sentencia de nueve de julio de dos mil quince, rechaza que la Ley 13/2005 vulnere el derecho a la propiedad y el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, pero sí declara inconstitucionales varios preceptos porque limitan el nivel de autonomía de los ayuntamientos y, en consecuencia, invaden la competencia del Estado en materia de bases del régimen local<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> En relación a la Ley 1/2010, la STC de 14 de mayo de dos mil quince indica en su fallo que:

1º. Estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 4286-2013 y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer inciso del art. 1.3 “Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico”, de los apartados 5 y 6 del art. 25 y del art. 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción aprobada por el art. 1 del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda; así como la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional segunda de dicho Decreto-ley 6/2013.

2º. Declara que el resto del art. 25 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, es conforme con la Constitución, siempre que se interprete como instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 13, 14 y 15 de esta resolución.

3º. Desestimar el recurso en todo lo demás.

<sup>122</sup> La STC de 9 de julio de dos mil quince, en relación a la Ley 13/2005, en su fallo determina:

### **3.3.- ARAGÓN**

#### **3.3.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

##### **3.3.1.1.- Estatuto de Autonomía**

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que establece destacadamente en su artículo 27 el derecho a la vivienda, imponiendo a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma la promoción de forma efectiva de: *“el ejercicio del derecho a una vivienda digna, facilitando el acceso a ésta en régimen de propiedad o alquiler, mediante la utilización racional del suelo y la promoción de vivienda pública y protegida, prestando especial atención a los jóvenes y colectivos más necesitados”*.

Por otro lado, establece las competencias exclusivas de la Comunidad en materia de **régimen local**, en el artículo 71. En el ejercicio de estas competencias enumera específicamente las siguientes:

- a) La determinación de las competencias de los municipios y demás entes locales en aquellas materias de competencias de la propia Comunidad Autónoma de Aragón.
- b) El régimen de los bienes locales y las modalidades de prestación de los servicios públicos locales.
- c) Las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales, creados por la Comunidad Autónoma y su régimen electoral.

Junto a las de régimen local, determina las competencias sectoriales exclusivas en materia de vivienda y urbanismo, en concreto reconoce las siguientes en el citado artículo 71:

- **Ordenación del territorio**, conforme a los principios de equilibrio territorial, demográfico, socioeconómico y ambiental.
- **Urbanismo**, que comprende, en todo caso, el régimen urbanístico del suelo, su planeamiento y gestión y la protección de la legalidad urbanística, así como la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo,

---

1º. Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 31.4, 188 y 195.1 b), párrafos primero y segundo, así como el inciso “o la Consejería con competencias en materia de urbanismo, en su caso” del art. 183.5, todos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, en la redacción dada por el art. 28 de la Ley 13/2005, de 17 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para la vivienda protegida y suelo.

2º. Declarar que el art. 74.2 de la Ley 7/2002, en la redacción dada por el art. 24.11 de la Ley 13/2005, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 7 E).

3º. Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.



respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad.

- **Vivienda**, que, en todo caso, incluye la planificación, la ordenación, la gestión, el fomento, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales de equilibrio territorial y de sostenibilidad; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; las normas sobre la habitabilidad de las viviendas, la innovación tecnológica aplicable a las viviendas y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación.

### **3.3.1.2.- Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón**

Se analizará la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que contiene una amplia regulación sobre las competencias municipales y las sociedades públicas.

#### **A) Competencias municipales**

Son reguladas en los artículos 42 a 46 de la Ley, estableciéndose que los municipios, en el ejercicio de su autonomía y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Concretándose que los ámbitos de la acción pública en los que los municipios podrán prestar servicios públicos y ejercer competencias, con el alcance que determinen las leyes del Estado y de la Comunidad Autónoma reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, serán, entre otros, de acuerdo con la letra d) del artículo 42: *“La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística del término municipal; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos rurales”*.

Además de las competencias específicamente determinadas con carácter general, el artículo 46 prevé que los municipios podrán realizar actividades complementarias a las de otras Administraciones, siempre que se realicen para: *“la satisfacción de los intereses y necesidades de los vecinos y una vez que esté garantizada la prestación de los servicios obligatorios”*, que de forma similar al artículo 26 de la LBRL establece el artículo 44.

#### **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

La Ley aragonesa de administración local, establece la distinción entre la prestación de servicios y la iniciativa económica de las entidades locales de manera similar a lo establecido en la legislación estatal y demás comunidades, como ya se ha analizado en el Capítulo V. La especialidad es que, junto a estos supuestos tradicionales, regula la denominada “iniciativa socioeconómica”. Analizaremos estos aspectos regulados en los artículos 199 a 223:

- a) **Prestación de servicios:** Para la ley aragonesa, como ya se ha visto, son servicios públicos locales cuantos se prestan para satisfacer los intereses y necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales, teniendo las entidades locales plena libertad para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios de su competencia de acuerdo con las leyes, siempre y cuando se garantice el funcionamiento de los servicios obligatorios municipales, salvo los supuestos de dispensa.

Para la creación de un servicio es necesario acuerdo expreso de creación, debiendo establecer antes de su comienzo no solo el reglamento del mismo, sino también las modalidades de prestación y el régimen estatutario de los usuarios.

- b) **Iniciativa de actividades económicas:** Se reconoce igualmente, en el marco del artículo 128.2 de la Constitución, a las entidades locales, para la satisfacción de las necesidades de los vecinos, la capacidad de realizar las actividades económicas que estimen pertinentes.
- c) **Iniciativa socioeconómica:** Se reconoce como una de las modalidades específicas de la iniciativa para la realización de actividades económicas del párrafo anterior, la realización por las entidades locales de actividades económicas, mercantiles, agrícolas u otras análogas, así como promover la creación y desarrollo de iniciativas locales de empleo con dicha finalidad. También la adopción de medidas de protección y promoción del aprovechamiento de los recursos naturales e industriales ubicados en su territorio, de manera coordinada con la acción del Estado y de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus respectivas competencias.

La prestación de los dos primeros podrá realizarse en régimen de libre concurrencia o con monopolio. Únicamente procederá esta segunda opción respecto de las actividades o servicios expresamente reservados por ley a las entidades locales.

En relación a las formas de gestión de los servicios y de la realización de las actividades económicas o socioeconómicas:

- Las formas de gestión del servicio se determinan en el artículo 206, estableciendo como forma de gestión directa, la “Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente o mayoritariamente a la entidad”, mientras que es gestión indirecta la prestada mediante “Sociedad mercantil o cooperativa, en la que la participación de la entidad local sea minoritaria”.
- En cuanto a la explotación de actividades socioeconómicas, podrá ser realizada por las entidades locales por sí mismas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas y los particulares mediante la creación de sociedades mercantiles.

## C) Estatuto de la empresa pública

Las sociedades públicas locales son expresamente reguladas en distintos preceptos de la Ley, pudiendo establecerse para su estudio una distinción esencial entre la utilización de sociedades para la gestión directa o indirecta de los servicios o desarrollo de la iniciativa económica.

### 1.- Gestión directa

Establece el artículo 209 que la gestión directa de los servicios locales de carácter económico puede realizarse mediante la constitución de una sociedad mercantil *“cuyo capital social pertenezca íntegra o mayoritariamente a la entidad local”*. Esta previsión, a nuestro entender, debe considerarse en el sentido ya expuesto de las modernas tendencias del derecho europeo que se refiere a que el capital siendo público en su totalidad, podrá pertenecer no solo al ayuntamiento sino también a otro ente público, dando entrada así a sociedades de mancomunidades o en las que intervienen distintos ayuntamientos o diversas administraciones en concurrencia con el municipio, como la Comunidad Autónoma, Estado, Diputación, etc. Nunca capital privado, pues en este caso sería una sociedad mixta y la gestión sería indirecta.

Las condiciones exigidas a estas sociedades, en línea con la LBRL, son las siguientes:

- a) La sociedad adoptará alguna de las formas de responsabilidad limitada.
- b) Actuará en régimen de empresa privada sujeta al Derecho mercantil, excepto en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.
- c) En la escritura de constitución de la sociedad constará el objeto de la misma, el capital aportado por la entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en éste. El Pleno de la entidad asumirá las funciones de Junta General cuando el capital social pertenezca íntegramente a la entidad local; cuando su participación sea mayoritaria, su representación en la Junta General se determinará por el Pleno.
- d) El personal de la sociedad estará sujeto al Derecho laboral.
- e) Las sociedades públicas locales elaborarán anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación.

En el supuesto del ejercicio de actividades socioeconómicas, el artículo 221, igualmente prevé que éstas se puedan realizar mediante sociedades públicas, constituidas por las entidades locales por sí mismas o en colaboración con otras entidades públicas. Estas sociedades, que se registrarán por el Derecho privado y con sujeción plena a las reglas de libre concurrencia con la iniciativa privada, deberán en sus estatutos garantizar la máxima autonomía en el funcionamiento de la sociedad.

## **2.- Gestión indirecta**

Se contempla expresamente en el artículo 210 la empresa mixta para la gestión de servicios que tengan un contenido económico, o en el 221 para el desarrollo de actividades socioeconómicas en concurrencia con personas físicas o jurídicas.

En estos casos, las especialidades de las mismas contempladas son las siguientes:

- a) La entidad local mantendrá sobre los servicios cuya gestión se contrate la titularidad y las potestades de dirección y control que se deriven de la propia ordenación legal del servicio, para garantizar su buen funcionamiento.
- b) No podrá ser otorgada por tiempo indefinido, debiendo fijarse el término en función de las características del servicio y del tiempo necesario para amortizar las inversiones realizadas, sin que en ningún caso el plazo total exceda, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años.
- c) Revertirán al patrimonio local, a la finalización del plazo y en adecuadas condiciones de uso, los bienes, instalaciones y material afectos al servicio.

### **3.3.1.2.- Legislación patrimonial local**

La Legislación local de Aragón, tanto la Ley de Administración Local, en su artículo 181, como el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales<sup>123</sup>, en sus artículos 112 y 181, crea una fluida relación patrimonial entre las sociedades mercantiles y sus ayuntamientos, permitiendo en función de la naturaleza de los bienes la adscripción o cesión para el cumplimiento de las finalidades que tienen establecidas dichas sociedades.

Se permite la adscripción, en el caso de los bienes demaniales o afectos al servicio público, en cuyo caso conservarán la calificación jurídica originaria sin que las empresas adquieran su propiedad, atribuyéndoseles únicamente facultades en orden a su conservación y utilización para el cumplimiento de los fines que se determinen en la adscripción.

Igualmente la aportación directamente de bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, a las sociedades creadas por ellas o en las que tengan participación, para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas.

Hay que indicar que, aun cuando no sea aplicable al ámbito local, en la Comunidad Autónoma de Aragón, el Decreto-Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, dentro del "Sector Empresarial del Patrimonio de Aragón", regula en su artículo 133 las llamadas "Sociedades

---

<sup>123</sup> Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.

mercantiles autonómicas”, indicado que a los efectos de la ley se consideran como tales aquellas en las que la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Considerando que son de capital íntegramente público aquellas en las que todas las participaciones sociales pertenezcan conjunta o separadamente a la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público.

### **3.3.2.- Sectorial**

#### **3.3.2.1.- Urbanística**

La normativa urbanística de Aragón se encuentra constituida por las siguientes normas:

1. El Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.
2. El Decreto 52/2002, de 19 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la Ley 5/1999, de Urbanismo, en materia de organización, planeamiento urbanístico y régimen especial de pequeños municipios.

A diferencia de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Urbanismo, que no regula de forma concreta el estatuto de las sociedades urbanísticas, si bien realizaba algunas menciones en su articulado, el nuevo Texto Refundido sí que las regula expresamente en distintos preceptos, siendo el artículo 9 (“Sociedades urbanísticas”) el que establece su régimen jurídico concreto.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

El texto Refundido reconoce la iniciativa pública a las administraciones y a sus empresas para promover la urbanización, al indicar en su artículo 24 que podrán ejercer *“la iniciativa pública en la transformación del suelo urbano no consolidado y urbanizable a través de la dotación de servicios urbanísticos suficientes mediante las formas de gestión de la urbanización previstas en esta Ley”*. Permitiendo, en estos casos, la posibilidad de que los particulares, sean o no propietarios del suelo, puedan participar en la misma, constituyendo formas asociativas mixtas, en las condiciones dispuestas por la legislación básica estatal y en esta Ley, siempre en el marco del ejercicio de la libre empresa, y sujetándose a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

Igualmente el artículo 120, en relación a las formas de gestión y ejecución, establece la previsión de que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como los municipios para la gestión de la actividad de ejecución podrán utilizar todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación del sector público y de régimen local

mediante “*sociedades urbanísticas, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o sólo para determinadas actuaciones*”.

En la específica gestión urbanística se les reconoce a las sociedades públicas un amplio campo de actuación, en concreto:

- La posibilidad de redactar y promover programas de urbanización para la ejecución del planeamiento municipal. Cuando la entidad promotora no cuente con la potestad expropiatoria, la ejercerá el municipio (art. 173).
- La posibilidad, en el supuesto de incumplimiento del urbanizador, de cambiar el sistema a gestión directa, de forma provisional o definitiva, pudiendo en estos casos determinar que sea su sociedad urbanística la que lo desarrolle (art. 182).

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

Se regulan con bastante detalle dichas sociedades, en concreto se pueden establecer los siguientes aspectos

### **a) Caracteres de las sociedades urbanísticas**

Como se ha indicado, la regulación del estatuto jurídico es bastante detallada, aun cuando se concreta únicamente en el artículo 9. Las características esenciales de las sociedades urbanísticas aragonesas son esencialmente las siguientes:

1. La amplitud de los sujetos que las pueden constituir, permitiendo que la constituyan no solo administraciones territoriales, tanto de ámbito autonómico (Administración de la Comunidad Autónoma) como local (las provincias, las comarcas, los municipios), sino también entes instrumentales de las mismas (sociedades de segundo nivel). Especificando que las pueden constituir por sí solas, entre sí, mediante consorcios o con terceros (mixtas).
2. Su naturaleza mercantil, entendiéndolo por tal, aun cuando no se indique expresamente, una forma de responsabilidad limitada de acuerdo con la legislación de sociedades de capital.
3. Amplia finalidad, pues pueden constituirse para actividades de planeamiento territorial y urbanístico (estudio y elaboración del planeamiento), de gestión (desarrollo, gestión, promoción y ejecución) u otro objeto de la incumbencia de las Administraciones que las constituyan, siempre que se cumplan dos circunstancias específicas: en primer lugar, no implique ejercicio de autoridad, y, en segundo, cumpliendo lo dispuesto por la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

### **b) Capacidad de actuación**

Las sociedades urbanísticas podrán tener por objeto:

- a) La elaboración y redacción de planes y proyectos de interés general de Aragón, propuestas de delimitación y ordenación de sectores concertados de urbanización prioritaria, planeamiento de desarrollo o estudios de detalle, así como de cualesquiera instrumentos de gestión urbanística o informes, estudios o asistencia técnica en materia urbanística.
- b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones de suelo y vivienda sin necesidad de que se transmitan o aporten necesariamente terrenos o aprovechamientos. Si todas o alguna de las entidades asociadas optaran por transmitir o aportar terrenos o aprovechamientos urbanísticos afectados por la actuación encomendada, podrá tener lugar en pleno dominio o limitándose al derecho de superficie o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
- c) La gestión y promoción de patrimonios públicos de suelo, así como la ejecución de actuaciones sobre los mismos, conforme al destino que le es propio, incluyendo la posibilidad de actuar como beneficiario de la expropiación para la constitución o ampliación de patrimonios públicos en ámbitos de reserva o la adquisición de bienes a través de los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración en las áreas de tanteo y retracto reguladas en esta Ley.
- d) La conservación y explotación de la urbanización, a costa de los propietarios y bajo la dependencia de la Administración, con los derechos y deberes de las entidades urbanísticas de conservación.
- e) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón o planeamiento urbanístico u otras actuaciones determinadas.

Además de ello, se prevé que las sociedades urbanísticas que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de entes públicos, conforme a la normativa de contratación del sector público, podrán recibir encargos de la Administración titular en las condiciones y supuestos en ella establecidos.

Para la realización de su objeto social, las sociedades urbanísticas tendrán, de conformidad con su naturaleza y con la normativa que les resulte de aplicación, las facultades que se les atribuyan y en todo caso las siguientes:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho privado, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- b) Realizar directamente convenios con los organismos competentes.
- c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes, para asegurar su edificación en los plazos y en la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento que habrá de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.

- d) Gestionar la urbanización y los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por el organismo competente, conforme a lo establecido en esta Ley.
- e) Actuar como entidad instrumental de las entidades titulares o como entidad privada, cuando proceda, y en concurrencia plena con terceros.
- f) Ostentar la condición de beneficiaria de expropiaciones urbanísticas y de los derechos de adquisición preferente conforme a lo establecido en esta Ley.

El artículo 17 del Reglamento, que era esencial antes del Texto Refundido al no contener la ley regulación específica, reconoce expresamente las “Sociedades urbanísticas de capital íntegra o mayoritariamente público”, indicando su posibilidad de constitución cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas. Este mismo artículo, en su número 2.º, concreta que podrá, especialmente, encomendarse a las sociedades constituidas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en una unidad de ejecución o sector.
- b) La promoción y gestión de urbanizaciones, con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento urbanístico.

El artículo 18 contiene una regla de especial previsión en relación a las sociedades mixtas, pues permite a las Administraciones urbanísticas participar en cualesquiera otras Sociedades constituidas por particulares con limitación de responsabilidad, para el desarrollo de actividades urbanísticas.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

El Texto Refundido contiene distintas previsiones sobre la intervención de las sociedades en relación a los instrumentos de intervención en el mercado del suelo, que analizaremos.

Las sociedades urbanísticas son, como se ha visto en el estatuto jurídico establecido en el artículo 9, los instrumentos fundamentales del municipio para la gestión y promoción de los patrimonios públicos de suelo. Para ello podrán realizar, si así se determina por el ayuntamiento que las constituya, las actuaciones necesarias sobre los mismos para cumplir su destino.

En este sentido se les reconoce las siguientes actuaciones en relación a estos instrumentos de intervención en el mercado del suelo:

- a) Son beneficiarias de la expropiación para la constitución o ampliación de patrimonios públicos en ámbitos de reserva, cuando así lo acuerde la Administración que declaró la reserva (art. 106).
- b) Son destinatarias de la cesión directa de sus administraciones: El artículo 111 la permite cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado



perteneciente al sector público. “A estos efectos, los municipios, la Administración de la Comunidad Autónoma y sus entidades instrumentales podrán transmitirse terrenos, directamente e incluso a título gratuito, comprendidos o no en los patrimonios públicos de suelo, con fines de promoción de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras infraestructuras o instalaciones de uso público o interés social”. En estos casos el régimen de disposición de los bienes de patrimonios públicos de suelo que sean cedidos a empresas públicas será el establecido en esta Ley y, en su caso, en la normativa de vivienda.

- c) Se permite a las sociedades urbanísticas, como entes instrumentales de la administración, constituir derechos de superficie en terrenos de los patrimonios públicos de suelo respectivos, con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social (art. 113).
- d) Pueden adquirir bienes con este destino a través del ejercicio de los derechos de adquisición preferente en favor de la Administración en las áreas de tanteo y retracto. En estos casos los gastos que genere la transmisión serán de cuenta de la empresa pública o sociedad urbanística (art. 117).

### **3.3.2.2.- De vivienda**

La Ley aragonesa de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida (Ley 24/2003, de 26 de diciembre), determina en su artículo 2 (Competencias en la programación pública de vivienda protegida) la competencia de las sociedades instrumentales de la Administración de la Comunidad Autónoma, las entidades locales, ya sea de forma conjunta o separada para *“la programación pública de vivienda bajo cualesquiera modalidades de protección de las reguladas por el Gobierno de Aragón conforme a esta Ley, directamente, mediante concierto o convenio con la iniciativa privada o por ésta libremente, en régimen de propiedad, arrendamiento, precario u otras modalidades de ocupación que permitan el acceso diferido a la propiedad”*.

## **3.4.- ASTURIAS**

### **3.4.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

La Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, en su artículo 10 considera como de su competencia exclusiva: “3. Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda”. Completando el panorama competencial el artículo 11, que permite al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado.

No existe una ley de Régimen local del Principado, sino que se han regulado aspectos parciales, especialmente en relación a las formas específicas de entes como las parroquias rurales (Ley 11/1986, de 20 de noviembre, por la que se reconoce la personalidad jurídica de la Parroquia Rural) y los concejos (Ley 10/1986, de 7 de noviembre, reguladora de la demarcación territorial de

los Concejos del Principado de Asturias). Por ello, se aplica en esta comunidad lo analizado de la normativa estatal.

Sí que se ha regulado la aplicación de la LRSAL mediante el Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

### **3.4.2.- Legislación Sectorial Urbanística**

La normativa urbanística del Principado de Asturias es la siguiente:

1. El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias.
2. Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias. Hay que recordar lo ya indicado y criticado por el hecho de que la Disposición Final Primera de esta norma declara no aplicable en Asturias el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

En el Preámbulo, la Ley establece una clara referencia a las sociedades urbanísticas al indicar: *“En la regulación de esos sistemas de actuación se armonizan adecuadamente tres principios: la concepción del urbanismo como función pública, que exige otorgar a la Administración los instrumentos necesarios para asegurar la rápida urbanización del suelo; el respeto al derecho de propiedad, que obliga a conceder a sus titulares la facultad de asumir la urbanización del suelo, con sus cargas y beneficios, y la colaboración de terceros que podrán ser llamados a esta tarea cuando los propietarios no la asuman, sin que la pasividad o la negativa de los propietarios puedan impedir la urbanización o retrasarla hasta hacerla inútil para satisfacer las necesidades sociales de viviendas, dotaciones y equipamientos urbanísticos.*

*De esta forma, la urbanización de los sectores de suelo urbanizable prioritario debe ejecutarse en los plazos máximos fijados en esta Ley. Los propietarios del suelo tienen la facultad de unirse y asumir la condición de urbanizador con preferencia a cualquier otro sujeto. Vencido el plazo que se les concede para ejercer esa facultad, la Administración podrá asumir la urbanización o buscar otro sujeto que la lleve a cabo, sujeto que puede ser una sociedad urbanística pública o bien un particular seleccionado por la Administración”.*

Indicado ello, se realizan las siguientes previsiones y criterios en relación con la posibilidad de su actuación en supuestos específicos de gestión, tanto en la Ley como en el reglamento:

1. En primer lugar, tanto en el artículo 147.3 de la ley como en el 351 del reglamento, que la Administración pública podrá asumir también, por sí o a

través de sociedades urbanísticas, la gestión en ámbitos determinados (art. 147.3 TROTU).

2. En el sistema de cooperación, se prevé la posibilidad de que la Administración actuante encomiende la gestión del polígono o unidad de actuación a una sociedad urbanística, en los términos que se determinen reglamentariamente (art. 179), previendo en este sentido en el artículo 453 del Reglamento que será mediante convenio el encargo a la sociedad, pero también prevé la posibilidad de:
  - Crear una sociedad mercantil de capital mixto exclusivamente con tal finalidad, a la que podrán incorporarse los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de la actuación, incluso si su participación se limita a la aportación de los terrenos, construcciones o edificaciones de que sean titulares.
  - Crear una sociedad mercantil de capital íntegramente público, que se cree exclusivamente con tal finalidad.
3. En el sistema de expropiación se permite la actuación mediante este tipo de entes instrumentales, y se les otorga la condición de beneficiarias de la expropiación en el supuesto de actuar por subrogación en las facultades de la Administración actuante para la ejecución de planes u obras determinadas (Art. 183 de la ley y 492 del Reglamento).
4. Se prevé igualmente la actuación a través de una sociedad urbanística cuando se incumpla el deber de edificar en algún terreno incluido en áreas prioritarias a los efectos de la edificación forzosa. En tales casos, la Administración podrá expropiarlo a fin de asumir la edificación, o bien encomendar a una sociedad urbanística pública el desarrollo de la actuación. En este último caso, la sociedad urbanística actuará como beneficiaria de la expropiación y asumirá frente a la Administración el deber de edificar en los plazos que se fijen en el convenio que regule la actuación, que en ningún caso podrán ser más largos que los otorgados inicialmente al propietario (art. 207).

Para la definición de estas actuaciones, por último, el artículo 210 determina que las administraciones actuantes podrán suscribir convenios con las sociedades urbanísticas (personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes), para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad administrativa urbanística.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

Con carácter general, el artículo 6 (Función pública y formas de gestión urbanística), establece que la actividad urbanística constituye una función pública cuya titularidad y responsabilidad corresponden a la Administración del Principado de Asturias y a las entidades locales.

Prevé específicamente que las actuaciones urbanísticas en general, y en especial las relativas a la urbanización, edificación y rehabilitación, y las de

mera gestión, así como las materiales y técnicas podrán desarrollarse directamente por la Administración actuante o a través de sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca total o mayoritariamente a la Administración actuante, o indirectamente mediante la colaboración de entidades privadas o particulares, sean o no propietarios de suelo.

No obstante ello, de acuerdo con la doctrina legal tradicional, sustrae a estas sociedades las actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad. En concreto indica que, en todo caso, se realizarán necesariamente en régimen de derecho público y de forma directa:

- a) La tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento y los de ejecución de éstos.
- b) Las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, inspección, protección de la legalidad, sanción y expropiación.

De forma concreta y específica, regula ampliamente el estatuto de las sociedades urbanísticas en el artículo 13, bajo el epígrafe “Sociedades urbanísticas”. Esta regulación es similar a la del Decreto estatal 1169/1978, si bien actualizando terminología y conceptos; igualmente se regula de forma muy similar en el artículo 30 del Reglamento.

En primer lugar permite, que tanto el Principado de Asturias como las entidades locales, así como las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, puedan constituir estas sociedades urbanísticas mercantiles por sí solas, entre sí o con otras personas.

Las características específicas que se pueden destacar de la regulación son las siguientes:

- a) Pueden ser constituidas con unos fines muy amplios, en concreto, para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad. El artículo 14 del Reglamento complementa lo indicado en la ley al determinar que pueden desarrollarse mediante este tipo de sociedades las actuaciones relativas a la urbanización, edificación y rehabilitación, y las de mera gestión, así como las materiales y técnicas.
- b) Pueden ser constituidas de nuevo o participar en la sociedad o sociedades que se hallen constituidas.
- c) La sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad anónima. Este aspecto, como se ha visto en el Capítulo V, carece ya de sentido al haberse eliminado las restricciones y limitaciones que en relación a las sociedades de responsabilidad limitada establecía la normativa tradicional.

- d) Gozarán de personalidad jurídica propia y su régimen orgánico, funcional y financiero se rige por lo dispuesto en la legislación mercantil, en la normativa urbanística y en sus propios estatutos.
- e) El acuerdo de creación, así como en su caso el de participación en la sociedad o sociedades que se hallen constituidas, se registrará por la legislación que a cada entidad le sea aplicable.
- f) Las aportaciones sociales pueden hacerse tanto en efectivo como en cualquier clase de bienes y derechos valorables económicamente.

En relación a su objeto, determina que podrá particularmente encomendarse a las sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico.
- b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
- c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.
- d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas.

Para la realización del amplio objeto social previsto, se contempla específicamente las siguientes actuaciones y actividades que puede realizar la sociedad urbanística, en concreto:

- Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- Realizar directamente convenios con los organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.

- Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos o de la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento y que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.
- Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por el organismo competente.
- Actuar como entidad instrumental de la Administración urbanística, o como entidad puramente privada en las actuaciones de que se trate y en concurrencia plena con terceros.
- Ser beneficiaria de las expropiaciones urbanísticas que deban realizarse en desarrollo de su actividad.

Se determinan claramente los criterios de actuación de la sociedad, tanto en relación de la administración actuante con la sociedad, como de ésta con terceros:

- a) Relaciones Administración/Sociedad: Cuando se trate de sociedades urbanísticas de capital íntegra o mayoritariamente público, no se requerirá licitación para que, por parte del Principado de Asturias, entidades locales y entidades jurídico-públicas que formen parte de ellas, se les asignen las encomiendas relacionadas, así como tampoco para el encargo de tareas o cometidos propios de la actividad urbanística que, aun desarrollándose en régimen de derecho privado, fuera propia de la competencia en esa materia de la Administración encomendante. El contenido y alcance de la encomienda o encargo habrá de formalizarse en convenio al efecto, en el que la sociedad tendrá la consideración de ente instrumental de la Administración en cuestión.
- b) Relaciones Sociedad/Terceros: La ejecución de obras se adjudicará por la sociedad con sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha sociedad ejecutarlas directamente.

Por último, en relación a las transmisiones de terrenos, la previsión contenida en el n.º 7 del artículo 30 del Reglamento, que indica: *“7.- El Principado de Asturias, las entidades locales y las entidades jurídico-públicas que formen parte de la sociedad, podrán transmitir directamente pero siempre a título oneroso, los terrenos o aprovechamientos urbanísticos que resulten afectados por una actuación urbanística; esta transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie”*.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Por último, en relación a los instrumentos de intervención pública en el mercado del suelo, también establece un amplio campo de actuación para las sociedades públicas; los analizaremos:

## **1.- Patrimonios públicos de suelos**

El artículo 218, establece que la forma ordinaria de cesión de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo será el concurso o la subasta en función de los criterios que se determinan, pero que por excepción podrán ser cedidos gratuitamente o por precio fijado a cualquiera de las otras Administraciones públicas o a entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, mediante convenio suscrito a tal fin, en los supuestos siguientes:

- El fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental.
- La ejecución de equipamientos públicos o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.

## **2.- Derecho de superficie**

El artículo 226 permite a las sociedades urbanísticas constituir el derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad o integrantes de patrimonios públicos de suelo, cuya gestión les corresponda, con destino a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social previstos en el planeamiento urbanístico o vinculado a su ejecución.

## **3.5.- BALEARES**

### **3.5.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

#### **3.5.1.1.- Estatuto de Autonomía**

La Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las islas Baleares, establece en su artículo 10 que la comunidad tiene competencia exclusiva en materia de *“Ordenación del territorio, incluido el litoral, urbanismo y vivienda”*.

Igualmente, en su artículo 11, se determina que en lo relativo al Régimen local, corresponde a la comunidad en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución.

#### **3.5.1.2.- Ley 20/2006, municipal y de régimen local de las Islas Baleares**

La legislación esencial en materia de Régimen local es la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Islas Baleares. En esta comunidad no se ha publicado un Reglamento de Bienes de las administraciones locales, si bien con la regulación que contiene esta Ley puede perfectamente establecerse el régimen de transmisión de bienes entre el ayuntamiento y su sociedad pública.

## **A) Competencias municipales**

Al igual que las leyes de régimen local de otras comunidades, en Baleares, el artículo 29 de la Ley, establece claramente que los municipios de las Islas Baleares tienen competencia propia, entre otras, en las siguientes materias:

- Ordenación y gestión del territorio, urbanismo y disciplina urbanística.
- Gestión del patrimonio municipal, regulación de su uso o destino, conservación y mantenimiento.
- Planificación, programación y gestión de vivienda pública y participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial.

Respetando esta amplia competencia en materia de urbanismo y vivienda, el Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Islas Baleares de la LRSAL, en su artículo 1.º deja claro que son competencias propias de las entidades locales las que así les han sido atribuidas por las leyes autonómicas, que complementan y desarrollan la norma básica estatal. Además se indica que la norma no tiene efecto retroactivo y consecuencia de ello es que las entidades locales seguirán ejerciendo las competencias atribuidas por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL.

## **B) Gestión de servicios/ ejercicio de actividades económicas por sociedades públicas**

Establece la ley con carácter general que las entidades locales pueden prestar los servicios (*“los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”*) y realizar las actividades económicas que estimen pertinentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución (art. 151 y 173). Teniendo plena libertad para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios de su competencia de acuerdo con las leyes, pero garantizando, en todo caso, el funcionamiento de los servicios obligatorios municipales, salvo en los supuestos de dispensa.

Para la mejor prestación de los servicios públicos, el artículo 68 permite que los entes locales puedan constituir sociedades instrumentales. Estos servicios mediante sociedades públicas pueden gestionarse tanto de forma directa (Sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma) como indirecta (Sociedad mixta), no pudiendo prestarse mediante sociedad mercantil los servicios que impliquen ejercicio de autoridad. (Artículo 159. Modalidades)

Para el ejercicio de actividades económicas o servicios mediante sociedades, adaptando el artículo 174, se requiere la tramitación de un expediente previo en el que se acredite la conveniencia y la oportunidad de la iniciativa pública. El expediente se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento similar a los que se han visto en otras normativas autonómicas y la estatal:



1. Acuerdo inicial del pleno. La adopción del acuerdo requiere la elaboración previa, por una comisión nombrada al efecto, de una memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, de la forma de gestión, de la previsión de los ingresos y del precio de los servicios ofertados, y de los supuestos de cese de la actividad.
2. Exposición pública por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.
3. Aprobación del proyecto por el pleno de la entidad.

Analizaremos por separado la regulación específica que de las sociedades mercantiles realiza la ley 20/2006, distinguiendo entre gestión directa e indirecta.

### **1.- Gestión directa**

Se permite, como se ha indicado, la gestión directa de los servicios locales de carácter económico mediante la constitución de una sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma.

Las características de dichas sociedades, de acuerdo con el artículo 163, son las siguientes:

- a) El capital debe pertenecer íntegramente de forma directa a la entidad local o indirectamente a un ente público de la misma; sociedad de segundo nivel.
- b) La forma que debe adoptar es de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, es decir, las contempladas en el artículo 1 de la Ley de sociedades de capital.
- c) Actuará en régimen de empresa privada sujeta al derecho mercantil, excepto en las materias en las que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.
- d) En la escritura de constitución de la sociedad constará el objeto, el capital social aportado por la entidad local o por un ente público dependiente de la misma, la forma de constituir el consejo de administración, y los estatutos para su funcionamiento.
- e) El personal de la sociedad no adquiere en ningún caso la condición de funcionario y está sujeto al derecho laboral.
- f) No se rigen por el régimen presupuestario sino que elaborarán anualmente un programa de actuación, de inversiones y de financiación.

### **2.- Gestión indirecta**

Se permite la gestión indirecta de los servicios que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresariado particular. En estos casos, la entidad local mantiene sobre los mismos la

titularidad y las potestades de dirección y control que se deriven de la propia ordenación legal del servicio, para garantizar su buen funcionamiento.

Se regulan específicamente en el artículo 168 las sociedades de economía mixta, en las que la participación del ente local en el capital social puede ser mayoritaria o minoritaria.

Las características de este tipo de sociedades, de acuerdo con su normativa, son las siguientes:

- a) La participación del ayuntamiento, como se ha visto, puede ser mayoritaria o minoritaria, siendo necesaria la autorización del mismo para las modificaciones estatutarias que alteren la posición participativa de la entidad local.
- b) Puede constituirse una sociedad “ex novo” o participación en otras ya constituidas.
- c) La participación en la sociedad puede ser directa del ente local, o por medio de un organismo autónomo, de una entidad pública empresarial, o de una sociedad de capital íntegramente público.
- d) La gestión indirecta en sus distintas formas no puede ser otorgada por tiempo indefinido, debiendo fijarse el plazo en función de las características del servicio y con el tiempo necesario para amortizar las inversiones realizadas, sin que en ningún caso el plazo exceda, incluidas las prórrogas, del previsto en el artículo 278 del TRLCSP, es decir 50 o 60 años, según los casos.

El procedimiento de constitución es distinto según se trate de la constitución de una sociedad nueva o la participación en una ya constituida<sup>124</sup>, en concreto:

- a) En el supuesto de fundación de una nueva sociedad debe asegurarse la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, ya sea por medio de suscripción pública o por concurso de iniciativas.
- b) En el caso de una sociedad ya constituida, el pliego de condiciones establecerá, en su caso, la necesidad de modificar los estatutos de la sociedad para adaptarlos a las exigencias del pliego.

Realizados estos procesos de selección del socio privado, en la escritura de constitución o en la de ampliación de capital, se fijará el valor de la aportación del ente local, que puede consistir exclusivamente en la concesión del servicio debidamente valorada.

Vencido el plazo para el que se ha constituido la sociedad, el activo y el pasivo de la sociedad revertirán al patrimonio local, ya que el capital privado ha de amortizarse dentro del período de duración de la misma. Al igual que en los casos de concesión y de sociedad de economía mixta, revertirán al patrimonio local, cuando finalice el plazo y en condiciones adecuadas de uso, los bienes, las instalaciones y el material afectos al servicio.

---

<sup>124</sup> El proceso de constitución de las sociedades mixtas se analizará detenidamente en el Capítulo XII del presente estudio.

## **C) Relaciones patrimoniales**

La Ley 20/2006, en cuanto a la transmisión de bienes entre las administraciones locales matrices y sus sociedades públicas, establece una fluida relación, permitiendo<sup>125</sup> la cesión o aportación directa de bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, a las sociedades creadas por ellas o en las que tengan participación, para la prestación de servicios y el ejercicio de actividades económicas.

### **3.5.2.- Legislación Sectorial Urbanística**

La norma esencial de la Comunidad de las Islas Baleares es la reciente Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo. Esta norma no regula un estatuto específico de las sociedades urbanísticas, refiriéndose a ellas en aspectos concretos que se analizarán seguidamente, por lo que le es de aplicación lo analizado en relación a la normativa estatal que se aplica como supletoria como reiteradamente ha manifestado la jurisprudencia y así se ha analizado.

No obstante ello, existen distintos aspectos que son interesantes de destacar a los efectos del presente estudio. En primer lugar, se destaca claramente como una de las finalidades esenciales de la actividad urbanística en su artículo 3, la siguiente:

*“i) Evitar la especulación del suelo y garantizar la disponibilidad de suelo para usos urbanísticos, una previsión de dotaciones y equipamientos urbanos adecuada y el acceso a una vivienda digna. El suelo vinculado a uso residencial está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, un domicilio libre de intrusiones contaminantes y en un entorno seguro, saludable y universalmente accesible. Asimismo debe favorecer la cohesión social, mediante la regulación del uso del suelo de forma que se fomente la convivencia equilibrada de grupos sociales, usos y actividades”.*

Además de ello, deja perfectamente claro que para el logro de los objetivos y finalidades de la actividad urbanística son competentes, entre otros, los ayuntamientos y otros organismos locales previstos en la legislación autonómica de régimen local, que como hemos visto regula detalladamente las sociedades mercantiles públicas. Estas competencias urbanísticas propias se ejercerán en los términos que determina la legislación de régimen local y la urbanística (art. 15).

## **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

Con carácter general, la dirección y control de la actividad urbanística corresponde a la administración competente, si bien ésta puede llevar a cabo la gestión y la ejecución de la actividad urbanística directamente o las puede

---

<sup>125</sup> Artículo 142. Adscripción y aportación de bienes.

encomendar a organismos de carácter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas, de acuerdo con el artículo 4 en relación con el 12 de la Ley.

Además de esta previsión expresa, también se contempla en el artículo 52 la posibilidad de formular el planeamiento a las sociedades públicas instrumentales dependientes de las administraciones. Se prevé la posibilidad de promover ordenaciones urbanísticas a través de los instrumentos de planeamiento que corresponda y que tengan por objeto la regeneración y la renovación urbanas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, las administraciones públicas y las entidades públicas a ellas adscritas, así como las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, las cooperativas de vivienda constituidas al efecto, las personas propietarias de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas, las personas titulares de derechos reales o de aprovechamiento, y las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de cualquiera de los sujetos anteriores.

## **B) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

El artículo 102 prevé específicamente que los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser: cedidos gratuitamente o por precio que puede ser inferior al de su valor urbanístico, directamente o mediante convenio establecido con ese fin a cualquiera de las otras administraciones públicas territoriales, y a entidades o sociedades de capital íntegramente público.

Para que esta cesión pueda tener lugar, los suelos cedidos deben destinarse a los siguientes fines:

- a) En suelo residencial, a la construcción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.
- b) En el resto de suelo, a usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística.

## **3.6.- CANARIAS**

### **3.6.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

#### **3.6.1.1.- Estatuto de Autonomía**

La Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, reconoce expresamente en su artículo 30 la competencia de la comunidad en materia de "Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda", siendo la propia Comunidad Autónoma a la que le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de Régimen local.

### **3.6.1.2.- Ley 7/2015 de los municipios de Canarias**

#### **A) Competencias municipales**

La Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, en su artículo 11, determina con claridad que es competencia propia de los ayuntamientos la vivienda. En éste se indica que *“sin perjuicio de lo previsto en la legislación básica, los municipios canarios asumirán, en todo caso, las competencias que les asignen como propias las leyes sectoriales de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre las siguientes materias: q) Vivienda”*.

Es de destacar que uno de los criterios esenciales de la norma para asignar esta competencia a los municipios es el de “máxima proximidad”<sup>126</sup>, que la Ley lo considera en su artículo 5 como uno de los principios esenciales para la atribución de competencias por las leyes sectoriales, junto a los de garantía de la autonomía municipal, igualdad de la ciudadanía en el acceso a los servicios públicos y suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria.

Canarias no tienen una norma específica de adaptación de su normativa a la LRSAL, como tienen y se ha analizado otras Comunidades, pues al ser la Ley 7/2015 posterior a la misma, en la propia ley se dispone expresamente que las competencias atribuidas a los municipios por las leyes de la Comunidad Autónoma de Canarias con anterioridad a la misma continuarán ejerciéndose con el contenido y alcance establecido por la respectiva norma (Disposición transitoria Primera) y la irretroactividad y la continuidad de los servicios preexistentes, aplicándose la limitación competencial para la asunción de nuevas competencias o la creación de nuevos servicios (Disposición transitoria Segunda).

Además de esta normativa hay otra que regula las empresas públicas pertenecientes a la Comunidad Autónoma y que posteriormente analizaremos al hablar de las empresas locales, pues pueden servir como elemento interpretativo y de aplicación supletoria. Son las siguientes normas: en concreto, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, y la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria.

#### **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

No se establece en la Ley 7/2015, como en la mayor parte de las CC.AA., una regulación detallada y específica ni de los modos de prestar los servicios públicos, ni tampoco un estatuto de la empresa pública local, sino solo

---

<sup>126</sup> El principio de Máxima proximidad está formulado en el artículo 7 de la ley, que dice: “Como principio complementario al de garantía de la autonomía municipal, la legislación que atribuya competencias a los ayuntamientos canarios deberá tener en cuenta la máxima proximidad a la ciudadanía que permita que sean aquellos, con preferencia a otras administraciones públicas canarias, los que desarrollen servicios y funciones prestacionales, particularmente las que tiendan a satisfacer intereses vecinales de primer grado o esenciales para la comunidad vecinal”.

determinadas especialidades en relación a ambos temas, por lo que se aplicará la normativa básica de régimen local estatal con las especialidades que se determinan por la norma canaria.

No obstante ello, hay que indicar que la normativa de Canarias sí que regula las empresas públicas como gestoras de servicios y para la realización de actividades económicas de las administraciones públicas. Así la ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, aun cuando se aplica al Sector Público Canario, considera en su artículo 2.º que a los efectos de la ley forman parte del sector público autonómico: “e) *Las sociedades mercantiles públicas definidas en la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*”. La aludida Ley de Patrimonio (Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias), en su artículo 117 establece una distinción en cuanto a las sociedades mercantiles públicas, distinguiendo:

- a) Sociedades mercantiles públicas: Aquellas en las que la Comunidad Autónoma participe en más del 50% de su capital social, directa o indirectamente, a través de otras sociedades mercantiles, públicas o participadas. Estas sociedades se regirán por el presente título y sus normas de desarrollo, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación y justarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta Ley que les resulten expresamente de aplicación.
- b) Sociedades mercantiles participadas: Las que dicha participación, directa o indirecta, no supere el 50% de su capital social. En cualquier caso, dicha participación no podrá ser inferior al 10%, salvo que se trate de sociedades cuyo capital social sea superior a 3.000.000 de euros.

Además, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en su artículo 17, expresamente, reconoce que para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen el ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de dos o más Administraciones Públicas, se podrán constituir sociedades anónimas cuyo capital pertenezca total o mayoritariamente a las entidades afectadas. Precizando que en estos casos los acuerdos de constitución, participación o adquisición de títulos representativos del capital de las citadas sociedades se adoptarán por las Administraciones interesadas en la forma prevista en las normas reguladoras de sus respectivos patrimonios.

Volviendo a la Ley de Municipios, se aplica la misma expresamente a “las sociedades mercantiles constituidas por entidades municipales con capital mayoritariamente público”, de acuerdo con su artículo 2 (“*Ámbito de aplicación*”).

Los aspectos específicos que regula la Ley 7/2015 son los siguientes:

Las sociedades públicas se someten a los preceptos de esta ley que se declaren de aplicación y a sus normas de funcionamiento (art. 2):

- a) Se determina que para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia se utilizará como modo de gestión la sociedad mercantil local de capital exclusivamente público (art. 81).
- b) Se prohíbe la retribución de los miembros del Consejo de administración cuando el objeto social de la sociedad mercantil local de capital íntegramente público sea la prestación de servicios públicos y el Pleno de la entidad matriz actúe como junta general, designando como consejeros o administradores a sus miembros (art. 82).
- c) En relación al régimen jurídico del personal del sector público municipal canario, se aplica las normas sobre organización del empleo público local contenidas en esta ley, sin perjuicio de lo que disponga la normativa reguladora del empleo público canario, incluido el Estatuto de personal directivo local (Disposición adicional undécima)

### **3.6.1.3.- Legislación patrimonial local**

El reciente Decreto 8/2015, de 5 de febrero, para la agilización y modernización de la gestión del patrimonio de las Corporaciones Locales Canarias, como indica su Preámbulo, *“pretende aportar, en relación con el patrimonio local, medidas frente a una serie de deficiencias en la legislación actual, con el objeto de agilizar la gestión y modernizar su regulación”*, específicamente de aspectos concretos del tráfico jurídico de los bienes patrimoniales; del uso y utilización de los bienes demaniales; de la protección del patrimonio local, y del patrimonio empresarial de las entidades locales canarias.

Incluyendo expresamente en la aplicación de las previsiones contenidas en el Capítulo IV (Patrimonio empresarial) del Decreto, a las sociedades mercantiles cuyo capital, íntegra o mayoritariamente, pertenezca a los entes locales (artículo 2, ámbito subjetivo).

Las especialidades que determina la regulación del Decreto son las siguientes:

#### **a) Autorización para la adquisición o enajenación de patrimonio**

En primer lugar, para la adquisición y enajenación del patrimonio empresarial inmobiliario se exige la autorización de la Entidad Local, con independencia de los controles internos que realice la Corporación matriz respecto del patrimonio de sus sociedades mercantiles, de acuerdo con el artículo 18.

#### **b) Aportación de bienes patrimoniales a sociedades**

Se permite la aportación de bienes o derechos de una Entidad Local a sociedades mercantiles cuyo capital social le pertenezca, total o mayoritariamente, de acuerdo con el artículo 19.

Para ello deberá realizarse el siguiente procedimiento para la referida aportación:

1.- En primer lugar la realización de un expediente administrativo al que habrán de incorporarse los siguientes documentos:

- Certificación del Registro de la propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la entidad local.
- Certificación por quien ostente la Secretaría de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica.
- Informe de la Intervención de fondos en el que se haga constar que no existe deuda pendiente de liquidación con cargo al bien objeto de la cesión. De existir, habrá de constar el compromiso de la persona cesionaria de subrogarse a ella.
- Dictamen suscrito por personal técnico de la Corporación, que acredite que los bienes no están comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, vigente o en tramitación, que los haga necesarios al ente local.
- La tasación pericial.
- Informe del titular de la Secretaría o asesoría jurídica sobre la idoneidad del bien o derecho para el fin a que se le destina.

2.- Acuerdo plenario que contenga su motivación y las condiciones a las que se somete la cesión, incorporando al expediente, una vez adoptado el acuerdo, la certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que el acuerdo de cesión ha sido adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

### **c) Aportación de concesiones demaniales**

Igualmente se permite que las entidades locales aporten a las sociedades en las que participen total o mayoritariamente concesiones demaniales debidamente valoradas. Con las siguientes condiciones:

- La concesión será además abonada a la Entidad Local mediante la fijación de un canon.
- Podrá revestir la forma de prestación accesorio, retribuida o no, y en tal caso no podrá integrar el capital social de la empresa, debiendo establecerse en la escritura social mediante su consignación en los estatutos de la sociedad.

### **d) Enajenación de acciones y participaciones sociales y de derechos de suscripción por las entidades locales**

Se regirá por la legislación patrimonial del Estado la enajenación, aportación o transmisión, por las Corporaciones Locales o por sus organismos autónomos, de títulos representativos de capital de sociedades mercantiles que sean de titularidad de las mismas, estableciéndose las siguientes particularidades:



- Cuando el procedimiento seguido para la enajenación sea la subasta y ésta quedara desierta, podrá acordarse la celebración de hasta tres sucesivas más sobre el mismo bien, siendo el tipo de licitación el de la inmediata anterior, que podrá reducirse hasta en un quince por ciento en cada nueva subasta por resolución motivada del órgano competente.
- Transcurridos dos años desde la fecha de celebración de la primera subasta sin que se hayan adjudicado los títulos o derechos, si se celebrara otra, ésta tendrá el tratamiento de primera, por lo que habrá de realizarse una nueva valoración.

### **e) Enajenación de derechos de suscripción por las entidades locales**

Lo anteriormente indicado para la enajenación de acciones o participaciones será igualmente de aplicación a los derechos de suscripción que pudieran corresponder a las entidades locales canarias o a sus organismos autónomos.

## **3.6.2.- Sectorial**

### **3.6.2.1.- Urbanística**

De la Comunidad Canaria se destaca la normativa urbanística constituida fundamentalmente por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el "Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias".

El Presente Decreto Legislativo sigue la línea de la normativa estatal, si bien esta última debe ser aplicada supletoriamente al no agotar toda la regulación la autonómica. En concreto son distintos los artículos de dicho Decreto Legislativo en los que se regulan tanto las sociedades urbanísticas como la cesión de patrimonios municipales de suelo que posteriormente analizaremos.

Con carácter previo, hay que señalar que el artículo 6 (Fines de la actuación de carácter urbanístico) establece como uno de los fines de la actuación de carácter urbanístico evitar la especulación con el suelo y la vivienda, y que la ordenación urbanística tiene por objeto, en el marco de la ordenación del territorio, entre otros, la calificación de suelo para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

## **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La gestión de la actividad de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística se desarrollará en las formas previstas en este Texto Refundido y, para lo no contemplado en él, en la legislación reguladora de la Administración actuante<sup>127</sup>. En esta misma línea, el artículo 92 indica que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos podrán utilizar, para la gestión de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades admitidas

<sup>127</sup> El artículo 7. Gestión de la actividad de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística.

por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.

Una de estas formas que expresamente se reconoce para la gestión propia por la administración es la sociedad urbanística, pues las administraciones anteriormente indicadas están habilitadas para crear organismos autónomos de carácter gerencial y entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o sólo para determinadas actuaciones. En particular, podrán crear sociedades según la normativa mercantil vigente.

Pero no solo las administraciones territoriales directamente, sino también los consorcios creados por las mismas, pues el artículo 93.5.º permite que *“para la gestión de los servicios que les sean encomendados, los consorcios podrán crear entidades mercantiles de capital íntegramente público y mixto”*.

Además de estas previsiones para la gestión y ejecución de carácter general, se prevén las siguientes de carácter singular, en función de los distintos sistemas de ejecución de que se trate:

1. En el **sistema de cooperación** (artículo 121), prevé la posibilidad de la constitución por la Administración actuante de sociedad mercantil de capital público municipal o perteneciente a cualquiera de las otras Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma o de la que se constituya, en otro caso, con esta exclusiva finalidad.

Cuando la sociedad se constituya para una actuación concreta se permite que la sociedad pueda ser de capital mixto, con participación no solo de los propietarios de terrenos comprendidos en la unidad de actuación, cuando menos, el 50 por 100 de la superficie total de la misma, sino también de empresarios privados contratados para la realización de las obras de urbanización y edificación precisas.

2. En el **sistema de expropiación**, el artículo 126 permite a la administración actuante desarrollar la actividad de ejecución mediante las formas de gestión que permita la legislación aplicable y resulten más adecuadas a los fines de urbanización y edificación previstos en el planeamiento, pudiendo ser la sociedad beneficiaria de la expropiación.
3. En el **sistema de ejecución forzosa** se indica que se gestionará (artículo 132) por el Ayuntamiento mediante encomienda bien a sociedad mercantil de capital público propia o perteneciente a cualquiera de las otras Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma, bien a la que constituya, en otro caso, con esta exclusiva finalidad. En este último caso la sociedad podrá ser de capital mixto, procediendo las aportaciones privadas de los propietarios de terrenos comprendidos en la unidad de actuación. La sociedad que asuma la encomienda de la gestión del sistema contratará con empresarios privados la realización de las obras de urbanización y edificación precisas.

## B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas

Como se ha visto, la normativa urbanística canaria prevé de forma específica con carácter general la constitución de sociedades urbanísticas. La regulación que de las mismas hace es relativamente amplia, siendo sus características y elementos definitorios los siguientes:

1. Serán sociedades mercantiles con responsabilidad limitada y deben de constituirse “según la normativa mercantil”.
2. Su naturaleza puede ser de carácter instrumental, o de capital cien por cien público, en cuyo caso pertenecerá el capital bien totalmente a la administración actuante, local o autonómica, bien a dos o más administraciones pero siendo en su totalidad público. Igualmente podrá ser de naturaleza mixta siendo en estos casos necesario que se trate de actuaciones concretas, en cuyo caso el capital privado pertenecerá a propietarios que representen más del 50% de los terrenos o de empresarios contratados para la ejecución de las obras de urbanización o edificación. En estos casos entendemos, que aun cuando parece limitar las sociedades mixtas a estos supuestos y socios concretos que regula, la realidad es que de acuerdo con la normativa de régimen local y estatal urbanística, las sociedades mixtas podrán constituirse para actuaciones no siempre específicas y concretas y podrá darse entrada a otros socios privados como, por ejemplo, entidades financieras.
3. Su carácter de gestoras del urbanismo en el sentido de que, al igual que en la legislación estatal y en otras normativas de CC.AA., en ningún caso podrán las sociedades a que se refiere el párrafo anterior proceder directamente a la ejecución material de las obras, pues la ejecución específica de las obras de urbanización y edificación las deberá contratar a empresarios externos.
4. Su campo de acción es muy amplio, pues en relación a su objeto social, el artículo 92 establece que las sociedades instrumentales de capital íntegro o mixto, está vigente para alguno de los fines siguientes:
  - Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
  - Consultoría y asistencia técnica.
  - Prestación de servicios.
  - Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.
5. Las sociedades urbanísticas pueden recibir directamente la encomienda o encargo de realización de las actuaciones propias de su objeto y, en general, las materiales, técnicas o de gestión, por las administraciones que las han constituido o cualquiera de las otras Administraciones (de la Comunidad Autónoma o Cabildos Insulares).
6. Además, las Administraciones públicas y sus organismos dependientes o adscritos, los consorcios y las entidades mercantiles creadas por aquéllas o cualquiera de éstos, podrán suscribir convenios con fines de colaboración

en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

En cuanto a la regulación de los Patrimonios públicos de suelo, hay que indicar que el texto refundido<sup>128</sup> permite que los bienes de los patrimonios públicos puedan ser:

1. Cedidos gratuitamente, por precio fijado o mediante cualquier otra contraprestación, cuando tenga por finalidad el fomento o promoción de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, la realización de programas de conservación, mejora medioambiental, o la ejecución y en su caso gestión de otros usos previstos en el planeamiento a: *“Sociedades Mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de entidades a las que se refieren los dos apartados anteriores sea superior al cincuenta por ciento, siempre que su objeto social incluya la finalidad que justifica la cesión del suelo”*. La cesión se efectuará mediante el oportuno convenio, que deberá incluir expresamente que los beneficios que pudieran derivarse para la entidad cesionaria, como consecuencia del mismo, habrán de destinarse a los fines establecidos en la ley para el patrimonio público de suelo.
2. Igualmente, los bienes de los Patrimonios Públicos de suelo destinados a la construcción de viviendas protegidas de promoción pública serán cedidos gratuitamente a la Administración u organismo competente para realizar dicha promoción pública.
3. Además de ello, se contiene una previsión que extiende la cesión gratuita a las sociedades urbanísticas cuando los bienes propiedad de las administraciones públicas no sean del patrimonio público del suelo pero se trate de viviendas o anexos de las mismas sujetos a régimen de protección pública.

#### **3.6.2.2.- De vivienda**

La Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, establece una amplia competencia en materia de vivienda a los municipios canarios por lo que, consecuentemente, las posibilidades de actuación de sus sociedades urbanísticas es amplia.

Ya se ha visto que el Preámbulo de la Ley reconoce el papel fundamental de los ayuntamientos en la política de vivienda. Dicho papel se concreta en la posibilidad de cesión de suelo para la promoción pública de viviendas, la adscripción en los instrumentos de planeamiento generales de suelo residencial para la construcción de viviendas protegidas, y en la participación en los procedimientos de adjudicación de las viviendas.

---

<sup>128</sup> Artículo 77. Enajenación de los bienes de los patrimonios públicos de suelo.

Además de ello, en el artículo 6 les reconoce competencia para la promoción y gestión de viviendas, así como para la gestión, administración y conservación del parque público de viviendas de titularidad municipal, incluso, previo convenio con el Instituto Canario de la Vivienda, o con el cabildo insular correspondiente, la gestión, administración y conservación del parque público de viviendas de titularidad de estas administraciones que se encuentre en su término municipal.

### **3.7.- CANTABRIA**

#### **3.7.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

##### **3.7.1.1.- Estatuto de Autonomía**

La Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, en su artículo 24.3, establece, al igual que las Comunidades anteriores, la competencia exclusiva en esta materia, en concreto en “*Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda*”. Completando ello, el artículo 25 que le atribuye el desarrollo legislativo en materia de régimen local.

##### **3.7.1.2.- Otra normativa administrativa**

Cantabria no tiene una ley de régimen local sino que solamente se ha dotado de la Ley 6/1994, de 19 de mayo, “reguladora de las Entidades Locales Menores de la Comunidad Autónoma de Cantabria”, que no contiene regulación alguna de las sociedades públicas.

No obstante ello, existe otra normativa autonómica que, aun cuando no es de aplicación directa a las sociedades sino al sector público de la comunidad, sí puede ser tenida en cuenta como referencia a los efectos de la interpretación y aplicación de la normativa básica estatal a las sociedades locales.

Esta normativa es la siguiente:

##### **a) Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria**

Esta Ley en su Disposición Adicional Cuarta, regula las “Sociedades públicas regionales de carácter mercantil”, indicando que se registrarán cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. Concretando que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

##### **b) Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria**

Esta norma que determina que los bienes y derechos quedarán sujetos al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley que les resultan

expresamente de aplicación (art. 7). Permitiendo la adjudicación directa de los bienes patrimoniales cuando el adquirente sea una persona jurídica de Derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, entiende por persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público “la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de Derecho público” (art. 63). Igualmente la adscripción de los bienes demaniales para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios (art. 102).

Por último, la Ley en el Título VII (Patrimonio Empresarial de la Comunidad Autónoma, artículos 151 y ss.) regula de forma amplia el régimen jurídico del denominado “Sector público empresarial”, en el que se incluyen las Sociedades Públicas Regionales. La regulación que de las mismas se realiza, puede concretarse en los siguientes aspectos:

- a) Son consideradas como sociedades públicas regionales de carácter mercantil aquellas en las que la participación, directa o indirecta (sociedades de segundo nivel), en su capital social de las entidades públicas que integran el sector público regional, sea igual o superior al cincuenta por ciento. Para la determinación de este porcentaje se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público regional, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
- b) Se rigen, como se ha indicado, en la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley que les resulten expresamente de aplicación.
- c) Su creación requiere la autorización expresa, bien por Decreto del Consejo de Gobierno, cuando sea de participación directa de la Comunidad, bien por los órganos de gobierno, cuando la constituya otra sociedad preexistente. Con la autorización se aprobarán el objeto, el capital social inicial de la sociedad y sus Estatutos, y se podrá acordar que la aportación lo sea en metálico y en bienes de dominio privado, cualquiera que sea su valor. Con carácter previo a la autorización, deberá elaborarse memoria justificativa económica relativa, entre otros aspectos, a su integración dentro del sector de Administraciones Públicas, en términos de Contabilidad Nacional, y de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas.

### **3.7.2.- Sectorial**

#### **3.7.2.1.- Urbanística**

La normativa urbanística de aplicación es la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo, que en su artículo 5 prevé expresamente que será a los municipios a los que corresponda las funciones públicas de carácter urbanístico, con carácter general, pues asumirán todas aquellas competencias que no estén expresamente atribuidas a otras Administraciones.

La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria, contiene alguna referencia a las sociedades urbanísticas municipales.

Con carácter general, en su artículo 118, “competencias y entes de gestión”, establece que la ejecución de los Planes de Ordenación Urbana corresponde a los Municipios, sin perjuicio de la participación de los particulares, en los términos establecidos en la presente Ley. Para su ejercicio, los Municipios podrán constituir al efecto entes de naturaleza pública o privada para la ejecución del planeamiento correspondiente, así como agruparse con otros y constituir entes conjuntos en los términos previstos en la legislación de régimen local.

En relación a los Patrimonios Públicos de Suelo, en el artículo 236 (“Cesiones entre Administraciones”), permite a los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y sus respectivas entidades instrumentales, incluidas las sociedades de capital público, la posibilidad de permutar o transmitirse directamente, incluso a título gratuito, terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamientos comunitarios y otras instalaciones o edificaciones de uso público e interés social. La Administración General del Estado y las demás Administraciones Públicas podrán también beneficiarse de estas cesiones.

Por último, en relación al Derecho de superficie, el artículo 239 determina que las Administraciones públicas y demás entidades dependientes de ellas constituyan derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas de protección pública, instalación de industrias o a otros fines de interés social.

### **3.7.2.2.- De vivienda**

La Ley 5/2014, de 26 de diciembre, de Vivienda Protegida de Cantabria, en su artículo 17 (Promoción de viviendas protegidas) permite que sean promotores de viviendas protegidas las personas físicas o jurídicas que no se encuentren incurso en inhabilitación para promoverlas, permitiendo, además, que las viviendas de promoción pública sean promovidas sin ánimo de lucro por una administración pública o por entidades de derecho público vinculadas o dependientes.

## **3.8.- CASTILLA Y LEÓN**

### **3.8.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

#### **3.8.1.1.- Estatuto de Autonomía**

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León<sup>129</sup>, en su artículo 70.1.6 atribuye la competencia exclusiva en materia de “Ordenación del territorio, urbanismo y

---

<sup>129</sup> Reformado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

vivienda”. De acuerdo con el artículo 71, es igualmente competencia de la Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado sobre Régimen Local.

Además de ello, el artículo 45 atribuye a los municipios no solo las competencias propias que se establecen por la legislación básica del Estado y la de la Comunidad Autónoma, sino también se contempla una cláusula genérica de competencias al reconocérseles la capacidad para ejercer la iniciativa en toda materia de interés local que no esté expresamente excluida de su competencia o atribuida a otras Administraciones por la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma.

### **3.8.1.2.- Ley 1/1998 de Régimen Local de Castilla y León**

La Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, en su artículo 20, letra f), reconoce expresamente la competencia municipal en materia “Promoción y gestión de viviendas”, además de las de Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (letra d). Para el ejercicio de estas competencias, los municipios podrán crear y gestionar equipamientos e infraestructuras, planificar su ubicación, programar actividades y prestar cuantos servicios públicos deseen.

Ratificando estos criterios competenciales, el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, LRSAL, en el primero de sus artículos deja perfectamente claro que las competencias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla y León por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL “se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-Ley”.

En desarrollo del Decreto-Ley, la Junta ha publicado una circular el primero de abril de 2014<sup>130</sup>, en la que con el objeto de señalar criterios que sirvan de guía a los servicios que se prestan actualmente por parte de los municipios y las Diputaciones, deja perfectamente claro este criterio competencial amplio al considerar que la reforma del artículo 25 realizada por la LRSAL ha reducido el mínimo competencial pero no prohíbe a las CC.AA. atribuir competencias a las entidades locales distintas a las previstas en el artículo 25.2 y 36.1, y teniendo en cuenta que las leyes autonómicas que les atribuyeron competencias no han perdido vigor, éstas continuarán siendo ejercidas en virtud de sus normas de atribución.

---

<sup>130</sup> Circular de 1 de abril de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Gobierno del Territorio, relativa al sistema competencial y otras cuestiones derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).



No regula nada expresamente la citada ley de Régimen Local en relación a la prestación de los servicios y sus formas y la iniciativa para el ejercicio de actividades económicas por parte de los entes locales. Ante ello, al igual que se ha realizado al estudiar otras legislaciones autonómicas, se puede acudir como referencia a la regulación que de las sociedades públicas autonómicas realiza la Ley del Gobierno y de la Administración de Castilla y León, Ley 3/2001, de 3 de julio.

Esta ley, en el Capítulo IV del Título VII, que trata de la Administración institucional, regula específicamente las empresas públicas en los artículos 92 a 94. Considera tales a las sociedades mercantiles en cuyo capital la participación directa o indirecta de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus entidades institucionales sea superior al 50 por 100. En tal caso, se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, no pudiendo disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas en ningún caso.

La creación de una empresa pública podrá realizarse, bien a través de la constitución de una sociedad mercantil, preferentemente anónima, con la cualidad de empresa pública, o bien mediante la adquisición de esta cualidad por parte de una sociedad mercantil ya constituida. Son supuestos de extinción de las empresas públicas, de acuerdo con el artículo 94, la extinción de la sociedad mercantil calificada como tal o la pérdida de la cualidad de empresa pública, pero en este último caso no implicará la extinción de la sociedad mercantil, salvo que constituya un supuesto legal o estatutario de disolución.

### **3.8.2.- Sectorial**

#### **3.8.2.1.- Urbanística**

La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, se refiere a las sociedades urbanísticas en distintos apartados, pudiendo destacar distintos aspectos de la citada regulación. En primer lugar, considera a las sociedades urbanísticas como entidades de gestión urbanística y permite que la gestión de los patrimonios públicos de suelo pueda encomendarse o encargarse de forma específica a estas sociedades.

En desarrollo de la ley se ha publicado el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León<sup>131</sup>, que desarrolla ampliamente la figura de la sociedad urbanística, declarando la inaplicabilidad, con carácter general, de la normativa urbanística estatal y específicamente del Real Decreto 1069/78 en relación con las mismas, como ya se ha indicado y criticado. No obstante ello, realiza una regulación de forma muy similar a la que realiza el referido Real Decreto, al que moderniza y amplía. Lo analizaremos en aquellos aspectos destacados del mismo, pues el Decreto 22/2004 realiza una amplia y acertada regulación de

---

<sup>131</sup> Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

las sociedades, siendo de hecho junto a la normativa de la otra Castilla, la norma más completa de las distintas Comunidades.

## **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La Ley considera que las sociedades son entidades de gestión urbanística, pues en su artículo 67, precisa que *“las Administraciones públicas y las entidades de Derecho público dependientes de ellas, bien directamente o mediante la constitución de mancomunidades, gerencias, consorcios y sociedades mercantiles para la gestión urbanística, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora. A los consorcios y sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado”*.

Igualmente, el artículo 191 del Reglamento considera a las sociedades urbanísticas como sujetos intervinientes en la gestión urbanística, al indicar que son *“sujetos intervinientes en la gestión urbanística: a) Las Administraciones públicas y las entidades dependientes de las mismas, así como las mancomunidades, consorcios, gerencias y sociedades mercantiles que incluyan entre sus fines la gestión urbanística”*.

Su regulación específica se determina en el Título VI “Organización y coordinación administrativa”. Con carácter general, reconoce expresamente a las sociedades como instrumentos constituidos para la gestión amplia del urbanismo, tanto a nivel local como autonómico.

A nivel local, el artículo 400 “Entidades y órganos urbanísticos de la Administración local”, indica que los Municipios, las Diputaciones Provinciales y en general las entidades dependientes de la Administración local, pueden emplear, para la gestión de sus competencias urbanísticas, todas las formas previstas en la legislación sobre régimen local, régimen jurídico y contratación administrativa, tales como:

- a) La constitución de gerencias de urbanismo.
- b) El establecimiento de las formas de colaboración con otras entidades de Derecho público y con los particulares que resulten más convenientes para la gestión de sus competencias, incluida la constitución de mancomunidades, consorcios y sociedades mercantiles de capital íntegramente público o de economía mixta.
- c) La encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia a otras Administraciones públicas, a entidades dependientes de las mismas, o a mancomunidades, consorcios o sociedades urbanísticas constituidos con dicha finalidad.
- d) La delegación de competencias en otras Administraciones públicas o en entidades dependientes de las mismas.

A nivel de Comunidad Autónoma, el artículo 401 (Órganos urbanísticos de la Administración de la Comunidad Autónoma) indica que la Administración de la Comunidad Autónoma puede emplear, para la gestión de sus competencias

urbanísticas, todas las formas previstas en la legislación sobre régimen jurídico y contratación administrativa, así como en su normativa específica, tales como:

- a) El establecimiento de las formas de colaboración con otras entidades de Derecho público y con los particulares que resulten más convenientes para la gestión de sus competencias, incluida la constitución de consorcios y de sociedades mercantiles de capital íntegramente público o de economía mixta.
- b) La encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia a otras Administraciones públicas, a entidades dependientes de las mismas, o a mancomunidades, consorcios o sociedades urbanísticas constituidos con dicha finalidad.
- c) La delegación de competencias en otras Administraciones públicas o en entidades dependientes de las mismas.

Con carácter específico se reconoce esta capacidad de gestión del urbanismo de nuestras sociedades en la regulación de cada uno de los sistemas de gestión pública, tanto en el de cooperación como en el de expropiación. En el Sistema de cooperación, el artículo 264 del Reglamento, prevé que el Ayuntamiento delegue en las sociedades urbanísticas todas o algunas de las facultades y obligaciones de su condición de urbanizador. Igualmente en el sistema de expropiación, la Ley, en el artículo 89, indica que podrán actuar como urbanizador las sociedades urbanísticas a las que se encomiende la actuación, sin perjuicio de que el ayuntamiento u otra administración mantengan en todo caso la condición de Administración actuante. El Reglamento en esa misma línea prescribe que el Ayuntamiento puede encomendar las facultades y obligaciones de su condición de urbanizador a sociedades urbanísticas (art. 277).

Para el desarrollo de la gestión del suelo, la Ley y el Reglamento prevén los convenios urbanísticos como instrumento esencial para la determinación del alcance y la concreción del encargo de gestión del ayuntamiento a su sociedad. De acuerdo con el artículo 94 de la Ley, la finalidad de los mismos es establecer las condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la aprobación, revisión o modificación de éste, o para la gestión de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana.

El régimen jurídico de los mismos lo especifica el Reglamento que en su artículo 435, tras indicar que los mismos son esenciales para regular sus relaciones en materia de urbanismo y colaborar para el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística, indica que tienen naturaleza y carácter jurídico-administrativo, y las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción son competencia del Orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Además se determina un doble objeto de los mismos, dando lugar a dos tipologías distintas (art. 436):

- Convenios urbanísticos de planeamiento: Los que tienen por objeto establecer condiciones detalladas para la elaboración, aprobación, revisión o modificación de los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico.

- Convenios urbanísticos de gestión: Los que tienen por objeto establecer condiciones detalladas para la ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico o para el desarrollo de la gestión urbanística.

Para dar publicidad a estos convenios, además de garantizar la publicidad de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos, la Ley crea el Registro de Urbanismo de Castilla y León, dependiente de la Consejería competente en materia de urbanismo e integrado en el Centro de Información Territorial de Castilla y León. En dicho Registro se inscribirán los convenios que se aprueben, así como los estatutos de los consorcios y sociedades urbanísticas y de las entidades urbanísticas colaboradoras que se constituyan.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

La regulación específica de las sociedades urbanísticas se realiza en el Reglamento, artículo 407 (“Sociedades urbanísticas”), que, como se ha indicado, sigue de forma sistemática la regulación establecida en el Decreto estatal 1169/78, si bien actualizando su contenido y adaptándolo a la normativa castellano leonesa. En concreto, permite constituir este tipo de sociedades, a las Administraciones públicas, sus entidades dependientes, las mancomunidades y los consorcios, con las siguientes características y finalidades:

La tipología es muy amplia pues a diferencia del Decreto estatal permite que la sociedad no solo sea anónima sino también de responsabilidad limitada, siguiendo las modernas doctrinas y legislación como ya se ha estudiado. Además permite que la sociedad sea de nueva creación o mediante la participación en sociedades ya constituidas, pudiendo las mismas pertenecer a una o varias administraciones, tanto territoriales como institucionales, en cuyo caso son totalmente públicas o instrumentales, como la venimos denominando, o dar entrada a propietarios de suelos afectados, en cuyo caso serán mixtas.

El objeto de la misma igualmente es amplísimo, pues será la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, incluidas:

1. El ejercicio y la gestión de todas o algunas de las competencias de sus entidades partícipes, de entre las citadas en el artículo 404. Este artículo determina las siguientes:
  - a) La programación, elaboración, ejecución, seguimiento y coordinación de instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.
  - b) El apoyo y asesoramiento en materia de urbanismo, incluida la elaboración de informes técnicos y jurídicos previos a la adopción de acuerdos administrativos.
  - c) La planificación, ejecución, gestión y conservación de los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas.

- d) La gestión de expropiaciones previamente acordadas por la Administración competente, incluso asumiendo la condición de beneficiario de la expropiación.
  - e) La liquidación y recaudación unificada de tributos u otras prestaciones patrimoniales de Derecho público relacionadas con las competencias gestionadas.
2. La gestión, con titularidad fiduciaria de disposición, de los bienes de los patrimonios públicos de suelo de sus entidades partícipes, conservando éstas la titularidad dominical.
  3. La gestión de actuaciones urbanísticas, tanto aisladas como integradas, pudiendo asumir la condición de urbanizador, ejecutar y mantener la urbanización, así como promover y construir viviendas con protección pública.
  4. La gestión y explotación de concesiones de servicios.

Las sociedades urbanísticas deben actuar en régimen de concurrencia con la empresa privada, salvo cuando sus entidades partícipes les encomienden la realización de alguna de las actividades citadas en el apartado anterior.

Cuando las sociedades urbanísticas asuman la condición de urbanizador de una actuación urbanística, se distinguen dos aspectos diferenciados en relación a la actividad a realizar, el de la las administraciones partícipes y el de las propias sociedades:

- a) Sus Entidades partícipes pueden: Transmitir a las sociedades o aportar como participación social en las mismas sus terrenos y derechos de aprovechamiento que resulten afectados, tanto en pleno dominio como mediante la constitución del derecho de superficie, o bien ofrecer a los propietarios afectados la suscripción, sin licitación pública, de una parte del capital de las sociedades, a distribuir entre los que acepten participar en proporción al aprovechamiento que les corresponda.
- b) Las propias sociedades pueden por sí mismas:
  - Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, en orden a la mejor gestión de la actuación urbanística.
  - Suscribir convenios con las Administraciones públicas con competencias sobre el ámbito de la actuación urbanística.
  - Gestionar y conservar los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas ejecutadas, hasta que sean recibidas por el Ayuntamiento.
  - Enajenar, incluso antes de la total ejecución de la actuación, las parcelas edificables que resulten de la misma, así como los derechos de

aprovechamiento que deban materializarse sobre dichas parcelas, en los términos más convenientes para asegurar la edificación en los plazos y demás condiciones previstas.

Nada dice la norma sobre el procedimiento para la constitución, por lo que habrá que estarse a lo establecido en la normativa de régimen local. No obstante ello, como se ha visto, la normativa tiene un elemento formal específico, entendemos que no para su constitución ni validez, pero sí a efectos de publicidad, que es la necesidad de que los estatutos de las sociedades urbanísticas se inscriban en el Registro de Urbanismo de Castilla y León, dependiente de la Consejería competente en materia de urbanismo e integrado en el Centro de Información Territorial de Castilla y León.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Siguiendo la completa regulación que en relación a las sociedades urbanísticas realiza la legislación castellano-leonesa, se contempla ampliamente la utilización de las mismas en relación con los distintos supuestos de instrumentos de intervención del mercado del suelo.

**1.- Patrimonios públicos de suelo:** La normativa otorga mucho campo de actuación a nuestras sociedades, en concreto:

- a) Permite la gestión por sociedades (artículo 126 de la Ley y 375 del Reglamento): La gestión de los patrimonios públicos de suelo podrá ejercerse directamente por su Administración titular o encomendarse a otras Administraciones públicas, entidades de Derecho público dependientes de ellas o a mancomunidades, consorcios o, específicamente, a sociedades urbanísticas.
- b) Se permite la utilización de la expropiación forzosa para la constitución y ampliación de los patrimonios públicos de suelo, de la que nuestras sociedades pueden ser, como se ha visto, beneficiarias (Ley, art. 126).
- c) También se permite la transmisión de los bienes de los patrimonios públicos de suelo, que podrá realizarse mediante cesión gratuita o enajenación por precio inferior al valor de su aprovechamiento a favor de empresas públicas, siempre que se comprometan a destinarlos a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social que redunden en manifiesto beneficio de la Entidad Local, de acuerdo con el artículo 127 de la Ley.
- d) Es interesante el hecho de que tanto la ley en el artículo 124 como el Reglamento en el 372, determinen que los bienes integrantes de los referidos Patrimonios Públicos de Suelo, las acciones o participaciones que se suscriban en sociedades o entidades en las que se aporten como capital público bienes del mismo patrimonio, por lo que se reconoce explícitamente la posibilidad de su aportación a capital de dichas sociedades (aportación en especie), bien en el momento de su constitución o en fase posterior mediante el oportuno aumento de capital.

**2.- Derechos de tanteo y retracto:** Determina el artículo 385 del reglamento que, si bien la titularidad corresponde al Ayuntamiento, éste puede ceder el ejercicio de los mismos de forma general, o para ámbitos concretos, a favor de otras Administraciones públicas, entidades dependientes de las mismas, mancomunidades, consorcios y sociedades urbanísticas.

**3.- Derecho de superficie:** Las sociedades urbanísticas podrán constituir el derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad o integrantes de patrimonios públicos de suelo cuya gestión les corresponda, con destino a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social previstos en el planeamiento urbanístico o vinculados a su ejecución (artículos 130 de la Ley y 394 del Reglamento).

### **3.8.2.2.- De vivienda**

La Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, es la normativa fundamental en esta materia, como se ha analizado con profundidad al analizar las competencias de los ayuntamientos en materia de vivienda. La referida ley, al igual que la normativa urbanística, establece claramente la competencia de vivienda de los ayuntamientos, por lo que las posibilidades de actuación de las sociedades urbanísticas en esta materia es muy amplia, si se tiene en cuenta además el amplio objeto social de nuestras sociedades que contempla dicha normativa urbanística.

Centrado ello, los aspectos relativos a la competencia municipal en materia de vivienda de los ayuntamientos, y por consiguiente de sus sociedades, de forma sintética, se encuentran definidos por los siguientes aspectos de la ley:

- a) Los municipios pueden ejercer sus competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística, la ley de vivienda de acuerdo con el artículo 7.
- b) Los ayuntamientos, además de ser competentes en materia de vivienda, son elementos esenciales para el desarrollo efectivo de las políticas de vivienda de las CC.AA., especialmente los municipios de más de 20.000 habitantes, a través de los planes municipales de vivienda.
- c) Se regula expresamente la competencia para promover viviendas de protección pública, no solo a los ayuntamientos sino también a las entidades del sector público, en el artículo 58. Igualmente la competencia para la administración, conservación y, en su caso, la rehabilitación de los parques de viviendas cedidos en arrendamiento.

## **3.9.- CASTILLA-LA MANCHA**

### **3.9.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

La Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, al igual que ya se ha visto en otras comunidades, asume de forma expresa en el artículo 31.1.2.º la competencia exclusiva en materia de "*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*".

Aun cuando tienen una ley específica de régimen local, la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, no regula específicamente en ella a las sociedades públicas. No obstante ello, otras leyes Castellano-manchegas sí que establecen una regulación sobre las mismas pero de ámbito autonómico, regulación que puede servir como complemento de la normativa estatal de régimen local y de la urbanística, que como se verá sí regula expresamente las sociedades urbanísticas.

Esta legislación administrativa es la siguiente:

**a) Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha**

La Ley regula distintos aspectos patrimoniales de las sociedades públicas en los artículos 53 a 55.

Con carácter previo, en cuanto a su régimen jurídico, la actividad industrial y comercial realizada por los Organismos Autónomos y Sociedades mercantiles, así como las Empresas de que sean partícipes o propietarios, se sujetarán al régimen jurídico de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, Ley General Presupuestaria y al resto de la legislación estatal.

El órgano de tutela es la Consejería de Economía y Hacienda, a la que corresponde el ejercicio de:

- a) Los derechos inherentes a la participación en Organismos, Instituciones, Entidades y Empresas que utilicen bienes y derechos de la Comunidad Autónoma.
- b) El ejercicio de los derechos atribuidos a la Junta de Comunidades, como partícipe directo de Empresas mercantiles, al poseer participaciones o acciones de las mismas.

Debido a ello, los administradores de estas Empresas deben atender a las instrucciones que dicha Consejería les dicte, de acuerdo, en su caso, con las otras Consejerías interesadas por razón de la materia (art. 53).

Además, dichas empresas en cuyo capital social la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tenga una participación directa o indirecta superior al cincuenta por ciento<sup>132</sup>, necesitarán autorización del Consejo de Gobierno las siguientes operaciones:

- a) La modificación de los estatutos sociales.
- b) Las modificaciones estructurales previstas en la legislación mercantil.
- c) La disolución voluntaria de la sociedad.
- d) La constitución de otras sociedades mercantiles o su participación en ellas.

---

<sup>132</sup> De acuerdo con el artículo 53, para la determinación del porcentaje se tendrán en cuenta tanto las participaciones directas de la Junta, como las participaciones correspondientes a otras entidades integrantes del sector público regional.



Para la enajenación de títulos representativos del capital de Empresas mercantiles en las que la Comunidad Autónoma tenga participación mayoritaria, se establece unos requisitos distintos en función de que el porcentaje exceda del 10% del importe de la participación total que la propia Comunidad Autónoma ostente en la respectiva Empresa o sea inferior, de acuerdo con el artículo 55. En concreto:

1. Cuando no exceda de dicho porcentaje, se requerirá acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda previo informe de las Consejerías relacionadas con la gestión de la Sociedad de que se trate, lo que no se requiere en caso contrario. En ningún caso podrá el Consejo de Gobierno acordar, dentro de un mismo año, la enajenación de acciones o participaciones que rebasen el porcentaje indicado.
2. La enajenación de acciones o participaciones en cuantía superior a la indicada, o que suponga para la Comunidad Autónoma la pérdida de su condición de socio mayoritario, deberá ser autorizada por una Ley.

Excepcionalmente, bastará la autorización del Consejero de Economía y Hacienda para enajenar los títulos cuyo valor no exceda del 2 por 100 del importe de la participación que la Comunidad Autónoma ostente en la respectiva Empresa.

#### **b) Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha**

Determina en el artículo 7 que corresponden al Consejo de Gobierno de la Comunidad, entre otras funciones, las de *“constituir empresas públicas como medio de ejecución de las funciones que sean de su competencia”*.

### **3.9.2.- Normativa Sectorial Urbanística**

La normativa en materia de urbanismo esencial en Castilla-La Mancha es el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (TRLOTAU), que ha sido desarrollado esencialmente por el Decreto 29/2011, de 19/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, y el Decreto 34/2011, de 26/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

Son los dos primeros de ellos los que analizaremos por ser los que regulan las sociedades urbanísticas, pero hay que decir que la normativa urbanística de esta comunidad es una de las más avanzadas en relación con la gestión directa mediante sociedades urbanísticas, además, de un completo estatuto jurídico de las referidas sociedades.

Analizaremos, al igual que en Comunidades anteriores, distinguiendo los distintos aspectos de la regulación.

### **3.9.2.1.- Gestión directa del urbanismo mediante sociedades públicas**

#### **A.- Concepto y elementos de la gestión directa**

La más clara definición doctrinal de la gestión directa nos la ofrecen José Luis Lorente y Fernando Romero<sup>133</sup>, al indicar que “cuando es la administración la que adquiere el protagonismo de la gestión y ejecución, nos encontramos ante la gestión directa o programas gestionados y ejecutados directamente por la administración, bien directamente por sus órganos o a través de empresas de la Administración”.

En esta misma línea, el TRLOTAU considera la gestión directa como la llevada a cabo a través de la propia administración actuante o por sus empresas u organismos públicos.

Por lo tanto, para la ejecución material de los planes de ordenación municipal y de sus instrumentos de desarrollo, una forma idónea para llevar a cabo tal finalidad la constituye las sociedades urbanísticas, que en ningún caso pueden ejercer funciones que impliquen el ejercicio de autoridad pública, pero que tratan de hacer efectivos los principios de eficacia y eficiencia consagrados en los artículos 103 y 32.1 de la Constitución Española.

En este punto es clave reseñar que determinadas actuaciones quedan blindadas a la administración actuante por vía del art. 7 del TRLOTAU. Dichas actuaciones son básicamente las de aprobación de instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística y los de ejecución de estos, y las que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, sanción o expropiación. En este último caso, solo a través de normas con rango de Ley se habilita a las Empresas Públicas a ser beneficiarias de expropiaciones, pero nunca se adquiere la naturaleza de Administración para efectuar expropiaciones en base a la utilidad pública y el interés social.

Todas las actuaciones de mera gestión y ejecución de obra de urbanización, y las materiales, técnicas o reales, podrán ser desarrolladas por la propia administración o a través de sociedades Mercantiles cuyo capital pertenezca total o mayoritariamente a la Administración actuante, o mediante la colaboración de sujetos privados, sean o no propietarios de suelo.

Como se ha indicado, el TRLOTAU y su Reglamento regulan de forma muy detallada las especialidades de la gestión directa del urbanismo por sociedades públicas, estableciendo una regulación específica en función de la urbanización mediante la asunción por las sociedades de la cualidad de urbanizador y/o edificador con la presentación de un programa. En este sentido, en el artículo 105 en relación con el artículo 72 (El urbanizador en el régimen de gestión directa), se regulan los aspectos subjetivos y objetivos de la gestión directa.

---

<sup>133</sup> En el Capítulo 19 “El régimen de las actuaciones Integradas: La gestión directa” del libro “El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana”, se realiza un completo y detallado análisis de la gestión directa en la LRAU, que en su mayor parte es válido para la actual normativa. La cita se encuentra en la página 344.

- **Aspectos subjetivos: Entes actuantes**

En relación a su aspecto subjetivo de la gestión directa por la administración, se distinguen dos formas de gestión en función de las administraciones actuantes, la propia y la cooperativa, que se analizarán.

- a) **Gestión directa propia:** Es la que realiza la administración, tanto local como autonómica, bien por sí misma o mediante las distintas formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones Públicas y de Régimen Local. En particular, todas ellas estarán habilitadas para crear Organismos Autónomos y entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o sólo para determinadas actuaciones.
- b) **Gestión directa cooperativa:** Es aquella que se realiza mediante la constitución de consorcios urbanísticos<sup>134</sup> o la delegación de competencias propias de la administración competente en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas. Gestión cooperativa que puede incluso realizarse por los consorcios, como regula el artículo 107, mediante la creación de entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto para el ejercicio de sus competencias.

Esta colaboración en uno y otro supuesto de gestión directa entre las administraciones antes indicadas y sus organismos dependientes o adscritos, los consorcios y las entidades mercantiles creadas por aquéllas o cualquiera de estos, se instrumenta mediante la suscripción de convenios, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Régimen Local. Cuando su objeto principal sea urbanístico deberán ajustarse a lo dispuesto en el TRLOTAU, en concreto en el Capítulo II del Título Segundo, relativo a los convenios urbanísticos (artículo 106).

Igualmente, las sociedades urbanísticas pueden promover tanto Programas de Actuación Edificadora, de acuerdo con el artículo 140 del Reglamento, como Planes y Proyectos de Singular Interés, artículo 172.

---

<sup>134</sup> Los consorcios, de acuerdo con el Dictamen de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado, de 4 de agosto de 1994, pertenecen, junto con los organismos autónomos, a la categoría de administración institucional vinculada o dependiente de las administraciones locales, justificada por la necesidad de dar respuesta, para la más adecuada prestación del servicio, a ciertas exigencias operativas, particularmente cuando se trata de servicios de contenido especializado que precisan de gestión técnica separada. Según la STS de 30 de abril de 1999, tienen personalidad jurídica propia y diferenciada de los sujetos que lo integran y además son de carácter voluntario. Los consorcios urbanísticos, no obstante su carácter polivalente para instrumentar en general las actividades compartidas o conjuntas entre diversas u homogéneas administraciones públicas, e incluso entre administraciones y particulares, su objeto no podrá comprender funciones y actividades que excedan de la esfera de competencias de las administraciones consorciadas, ni en el caso de participación de personas privadas, dar lugar a que éstas controlen o tengan una posición decisiva en el funcionamiento del consorcio.

- **Aspectos objetivos: Sistemas de gestión**

En el aspecto objetivo, o sistema para la gestión directa, la Administración actuante por sí o mediante los entes instrumentales<sup>135</sup> vistos, podrá optar, motivadamente y a la vista tanto de las características del ámbito en el que deba realizarse la actuación urbanizadora como de las exigencias del interés público, en la ejecución entre la reparcelación o la expropiación.

Además de estas previsiones de carácter general, se prevén las siguientes de carácter especial, tanto en la Ley como en el Reglamento:

- Cuando el Programa se desarrolle por gestión directa de la Administración, ésta puede optar por la expropiación forzosa, con pago en metálico (artículo 118.9 del TRLOTAU).
- El artículo 144 del TRLOTAU indica que en la ejecución de los Planes y Proyectos de Singular Interés, podrán ser beneficiarios de la expropiación: los organismos y entes públicos, incluso de carácter consorcial, así como las sociedades públicas que sean directamente promotores o reciban de la Administración promotora la encomienda de la ejecución.
- Con carácter más general, el artículo 195 del Reglamento indica que las Sociedades públicas que sean directamente promotores o reciban de la Administración promotora la encomienda de la ejecución, podrán tener la condición de beneficiarios de la expropiación por razón de la ordenación territorial y urbanística.

## **B.- Supuestos de gestión directa**

Con carácter general, el artículo 123.1 del TRLOTAU establece que será la “idoneidad de las obras de urbanización para el servicio público, las garantías y plazos de su ejecución, la proporcionalidad de la retribución del urbanizador y, complementariamente, la facilidad o celeridad con que éste pueda disponer del terreno necesario para urbanizar”; serán los criterios en los que habrá de fundarse toda decisión pública sobre la programación, tanto la relativa a la modalidad gestión directa o indirecta, como a la elección del urbanizador y a la oportunidad misma de la Programación de Actuación Urbanizadora.

Aparte de ello, la LOTAU no establece una regulación sistemática de los supuestos en los que procede la Gestión Directa, por lo que no puede acudir a un apartado o capítulo específico de la misma y se debe realizar una labor de búsqueda por su articulado para extraer y determinar los casos en que se puede acudir a este tipo de gestión.

---

<sup>135</sup> El artículo 72, en su párrafo 3.º, contempla expresamente esta posibilidad siguiendo el citado artículo 105, al indicar que “Tanto cuando se proceda mediante reparcelación, como cuando se aplique instrumentalmente la expropiación para la ejecución del planeamiento, la Administración actuante podrá desarrollar la gestión utilizando las alternativas organizativas previstas en el número 3 del artículo 2 de este Reglamento, sin perjuicio de la contratación por el sujeto público gestor, cuando proceda y conforme a la legislación sobre contratos del sector público, de las distintas obras de urbanización que comprenda la actuación”.

Del referido articulado puede determinarse dos supuestos generales distintos que la legitiman, bien por el hecho de que sea la propia administración la que toma la iniciativa de gestionar un suelo, ya sea mediante su reserva en el planeamiento o mediante la redacción y presentación de un Programa de gestión directa, o bien, por el hecho de que el actuar público viene precedido de una actuación de un aspirante a urbanizador, cuando se rechaza una propuesta y se decide gestionar directamente, o cuando existiendo ya un urbanizador desarrollando un suelo, éste incumpla sus deberes y se deba de rescatar la gestión directa.

Son por lo tanto supuestos en los que procede la gestión directa los siguientes:

1. Por reserva del propio planeamiento general y de desarrollo, para el desarrollo de determinadas áreas en régimen de gestión directa, a través del señalamiento y la pormenorización de ámbitos reservados a la gestión directa o por la fijación de áreas de reserva a la expropiación.
2. Cuando se decida la presentación de un PAU por gestión directa de la propia administración, realizado por acuerdo del órgano municipal competente que motive la necesidad y conveniencia de desarrollo directo de un sector.
3. Si se hubiesen rechazado todas las iniciativas para ejecutar la actuación urbanizadora, por considerar que ninguna de ellas ofrece base adecuada para ello, conforme a lo establecido en el art. 122.3, se podrá establecer la gestión directa cuando ésta sea viable y preferible para los intereses públicos municipales.
4. En el caso de incumplimiento del agente urbanizador, cabe acuerdo de Pleno en el que se decida la terminación de las obras de urbanización, por la propia administración o por un organismo.

### **C.- Programas de gestión directa formulados por sociedades urbanísticas**

Se analizarán las especialidades que se determina en la normativa urbanística castellano-manchega en relación a los programas de gestión directa que se formulan por las sociedades urbanísticas, pues difieren en distintos y variados aspectos en relación a los formulados por particulares en gestión indirecta.

#### **• Sujetos legitimados**

Las sociedades urbanísticas, como entes instrumentales de las administraciones públicas, local y autonómica pueden formular programas de gestión directa, de acuerdo con el artículo 110.5 del TRLOTAU, que al regular los sujetos legitimados para formular y promover Programas de Actuación Urbanizadora, determina, entre otros, los siguientes:

- a) Los Municipios o cualquiera de los organismos o entidades de ellos dependientes o de los que formen parte, para la ejecución del planeamiento municipal. Cuando la entidad promotora no cuente con la potestad expropiatoria se tendrá por administración actuante al Municipio.
- b) La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o cualquiera de los organismos o entidades, públicos o privados, de ella dependientes o

adscritos a la misma o de los que forme parte, para el desarrollo de las competencias propias con relevancia territorial y, en todo caso, la promoción de suelo con destino a dotaciones públicas o a actuaciones urbanizadoras que fomenten la industrialización o la vivienda social, de promoción pública o sujeta a cualquier régimen de protección pública.

- c) Las restantes Administraciones públicas, para el ejercicio de sus competencias mediante la realización de actuaciones urbanizadoras.

- **Especialidades en la tramitación**

De acuerdo con el artículo 116.1 del TRLOTAU, cuando se haya adoptado la forma de gestión directa, la Administración actuante podrá optar, motivadamente y a la vista y en base a dos criterios únicos y esenciales como son las características de la unidad en la que deba realizarse una actuación urbanizadora y las exigencias del interés público en la ejecución, entre la reparcelación y la expropiación. La reparcelación adoptará la forma de forzosa, aunque el procedimiento podrá terminarse por acto consensual bajo la forma de convenio urbanístico.

La Administración actuante deberá promover el correspondiente Programa de Actuación Urbanizadora, así se desprende del artículo 99.1 del TRLOTAU que sujeta la ejecución de las actuaciones urbanizadoras a la obligación de la previa tramitación y aprobación del PAU y como específicamente se contempla en el Reglamento en los artículo 117 y siguientes. Del análisis de dicha normativa, las especialidades en relación a la tramitación de los programas son las siguientes:

- a) La documentación que debe contener el PAU de gestión directa es la misma que la establecida en el art. 110.4 de la LOTAU y el 76 del Decreto 34/2011 para los Programas de Actuación Urbanizadora por gestión indirecta, con algunas especialidades:
- La alternativa Técnica debe contener toda la documentación prevista en la norma para los de gestión indirecta.
  - La relación precisa de los compromisos asumidos por la Administración en la ejecución de la actuación urbanizadora, que sustituirá a la propuesta de Convenio Urbanístico, en caso de gestión indirecta. Es clave reseñar aquí que en relación a los compromisos asumidos por la administración, el art. 110.3.d) del TRLOTAU fue modificado, suprimiéndose la necesidad de que las administraciones, cuando actuasen bajo la forma de gestión directa, asegurarán el cumplimiento de sus previsiones mediante crédito retenido con cargo al presupuesto de una administración o bien por medio de garantía real o financiera del 7% del coste previsto de las obras de urbanización.
  - La proposición jurídico-económica, regulándose en la norma dos aspectos específicamente en relación a las sociedades urbanísticas en casos de gestión directa, por un lado la posibilidad de la adscripción directa a la sociedad actuante de los terrenos o cantidades por la cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la

administración (artículo 92.5.c en relación con el art. 32 del Decreto 34/2011) y el hecho de que las sociedades urbanísticas y no otras administraciones o entes instrumentales puedan incluir en la misma el beneficio industrial (artículo 76.4 del Decreto 34/2011).

b) La tramitación de los programas difiere sustancialmente en el supuesto de gestión directa e indirecta. Se regula expresamente en el Decreto 34/2011 en los artículos 77 y siguientes<sup>136</sup>, pudiendo destacarse las siguientes especialidades:

- En relación a la iniciativa: El procedimiento en régimen de gestión directa se iniciará mediante acuerdo de aprobación por la Administración actuante de la pertinente propuesta y su sometimiento a los trámites de información pública y evacuación de los informes, preceptivos o no, que procedan.
- En relación a la información pública: La información pública de la alternativa técnica y la proposición jurídico-económica se realizará de manera conjunta y en plicas abiertas. En el referido anuncio se hará constar la posibilidad de formular alegaciones al contenido de la documentación señalada en el número anterior en el plazo de 20 días a contar desde el día siguiente de la última publicación del anuncio. Éste deberá hacer referencia expresa al régimen de gestión directa adoptado para la actuación y, en consecuencia, a no haber lugar ni a la presentación de alternativas técnicas ni proposiciones jurídico-económicas, ni al ejercicio del derecho de adjudicación preferente regulado en el artículo 96 del presente Reglamento.

El artículo 83 determina ciertas especialidades para los Programas promovidos por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o cualquiera de los organismos o entidades, públicos o privados, de ella dependientes o adscritos a la misma o de los que forme parte. En estos casos deberá observarse el procedimiento de aprobación de los Planes Especiales que afecten a la ordenación estructural y se tendrá como Administración actuante a la de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la cual será competente para la aprobación de los proyectos de reparcelación, urbanización y demás instrumentos y actos de ejecución de dichos Programas.

c) La ejecución de los programas tiene igualmente ciertas diferencias cuando se realizan éstos mediante la gestión directa por sociedades urbanísticas. En este sentido, el artículo 117 del reglamento indica que la ejecución de los Programas de Actuación Urbanizadora en régimen de gestión directa se ajustará a lo establecido para los de gestión indirecta *“salvo en lo que afecta a las garantías relativas al abono de las cuotas de urbanización, responsabilidad del urbanizador, régimen de contratación de obras y terminación del Programa, que se regirá por lo establecido en el Título V del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística, el presente Reglamento y la Legislación de contratos del Sector*

---

<sup>136</sup> Sección 3.<sup>a</sup>. Tramitación de los Programas de Actuación Urbanizadora.

*Público*”. Se destaca el hecho de que el urbanizador, para percibir de los propietarios sus retribuciones, ha de ir asegurando, ante la Administración actuante, su obligación específica de convertir en solar las parcelas de quienes deban retribuirle, mediante una serie de garantías que regula el artículo 118. No obstante ello, esta obligación de garantizar no será de aplicación en los casos de gestión directa a cargo de la propia Administración Pública.

### **3.9.2.2.- Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

No establece la Ley un régimen jurídico específico, aparte de lo ya indicado; no obstante ello, el artículo 18 (Sociedades urbanísticas) del Reglamento realiza la mejor de las regulaciones que sobre las sociedades urbanísticas se dan en las legislaciones urbanísticas de las CC.AA. Siguiendo pero mejorando y completando ampliamente el Decreto 1169/78 estatal, establece una profunda regulación del estatuto de estas sociedades que complementa acertadamente los criterios específicos de actuación de las mismas, recogidos como se ha visto en la normativa<sup>137</sup>. Los analizaremos.

**1.- Tipología:** Podrán ser constituidas bien la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las Diputaciones Provinciales y los Municipios, sociedades de primer nivel, o sus organismos, entidades o empresa, sociedades de segundo nivel. Podrán ser instrumentales de capital íntegramente público, o mixtas cuando están participadas por aquéllas, pero siempre el capital debe ser mayoritariamente público.

Se constituirán para una actuación concreta o con carácter general para las distintas actuaciones urbanísticas previstas, tanto para uno o varios Municipios, de la misma o distinta provincia, como en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Podrán revestir cualquiera de las formas de personificación admitidas por el Derecho privado que conlleve limitación de la responsabilidad de los socios o miembros a su aportación, de conformidad con la normativa aplicable.

**2.- Procedimiento de constitución:** No indica un procedimiento específico, y deberá seguirse el establecido por la normativa de régimen local, si bien se establecen los siguientes aspectos concretos en relación al mismo:

- Su creación no requerirá en ningún caso expediente de municipalización o, en su caso, provincialización.
- En los estatutos sociales o, en su defecto, en el acuerdo de constitución de estas sociedades, se incluirán las bases de colaboración con otros entes públicos y personas privadas que vayan a participar en ellas, las cuales contemplarán los aspectos técnico-urbanísticos, económico-financieros, de gestión y explotación de las obras o servicios resultantes de la actuación.

---

<sup>137</sup> Esta regulación es tan completa, que cuando a AVS se ha solicitado información o dado trámite de audiencia durante la redacción de normativa urbanística en otras CC.AA., se les ha remitido el presente artículo 18 del Decreto 34/2011 como ejemplo a seguir.



- Las aportaciones sociales podrán hacerse en efectivo o en cualquier clase de bienes y derechos valuables económicamente, pertenecientes tanto a su patrimonio ordinario como a sus patrimonios públicos de suelo.

**3.- Capacidad de actuación:** Las sociedades podrán constituirse para finalidades muy amplias, en concreto se prevén las siguientes:

- Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
- Consultoría y asistencia técnica.
- Prestación, implantación, ampliación, conservación o mantenimiento de servicios.
- Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras y servicios resultantes.

El objeto social podrá referirse al desarrollo en general de todas o algunas de las anteriores actividades o circunscribirse a las que deban desarrollarse en relación con determinado tipo de actuaciones urbanísticas o una actuación concreta. Para la realización del objeto social, la sociedad urbanística podrá:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice la legislación aplicable, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del ámbito correspondiente.
- b) Recibir de la Administración de la cual dependan directamente cesiones de bienes de cualquier naturaleza, incluso integrantes del patrimonio público del suelo, ya sea de forma onerosa o gratuita, o mediante su aportación al capital social de la misma. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
- c) Administrar, conservar y gestionar dichos bienes en el caso de que no le sean cedidos o adscritos.
- d) Realizar convenios con particulares o las Administraciones u organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia o se vean afectados por la actuación, al mejor éxito de la gestión.
- e) Enajenar, incluso anticipadamente, los terrenos cuya transformación deba dar lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- f) Prestar los servicios implantados, hasta que, en su caso, sean formalmente asumidos por la Corporación local u Organismo competente.
- g) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad urbanística podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.

- h) Las labores de gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas, sin perjuicio de las actuaciones que correspondan a la Administración expropiante.

También podrán ostentar la condición de beneficiarias de la expropiación forzosa cuando proceda para dar cumplimiento a su objeto social y fines, como ya se ha indicado.

**4.- Régimen jurídico:** Se regirán por las normas que regulen con carácter general la forma de personificación que adopten, sin perjuicio de la aplicación preferente de las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística y de este Reglamento.

Además de esta previsión, se analizan las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto en relación con la administración matriz, como en relación con el régimen de contratación con terceros:

- a) En la relación interna con su administración se determina que dichas sociedades urbanísticas, como entidades creadas específicamente para el desarrollo de las funciones urbanísticas contenidas en artículo 7 del TRLOTAU, podrán recibir directamente la atribución o el encargo de la realización de las tareas mencionadas, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad. Cuando su capital sea íntegramente público, para la encomienda de gestión de una determinada prestación podrán constituir, cuando así se especifique en sus estatutos sociales, medios propios de las Administraciones que participen en ellas, en los términos de la legislación sobre contratos del sector público. Igualmente podrán suscribir convenios de cualquier naturaleza, con fines de colaboración en los términos autorizados por la legislación aplicable con sus Administraciones públicas y sus organismos dependientes o adscritos.
- b) En sus relaciones externas deberán adjudicar los contratos que celebren con terceros para la ejecución de las obras correspondientes con arreglo a las normas que le sean de aplicación de la legislación sobre contratos del sector público.

En caso de extinción, la liquidación de las sociedades urbanísticas se realizará en los términos previstos en sus estatutos y en la legislación que sea aplicable por razón del tipo de sociedad de que se trate.

### **3.9.2.3.- Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Las sociedades urbanísticas son instrumentos fundamentales para el desarrollo de la política de vivienda y suelo de los ayuntamientos y consecuentemente de acuerdo con el TRLOTAU son elementos fundamentales para el cumplimiento de la finalidad de los Patrimonios Públicos del Suelo. Como se acaba de ver, el artículo 18 del Reglamento atribuye a las mismas la “gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio”, permitiéndose que para tal fin asuma titularidades fiduciarias de

disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.

Estas previsiones que hace el Reglamento las realiza en base a las específicas previsiones que el TRLOTAU hace en relación a dichas sociedades en su regulación de estos instrumentos de intervención en el mercado del suelo. En concreto se determina los siguientes aspectos en relación a las sociedades:

- a) Se permite, en primer lugar, la gestión de los Patrimonios Públicos de Suelo: El artículo 76, tras indicar que los patrimonios públicos de suelo constituirán el medio principal para el desarrollo del servicio público de intervención en el mercado de suelo y de la política de vivienda, indica que para gestionar dicho servicio, las Administraciones titulares podrán realizar dicha actuación utilizando cualquiera de las formas permitidas por su legislación reguladora y la de la contratación de las Administraciones públicas (Sociedades públicas).
- b) Igualmente se contempla en el artículo 264 que los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser objeto de transmisión en los siguientes términos: c) Directamente (por precio no inferior al valor de los terrenos), a entidades de carácter benéfico y social y a promotores públicos que promuevan la construcción de viviendas de protección pública. d) Mediante cesión gratuita a organismos públicos, sociedades, entidades o empresas de capital íntegramente público, o a otras administraciones públicas, siempre que el destino de la referida cesión sea la construcción sobre el suelo cedido de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. El Reglamento, ya se ha visto, permite recibir a estas sociedades cesiones de bienes integrantes del patrimonio público del suelo, ya sea de forma onerosa o gratuita, o mediante su aportación al capital social de la misma (artículo 18).

### **3.10.- CATALUÑA**

#### **3.10.1.- Normativa administrativa general y de régimen local**

##### **3.10.1.1.- Estatuto de Autonomía**

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, regula de forma muy completa tanto las competencias de urbanismo como las de vivienda.

En relación a la vivienda, el artículo 47 establece con carácter general la obligación de los poderes públicos que deben *“facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados”*. Competencia que posteriormente, en su artículo 137, desarrolla pormenorizadamente incluyendo en dicha competencia, entre otras, las siguientes facultades:

- a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales y de equilibrio territorial.
- b) El establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Cataluña en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance, tanto en relación al sector público como al privado.
- c) La promoción pública de viviendas.

La competencia exclusiva de la Generalitat en materia de ordenación del territorio y del paisaje, del litoral y urbanismo, la desarrolla en el artículo 149, destacando en materia de urbanismo, entre otras, las siguientes facultades:

- a) La regulación del régimen urbanístico del suelo, que incluye, en todo caso, la determinación de los criterios sobre los diversos tipos de suelo y sus usos.
- b) La regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad.
- c) El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, así como de su procedimiento de tramitación y aprobación.
- d) La política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo.

En relación a las competencias locales, el artículo 84 deja perfectamente claro que los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes:

- a) La ordenación y la gestión del territorio, el urbanismo y la disciplina urbanística y la conservación y el mantenimiento de los bienes de dominio público local.
- b) La planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial.

Además de ello, el artículo 160 determina que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local pero siempre respetando el principio de autonomía local.

### **3.10.1.2.- Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña**

La normativa fundamental de régimen local de Cataluña, a los efectos del estudio, es el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que se

complementa con el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.

Analizaremos esta normativa distinguiendo el régimen de competencias, la prestación de servicios y actividades económicas, así como el estatuto de las sociedades municipales.

## **A) Competencias municipales**

El Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña en su artículo 66.3.d) determina, siguiendo lo establecido en su Estatuto de Autonomía, que el municipio tiene competencias propias en las materias siguientes: *“La ordenación, la gestión, la ejecución y la disciplina urbanísticas; la promoción y la gestión de viviendas; los parques y los jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales”*.

Se destaca igualmente el artículo 66.4 que indica que las leyes tienen que determinar las competencias de los municipios, en función, entre otros, de *“los principios de descentralización, autonomía, subsidiariedad y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*.

Además de esta enumeración de competencias propias, el texto refundido establece en el artículo 71 una cláusula genérica de competencias, denominadas “complementarias”, al igual que el ya derogado artículo 28 del TRLBRL. En concreto, indica que para la gestión de sus intereses, el municipio también puede ejercer actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, entre otras, la relativa a la vivienda. Para la realización de estas actividades, los municipios pueden ejercer las potestades de ejecución que no estén atribuidas por la legislación a otras administraciones públicas, incluida, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes.

En esta misma línea de amplias competencias y su mantenimiento tras la LRSAL, se manifiesta igualmente el Decreto-ley 3/2014 catalán, que no ha sido convalidado por el Parlamento y el Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, ya ratificado por el Parlamento de Cataluña, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Este problema ha sido subsanado por el reciente Decreto 208/2015, de 22 de septiembre, del procedimiento para obtener los informes previstos en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que en su Disposición adicional dispone lo siguiente:

*“1. Los entes locales pueden continuar prestando los servicios públicos o desarrollando las actividades que ejercían, en la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, como competencia distinta de las propias y de*

*las atribuidas por delegación, siempre que, con la valoración de los entes locales, cumplan las condiciones siguientes:*

- que no incurran en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público,*
- que quede garantizada la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda del ente local.*

*2. En este supuesto los entes locales deben solicitar al departamento de la Generalidad competente en materia de Administración local, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de este Decreto, la emisión de los informes sobre la inexistencia de duplicidades o de ejecución simultánea del mismo servicio público con la Administración de la Generalidad de Cataluña y sobre la sostenibilidad financiera. La solicitud se acompañará de la valoración realizada. Los informes serán emitidos siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 4 de este Decreto.”*

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

En el mismo sentido que lo establecido en el artículo 85 de la LBRL, el Texto Refundido catalán indica en su artículo 249 que los servicios deben gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, directa o indirectamente. Determinando como forma directa, entre otros, la “*Sociedad mercantil local con capital social íntegramente público*” y de forma indirecta la sociedad mixta, por remisión a la normativa de contratación pública.

Para la prestación del servicio mediante sociedad pública, es necesario, como exige el TR catalán, adaptado a la LRSAL, que quede acreditado con una memoria justificativa elaborada a tal efecto, que es más sostenible y eficiente que las formas sometidas al derecho público, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, en los términos de la normativa de régimen local.

El Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales desarrolla pormenorizadamente y por separado la iniciativa de actividades económicas (artículos 136 a 149) y la gestión de los servicios públicos (artículos 188 y ss.), si bien, como se verá posteriormente, el régimen jurídico aplicable a las sociedades que desarrollen uno u otra es el mismo, con las lógicas especialidades en función de la materia sobre la que versen. Por ello, se destacarán los aspectos más relevantes de uno u otro supuesto, dejando el estudio conjunto de su proceso y formas de constitución, estatutos, etc. para el siguiente apartado en el que se analizará el estatuto jurídico de la sociedad.

- a) La iniciativa de actividades económicas: La iniciativa reconoce a las entidades locales en régimen de libre concurrencia en el marco de la economía de mercado y siempre que respondan, en todo caso, al interés público local. La forma de prestación puede ser, entre otras, mediante sociedad mercantil de capital público o mixto o sociedad cooperativa, cuyo régimen será el establecido en el Reglamento para “*las formas de gestión*”

*de los servicios públicos locales, según el tipo de entidad, con las debidas adaptaciones a la naturaleza de la actividad de que se trate” (art. 137). Debiendo, en todo caso, contar con autonomía financiera y de gestión, sin perjuicio de los controles y de las medidas de coordinación que prevea ejercer la entidad local, de acuerdo con la normativa aplicable.*

Es muy interesante la imposición específica de la obligación de respeto al principio de libre concurrencia, pues las entidades jurídicas que, en su caso, se constituyeren para el ejercicio de actividades económicas, se han de someter a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado. Por ello, no pueden percibir ningún tipo de ayuda o ventaja económica gratuita, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoren las cargas que graven el presupuesto de la entidad jurídica que supongan preferencia respecto de las demás empresas del sector, ni utilizar prerrogativas de la administración. No obstante ello, esta regla tiene una excepción y es cuando la entidad tenga una minoración de los ingresos de explotación y un aumento de los costes de producción como consecuencia de la imposición de obligaciones de interés público por parte de la entidad local de la cual dependa, que supongan una desventaja respecto del resto de empresas del sector, se le concederá algún tipo de ayuda económica para compensar la diferencia.

- b) Gestión de servicios: En el artículo 188 del Reglamento, al igual de lo ya visto en el TR, se determina las formas directa, sociedad con “capital social íntegramente público”, e indirecta, sociedad mercantil “con capital social mixto”. Indicando, además, que los servicios locales de carácter económico se podrán gestionar directamente por medio de una sociedad mercantil (art. 211.1).

Al igual que a las sociedades que realizan actividades económicas, en el artículo 223 se prohíbe a las entidades locales conceder a las sociedades ayudas que supongan ventajas económicas gratuitas, con cargo a sus fondos, que falseen o amenacen falsear la libre concurrencia.

### **C) Estatuto de la empresa pública**

En el Texto refundido, pero sobre todo en el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, realiza una profunda regulación de las sociedades mercantiles locales, estableciéndose, especialmente es esta última, una regulación separada de aquellas que prestan servicios de las que realizan actividades económicas, pero la realidad es que el régimen jurídico, los elementos y los procedimientos de constitución son muy similares y se complementan<sup>138</sup>, por ello, se establecerá un estudio conjunto destacando aquellos puntos en los que se aprecie alguna diferencia sustancial.

---

<sup>138</sup> Es lógico que la regulación sea similar y complementaria, si se tiene en cuenta que la mayor parte de las sociedades locales se constituyen para ambas actividades, y más aún si contamos, como se ha indicado en el Capítulo IV, con lo difícil que es su distinción en muchos casos.

## 1.- Tipología

La sociedad deberá necesariamente adoptar la forma de responsabilidad limitada (S.L.) o de sociedad anónima (S.A.), pues responderá exclusivamente de lo aportado a las mismas.

Sentado ello, la tipología es muy variada, pues puede ser tanto instrumental o de capital íntegramente público, como de naturaleza mixta, además puede ser una sociedad constituida “ex novo” o bien adquiriendo acciones de otra ya constituida, en cuyo caso se denominan participadas, que en todo caso habrán de tener por objeto materias conexas, complementarias o accesorias del objeto de la sociedad originaria. Además, podrá ser de primer escalón o nivel cuando la constituyan los entes locales o de segundo escalón cuando la constituyan a su vez organismos autónomos o sociedades de dichos entes. Puede, incluso, ser constituida por distintas corporaciones locales<sup>139</sup>.

Seguidamente se analizarán las especialidades de las sociedades instrumentales, con capital íntegramente público, dejando para el final el estudio de la regulación de las sociedades mixtas.

## 2.- Procedimiento de constitución

El procedimiento de constitución se regula de forma separada y algo distinta en relación a las sociedades que prestan servicios de las que realizan actividades económicas; la diferencia esencial es en cuanto a la preparación con la elaboración de una memoria que no se exige para las sociedades que prestan servicios, quizás por el hecho de que el servicio al ser el ejercicio de una competencia y estar ésta ya definida, deba ser menos extensa la justificación. No obstante ello, se establecerá un procedimiento conjunto, pues la realidad es que no difiere tanto y más si se tiene en cuenta que la memoria es necesaria siempre, ya que por un lado, de acuerdo con la nueva normativa local del Estado, es necesario justificar que esta forma de gestión del servicio es más adecuada que las sometidas a derecho público y su viabilidad económica, adecuación a la normativa de estabilidad presupuestaria y, por otro, que habitualmente las sociedades urbanísticas se constituyen no solo para la gestión de servicios, sino también para el desarrollo de actividades económicas al objeto de viabilizar su gestión.

Indicado ello, estas sociedades se pueden constituir esencialmente por una de las siguientes formas:

---

<sup>139</sup> Este tipo de sociedades son reguladas en el artículo 227 (“Sociedades mercantiles con capital íntegramente público perteneciente a diversas corporaciones locales”) que dispone:

“1. En el caso de que se constituya una sociedad con capital íntegramente público aportado por diversas corporaciones locales, cada una de ellas deberá cumplir los trámites procedentes para su constitución y disolución, en su caso, previstos en este Reglamento. En el supuesto de disolución, se resolverá, además, sobre la continuidad y la forma de la prestación del servicio.

2. La distribución de la representación respectiva en los órganos de gobierno y administración de la sociedad, se hará de acuerdo con lo que prevean los estatutos. Igualmente el artículo 150 y ss. permiten que la iniciativa económica pueda ser realizada por varios entes locales mediante la constitución de una sociedad mercantil.



- a) Por fundación simultánea por la entidad local.
- b) Por la adquisición por la entidad local de todas las acciones o las participaciones de otra sociedad.
- c) Por la adquisición de todas las acciones o participaciones de titularidad privada de una sociedad mercantil con capital parcialmente público del cual sea titular la entidad local.

El procedimiento que regula la normativa catalana es idéntico al previsto por la normativa estatal, si bien lo desarrolla ampliamente, lo que facilita y simplifica enormemente la constitución de las referidas sociedades locales. Las fases procedimentales son de forma simplificada las siguientes:

1.- Fase interna: Fase que se desarrolla en la corporación local; se inicia con un expediente previo en el que se acreditan en el caso de los servicios los aspectos relativos a las ventajas de esta forma de gestión y su adecuación a la normativa de estabilidad presupuestaria y, en el caso de desarrollar actividades económicas, además, la conveniencia y la oportunidad de la iniciativa y la concurrencia del interés público.

La tramitación del expediente se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) Acuerdo inicial del pleno de la corporación, en el que se designará también una comisión de estudio que será paritaria entre técnicos, con la debida cualificación, y miembros de la corporación. El nombramiento podrá recaer en personal de la propia entidad o en profesionales de libre designación.
- b) Redacción de la memoria justificativa por dicha comisión. La comisión dará a la memoria el contenido que crea más adecuado según la naturaleza de la actividad de que se trate y la importancia de la misma pero, en todo caso, contendrá:
  - El anteproyecto, en su caso, de las obras e instalaciones necesarias para la implantación de la actividad propuesta.
  - La justificación de la conveniencia y oportunidad de la iniciativa y del interés público que concurra en la actividad, valorándose, entre otras, las ventajas sociales derivadas de los bienes o servicios a producir o de la actividad a prestar, los puestos de trabajo a crear de forma directa o indirecta, el apoyo a otras actividades locales, la difusión de tecnología y cualesquiera otras.
  - El presupuesto financiero y el plan de puesta en funcionamiento de la actividad económica proyectada, la rentabilidad prevista y el análisis coste-beneficio.
  - La forma jurídica, las normas reguladoras y los Estatutos de la sociedad u organismo que se haya de instituir.
  - El ámbito de actuación de la sociedad u organismo.
  - Los supuestos de finalización de la actividad.
- c) Toma en consideración de la memoria por el pleno si resulta debidamente justificada, y sometimiento a información pública, por un período no inferior

a treinta días hábiles, durante los cuales se podrá presentar alegaciones y reclamaciones. Dicho trámite se anunciará en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, en el Boletín Oficial de la provincia, en uno de los medios de comunicación escrita y en el tablón de anuncios de la corporación.

- d) Aprobación final del expediente por el pleno, previa la resolución de las alegaciones y reclamaciones que eventualmente se hubieren presentado, y aprobar, en su caso, la consiguiente modificación de la memoria, que tendrá que someterse nuevamente a información pública cuando aquélla afecte de manera substancial a su contenido.

2.- Fase externa: Será necesario su elevación a escritura pública e inscripción en el registro mercantil.

El artículo 212 establece dos aspectos que, aun cuando son referentes a las sociedades gestoras de servicios, entendemos que deben ser referidos a ambos tipos de sociedades: En primer lugar, el capital social deberá estar totalmente desembolsado desde el momento de la constitución de la sociedad y no podrá transferirse, salvo que se transforme en mixta. Hay que indicar que esta obligación de la total aportación, como se ha indicado, ya ha sido suprimida en la normativa del estado. En segundo lugar, la sociedad una vez legalmente constituida se inscribirá, además, en la sección complementaria del Registro de entidades locales que lleva el Departamento de Gobernación.

### **3.- Capacidad de actuación**

No se determina en la normativa el objeto social, que podrá ser cualquier servicio de competencia del ente local que no deba prestarse por la propia autoridad, por ser propio del ejercicio de autoridad o actividades, que como se ha visto, sean de interés local, debiendo ser determinadas en los estatutos de la entidad, si bien podrá ampliarse su objeto social a otras materias conexas, complementarias o accesorias respecto de las cuales se justifique su conveniencia y oportunidad sin otro límite que el que las empresas entorpezcan o menoscaben el ejercicio de la libre competencia.

### **4.- Régimen jurídico**

La sociedad actuará con sujeción a las normas de derecho mercantil, sin perjuicio de las materias exceptuadas por el acuerdo de creación, las referentes a las funciones de dirección y vigilancia que ejerza la entidad local sobre la misma, y de las de contratación y demás de carácter administrativo que se analizan seguidamente, de acuerdo con los artículos 217, 218 y 225 del Reglamento.

Es interesante destacar, de la completa regulación catalana, la que específicamente realiza en relación a las normas administrativas de aplicación a las relaciones con su administración matriz o de régimen interno y a las externas o de relación con terceros.

- a) Normas reguladoras de carácter administrativo: Se regirán por las normas de derecho administrativo el acto previo de la constitución de la sociedad, los de la coordinación de ésta con la entidad local, el de la supresión del servicio público correspondiente. Tendrán igual carácter los actos de aplicación de las normas reglamentarias del servicio, ya sean de ámbito estatal, de Cataluña o de la propia entidad local, de acuerdo con las respectivas competencias, y los derivados de la potestad expropiatoria y de otras potestades de derecho público que ejerza la entidad local que afecten a la sociedad. La Ley en su artículo 257.3, después de indicar que la adquisición de bienes y la ejecución de obras tienen que someterse a procedimientos que se adapten a los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación administrativa, establece un efecto especial al incumplimiento de estos principios pues indica que: *“no es causa de nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda haber y de la posibilidad de resolución del contrato en caso de mala fe del contratista”*.
- b) Norma de Derecho privado: Con carácter general, los otros actos de la sociedad se sujetan al derecho privado. Así el artículo 218 (Carácter de las relaciones con terceros) indica que los contratos y relaciones con terceros por parte de estas sociedades tendrán carácter mercantil, siendo de aplicación a la actividad de estas sociedades las normas generales de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de los servicios públicos.

## 5.- Componente subjetivo

Los órganos de la sociedad son determinados tanto por la Ley como por el Reglamento, exclusivamente para las sociedades que gestionan servicios y no para las que realizan actividades económicas. No obstante ello, entendemos que dada la libertad que otorga la normativa básica del Estado, como se verá en el Capítulo VIII de este estudio, los órganos de gobierno serán los que se determinen en los estatutos; en caso de no preverse será lo que determina la norma catalana.

De acuerdo con el artículo 257 de la Ley y 219 del Reglamento, la dirección y la administración de la sociedad se ejercerán por los siguientes órganos:

- a) La junta general: Asumida por el pleno de la entidad local, que se regirá, cuando actúe como junta general de la sociedad, en cuanto a la forma de celebración de reuniones y adopción de acuerdos por la legislación de régimen local, y respecto de las demás cuestiones comprendidas dentro del objeto social, por la legislación mercantil y por los estatutos de la sociedad.

Los estatutos podrán prever que la junta general tenga una composición inferior a la del pleno de la corporación, y en este caso determinarán el número de sus miembros y la ponderación del voto en función de los grupos políticos que la integren.

- b) El consejo de administración: Serán nombrados por la junta general en los términos que establezcan los estatutos, en favor de personas profesionalmente calificadas, pudiendo establecerse en los estatutos la designación de uno o más administradores en representación de los usuarios.

La duración del cargo será fijada por los estatutos, conforme al régimen societario procedente.

- c) La gerencia: El gerente, que será nombrado por la junta general, podrá ser persona jurídica o física; en este último caso tendrá carácter de laboral y no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario.

Además, el Reglamento realiza dos previsiones en relación al personal de la misma. En primer lugar, la sociedad tendrá un secretario, que podrá ser el de la corporación y al cual, entre sus funciones, corresponderá extender las actas de los órganos colegiados. En segundo lugar, que el personal de la sociedad tendrá carácter laboral y no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario, siendo necesario para su selección la aplicación de los principios de igualdad, publicidad, capacidad y mérito.

## **6.- Régimen patrimonial**

En primer lugar, hay que indicar que en el Reglamento se prevé claramente la posibilidad de cesión de bienes del Ayuntamiento a su sociedad. El régimen es distinto en función de la naturaleza del bien afectado, ya se trate de bienes de dominio público o de bienes de naturaleza patrimonial.

- a) Los bienes de dominio público podrán ser adscritos por las entidades locales a este tipo de sociedades para el cumplimiento de sus fines, en cuyo caso conservarán su calificación jurídica originaria y la adscripción no implicará transmisión del dominio ni desafectación. Podrán igualmente constituirse derechos reales de aprovechamiento sobre los bienes de dominio público en favor de la sociedad. Los bienes de esta naturaleza adscritos a las sociedades constarán con esta circunstancia en el inventario de bienes de la corporación y se extenderá nota informativa de la misma en el Registro de la propiedad.
- b) Los bienes patrimoniales aportados, por el contrario, se incorporarán directamente al patrimonio de la sociedad. Esta aportación puede ser igualmente al capital de la sociedad, en cuyo caso, la aportación en especie será objeto de valoración, conforme a la legislación mercantil aplicable al tipo de sociedad de que se trate. Antes de que el pleno de la corporación apruebe la aportación de los bienes patrimoniales, se solicitará, cuando proceda, el informe previo al Departamento de Gobernación y, en todo caso, se le dará cuenta, a los efectos que establece la normativa sobre el patrimonio de las entidades locales.

Además de las cesiones por parte del Ayuntamiento, la sociedad posteriormente puede adquirir bienes patrimoniales que se integrarán en su patrimonio.

Con los bienes de la sociedad se formará un inventario de bienes y derechos que se integrará en el inventario general consolidado de la entidad local de que dependa mediante un anexo. Por el contrario, el valor de los bienes de dominio público adscritos a la sociedad no aparecerá reflejado en la contabilidad de aquella (artículos 215 Y 216 del Reglamento).

El artículo 225 establece una importante precisión en relación a la enajenación de los bienes de la sociedad al establecer que tanto los bienes aportados por la propia entidad local para ser transformados por la sociedad, como los adquiridos por ésta para ser devueltos al tráfico jurídico, podrán enajenarse directamente si así lo requiere el objeto social y lo han previsto los estatutos.

## **7.- Régimen económico**

La sociedad elaborará anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación que se integrará en el presupuesto general de la entidad local. Estando, además, sujeto a la programación y coordinación presupuestaria y financiera y a la tesorería de la entidad local, a través de los planes y programas comunes que apruebe el pleno de la corporación.

Se someterá al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapte a la legislación mercantil aplicable y al plan general de contabilidad vigente para las empresas españolas. La función interventora y las de control financiero y de eficacia de la sociedad se realizarán de acuerdo con lo que prevé la legislación reguladora de las haciendas locales y normas mercantiles aplicables.

## **8.- Extinción**

El artículo 226 determina que la sociedad se disuelve por las causas que establezca la legislación societaria mercantil aplicable y por la supresión del servicio por la entidad local titular. Realizando una previsión para el caso de que las pérdidas de la sociedad excedan de la mitad del capital social de la específica que tiene mucho más sentido y es acorde con la normativa mercantil y la moderna jurisprudencia que lo establecido en el artículo 103 del RDL 781/1986<sup>140</sup>, al no imponer la disolución obligatoria de la sociedad y determinar que *“se convocará la junta general, en el plazo de dos meses desde que el consejo de administración tenga conocimiento de esta situación, para que adopte las medidas procedentes”*.

---

<sup>140</sup> El Real Decreto Legislativo 781/1986, en su artículo 103, párrafo 2.º indica que: “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”, previsión que, como veremos posteriormente, no es acorde a la legislación mercantil y ha sido inaplicada por la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## 9.- Sociedades mixtas

El Reglamento catalán, en sus artículos 282 a 296, realiza una completa regulación no solo de las sociedades mixtas propias, sino también de las sociedades laborales mixtas y de las cooperativas de capital mixto como formas de prestación indirecta de servicios de carácter económico.

Las sociedades mixtas propiamente dichas, que adoptarán la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, en las que el capital social sólo pertenece parcialmente a la entidad local, cuya participación podrá ser directa o a través de un organismo autónomo o de una sociedad de capital público. Estas sociedades podrán instituirse por alguno de los siguientes procedimientos:

1. Por la adquisición por la entidad local de acciones o participaciones de sociedades ya constituidas o por suscripción de ampliaciones de capital.
2. Mediante el convenio con una empresa única ya existente, en el que se establecerán las modificaciones estatutarias que sean necesarias o, en su caso, los requisitos y las condiciones convenientes para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima cuando la sociedad preexistente tuviera otra forma jurídica.
3. Por la fundación de la sociedad con participación de la entidad local, mediante suscripción pública o por concurso de iniciativas, en cuyos casos se asegurará la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado.
4. Por la transformación de la sociedad de capital social íntegramente público en otra en la cual éste sólo pertenezca parcialmente a la entidad local.

Se determina una serie de características esenciales que pueden extractarse en las siguientes:

- a) Adoptarán una forma mercantil, anónima o de responsabilidad limitada, por lo que la responsabilidad de la entidad local por razón de las actividades de la sociedad de economía mixta se limitará al capital aportado.
- b) Se constituirán por un período igual al previsto para la gestión del servicio, sin que la duración pueda exceder de cincuenta años.
- c) Las aportaciones de la entidad local al capital, serán desembolsadas completamente en el momento de la constitución de la sociedad; podrán ser en dinero, la concesión del servicio debidamente valorada u otra clase de derechos o bienes que tengan la calificación de patrimoniales. En este último caso tendrá que instruirse previamente el expediente de enajenación directa de bienes, de acuerdo con la normativa local aplicable.
- d) La representación de la entidad local en los órganos de gobierno responderá por regla general a su cuota participativa. La escritura de constitución consignará las facultades reservadas a quienes representen a la entidad local en la sociedad. El pleno de la entidad local designará estos representantes, en el supuesto de participación directa en el capital de la sociedad, y su representación en la junta general. En el supuesto de

participación por medio de un organismo autónomo o de una sociedad de capital íntegramente público, corresponderá a sus órganos competentes efectuar estas designaciones. En uno u otro caso las designaciones recaerán en personas profesionalmente cualificadas, sean o no miembros de la corporación. El mismo criterio regirá para la designación de los miembros del consejo de administración, que se hará de acuerdo con lo que establece la legislación mercantil. La renovación de las corporaciones locales supondrá también la de sus representantes en los órganos de la sociedad salvo, en su caso, los administradores, a no ser que los estatutos previeran otra cosa.

- e) En relación al régimen económico-financiero de la sociedad, se prevé que las sociedades mercantiles en cuyo capital la entidad local tenga participación mayoritaria estarán sujetas al régimen de contabilidad pública, en las mismas condiciones que se ha visto para las instrumentales, debiendo elaborar anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación. Además, los estatutos incorporarán, de conformidad con lo que establece la legislación mercantil, la facultad de la entidad local de fiscalizar e inspeccionar la contabilidad y las instalaciones de la sociedad.

Como se ha indicado, se regulan también las sociedades laborales de economía mixta, a las que les será de aplicación, además de la normativa administrativa y mercantil procedente, la reguladora de este tipo de sociedades y las cooperativas mixtas. En relación a estas últimas, se prevé como una forma de prestar servicios públicos por las corporaciones locales bien promoviendo la creación de cooperativas o participando en las ya constituidas que cumplan actividades de interés público. A ellas les será de aplicación las prescripciones de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, así como las normas específicas que las regulan y, subsidiariamente, las correspondientes a las sociedades mercantiles en general y las disposiciones de este Reglamento. Los representantes, funcionarios o personal laboral de la entidad local, de un organismo autónomo o de una sociedad local, socio de la cooperativa, podrán ser miembros de sus órganos directivos. Además, la entidad local podrá ejercer el control de la cooperativa en la que participe, mediante la designación de un delegado, cuando así se haya previsto en los estatutos.

La intervención de la entidad local ejercerá la fiscalización de la gestión económica y de las operaciones contables de las sociedades mercantiles, laborales y cooperativas, de acuerdo con las normas generales que regulan la materia. Sin perjuicio de ello y bajo la supervisión de la intervención de fondos de la entidad, las cuentas anuales y el informe de gestión de la sociedad serán revisados mediante auditorías de cuentas, en la forma legalmente establecida.

### **3.10.2.- Normativa Sectorial**

#### **3.10.2.1.- Urbanística**

La normativa catalana de aplicación es fundamentalmente el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de

la Ley de urbanismo, que sustituye al TR de 2005, y el Decreto 305/2006, de 18 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo, que aun siendo posterior se mantiene vigente.

## **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La nueva normativa catalana regula de forma amplia y precisa las sociedades urbanísticas, dándoles amplias facultades de actuación, llegando a ser consideradas como administraciones actuantes.

Ya la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de “Urbanismo” (que se integra en el Texto Refundido), el Preámbulo establecía que “la Ley aborda el papel de las entidades urbanísticas especiales, naturaleza que tiene el Instituto Catalán del Suelo, los consorcios urbanísticos y las empresas municipales de capital totalmente público que así se configuren, y prevé especialmente que dichas entidades pueden tener la condición de administración actuante en los casos regulados por la Ley, con los derechos y deberes inherentes a dicha condición”. Es preciso subrayar también la previsión de auditorías, con la finalidad de mejorar la capacidad de gestión de las administraciones con competencias urbanísticas.

Con carácter general, el artículo 14 del TR determina, siguiendo la normativa administrativa general que ya se ha analizado, que los municipios tienen una amplia competencia en materia urbanística, correspondiéndoles, incluso, todas las facultades de naturaleza local que no hayan sido expresamente atribuidas por esta Ley a otros organismos. Pues bien, en relación al ejercicio de dichas competencias urbanística podrán, en virtud de los principios de colaboración y coordinación y de la potestad organizadora que les corresponde, *“constituir gerencias, consorcios y mancomunidades, delegar competencias y utilizar cualquiera otra fórmula de gestión directa o indirecta admitida legalmente”*, es decir, servirse de sociedades urbanísticas instrumentales o mixtas. En esta línea, el artículo 8 indica que la gestión urbanística se puede encomendar tanto a la iniciativa privada como a organismos de carácter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas.

La normativa atribuye a estas sociedades el carácter de entidades urbanísticas colaboradoras y de administraciones actuantes, lo que es fundamental, pues en base a ello tienen unas amplias facultades de gestión e, incluso, de formulación de planeamiento, siempre que las mismas no impliquen ejercicio de autoridad. Estas atribuciones se determinan en los siguientes artículos y contenido concreto que se analizan:

- a) Entidades Urbanísticas especiales: El artículo 22 del TR indica que reúnen esta condición, tanto el Instituto Catalán del Suelo, entidad urbanística especial de la Generalidad, como los consorcios urbanísticos, las mancomunidades en materia urbanística, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determinan sus estatutos.
- b) Administración actuante: Igualmente, de acuerdo con el artículo 23 del TR, podrán tener la condición de administración actuante:



- Los ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias urbanísticas en materia de planeamiento y de gestión.
- El Instituto Catalán del Suelo, si lo determina el planeamiento urbanístico y en los casos en que la Administración de la Generalidad se subroga en las competencias urbanísticas municipales.
- Los consorcios urbanísticos, las mancomunidades en materia urbanística, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determina un acuerdo expreso del ayuntamiento, que debe someterse a la publicidad requerida para la ejecutividad del instrumento urbanístico de planeamiento o de gestión de que se trate.

En función de esta doble condición de entidades urbanísticas especiales y de administraciones actuantes, se determina una amplia capacidad de actuación, además de las facultades que les atribuye la normativa estatal.

Como entidades urbanísticas especiales pueden asumir competencias urbanísticas en materia de planeamiento y de gestión urbanísticas en los supuestos en que operan como administración actuante y pueden ser receptoras de la cesión a título gratuito o de la enajenación directa de terrenos del patrimonio público de suelo y de vivienda.

Las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público como entidades urbanísticas especiales, si operan como administración actuante, tienen unas amplísimas facultades, pudiendo destacarse las siguientes:

- a) Formular cualquier figura de planeamiento urbanístico.
- b) Formular, tramitar y aprobar definitivamente los instrumentos de gestión correspondientes, incluyendo la aprobación de las bases en la modalidad de compensación por concertación del sistema de reparcelación y la aprobación de la concesión de la gestión urbanística integrada, en la modalidad de cooperación del sistema de reparcelación. En este último caso pueden adoptar los acuerdos de liquidación y la gestión de las cuotas, de acuerdo con lo establecido en la cuenta de liquidación provisional.

El artículo 155, en la gestión por expropiación, permite al ayuntamiento competente cumplir la actividad de ejecución del planeamiento mediante la gestión a través de una entidad de derecho público o una sociedad privada de capital íntegro del ayuntamiento.

- c) Ser receptoras del suelo de cesión obligatoria y gratuita correspondiente al porcentaje aplicable sobre el aprovechamiento urbanístico del correspondiente ámbito de actuación.

No obstante ello, la condición de administración actuante, acordada por el ayuntamiento, de las sociedades de capital íntegramente público local que sean entidades urbanísticas especiales, no comporta la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio y es responsabilidad del órgano competente del ente local dictar los actos o las resoluciones de carácter jurídico administrativo que apoyen a la actividad

material y técnica objeto del encargo o en los cuales se integre dicha actividad. Además, se determina expresamente en el artículo 13.6 del Reglamento. Los acuerdos que, como administración actuante adopten las entidades urbanísticas especiales, se rigen por el derecho administrativo.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

Ni el Texto refundido ni el Reglamento realizan una regulación exhaustiva del estatuto propio de las sociedades urbanísticas, por lo que se aplicará a las sociedades urbanísticas locales lo ya visto de la legislación de régimen y, supletoriamente, de la legislación estatal. Sin perjuicio de ello, el artículo 11 del Reglamento, bajo el epígrafe “Sociedades urbanísticas”, determina de forma específica las siguientes características de las mismas:

- a) Pueden ser constituidas por las administraciones públicas; sus entidades dependientes se pueden constituir de forma individual o conjunta, pudiendo por lo tanto ser constituidas bien de forma directa, sociedades de primer nivel, como de segundo, por entes instrumentales de dichas administraciones.
- b) Las pueden constituir igualmente las mancomunidades y los consorcios.
- c) Las sociedades podrán ser constituida “ex novo” o bien participar en sociedades ya constituidas, que tengan por objeto la realización de actividades en materia urbanística.
- d) Su naturaleza ha de ser mercantil.
- e) Sus competencias amplias, pues serán actividades mercantiles que no impliquen ejercicio de autoridad.
- f) Tener la condición de entidades urbanísticas especiales si lo determinan sus estatutos, como ya se ha visto.

## **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Se establecen las siguientes especialidades de las sociedades urbanísticas en relación con los instrumentos de intervención del mercado del suelo:

### **1.- Patrimonios municipales de suelo y vivienda**

En primer lugar, el artículo 222 permite que los patrimonios municipales de suelo y de vivienda puedan ser gestionados mediante cualquiera de las formas admitidas por la legislación de régimen local, incluyendo la gestión por mancomunidades, consorcios, sociedades urbanísticas o por otras administraciones públicas.

Además, el artículo 164 del TR, en relación con la cesión de terrenos integrantes del patrimonio público de suelo, permite que la enajenación pueda hacerse directamente a favor de la entidad urbanística especial de la administración territorial titular, así como en los siguientes casos:

- a) Si se destinan a entidades de carácter benéfico y social y a promotores públicos para construir viviendas protegidas.
- b) Si se destinan a personas con niveles de ingresos bajos, en operaciones de conjunto aprobadas por la administración competente.
- c) Si la licitación pública queda desierta o bien fallida por incumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, en el plazo de un año, siempre que los adquirentes asuman las mismas obligaciones.

Indicándose que la adscripción o la aportación de los bienes del patrimonio municipal de suelo y de vivienda a entidades urbanísticas especiales no comportan ninguna alteración del régimen establecido por esta Ley.

## **2.- Derecho de superficie**

La Administración de la Generalidad, los entes locales, las entidades urbanísticas especiales y las otras personas jurídicas de derecho público, en el ámbito de las competencias respectivas, y también las personas particulares, pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de que sean propietarios o propietarias para destinarlos a construir viviendas, establecer servicios complementarios o hacer instalaciones industriales, logísticas y comerciales u otras edificaciones determinadas en los planes urbanísticos, de acuerdo con el artículo 171 del Texto refundido.

El derecho de superficie se rige por esta ley, por la legislación civil catalana y por el título constitutivo del derecho. Especificando que los aspectos sustantivos del derecho de superficie no regulados por este artículo, incluida la extinción, y también los aspectos procedimentales de este derecho, son regulados por la legislación civil catalana.

### **3.10.2.2.- De vivienda**

La normativa sectorial de vivienda más destacada a los efectos de nuestro estudio es la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, desarrollada por el Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda.

Ya se ha visto que la vivienda es competencia municipal, tanto por el Estatuto como por la normativa de régimen local, igualmente así está establecida en la Ley del derecho a la vivienda en su artículo 8, que reconoce a los entes locales, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, *“las competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística y la presente ley”*.

El contenido es muy amplio, como se ha visto en el Capítulo IV, pues no solo son competentes para desarrollar la política de vivienda en general, sino que pueden concertar políticas propias de vivienda con la Administración de la Generalidad. A tal fin se contemplan los “Planes Locales de Vivienda” el “Plan Local de Vivienda Simplificado” y los “Planes Locales de vivienda de alcance supramunicipal”, debiendo el Gobierno de la Generalitat establecer una línea

de financiación específica para atender situaciones de dificultad justificada en relación con la elaboración de los planes locales de vivienda y el fomento de la redacción de planes supramunicipales.

La Ley Catalana contempla específicamente, en sus artículos 16 y 17, una serie de directrices que debe cumplir el planeamiento urbanístico respecto a la política de vivienda y destino del suelo a este tipo de viviendas.

Por último, en la línea del Texto refundido de 2010, el artículo 15 de la Ley del Derecho a la Vivienda de Cataluña otorga a los ayuntamientos la posibilidad de delimitar áreas en las que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública sobre edificios plurifamiliares enteros, usados principalmente como vivienda, y áreas en las que se pueda ejercer los derechos de tanteo y retracto que pueden extenderse a la transmisión de acciones o participaciones sociales de sociedades mercantiles cuyo objeto esté vinculado directa o indirectamente a la actividad inmobiliaria y que sean propietarias de alguno de dichos edificios o viviendas, para cumplir los objetivos de los planes locales de vivienda, incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales, facilitar la conservación y rehabilitación de edificios y para evitar la expulsión de ocupantes u otros procesos especulativos.

### **3.11.- EXTREMADURA**

#### **3.11.1.- Administrativa General y de Régimen Local**

La Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el noveno de sus artículos asume como competencia exclusiva de la Comunidad, entre otras, las siguientes materias:

- 31. Urbanismo y vivienda. Normas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y de conservación del patrimonio urbano tradicional.*
- 32. Ordenación del territorio.*

Además, el Estatuto de Autonomía de Extremadura, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, atribuye a la Comunidad Autónoma, en su artículo 9.1.3, la competencia exclusiva en materia de régimen local.

La única ley relativa al régimen local de Extremadura es la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura, que salvo reconocer que el derecho de los municipios y de las entidades locales menores a mancomunarse, con el fin esencial de servirse de ellas para la prestación en común de servicios y la ejecución de obras de su competencia, en su artículo 3.º, nada indica de las formas de prestar servicios ni de sociedades locales, por lo que se aplicará la normativa estatal vista.

Solamente otra normativa administrativa de Extremadura hace referencia a las sociedades públicas pero sin entrar en su régimen jurídico, en concreto la Ley

1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en su artículo 23 determina que a la Junta de Extremadura le corresponde designar, dando cuenta a la Asamblea, a los representantes de la Comunidad Autónoma en los órganos económicos, institucionales, financieros y en las empresas públicas del Estado, así como designar a dichos representantes en los órganos económicos, institucionales y empresas dependientes de la Comunidad Autónoma; salvo que por Ley se atribuya a otro órgano la designación y la Disposición adicional tercera, determina que las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura se rigen por su Ley de creación. Además, la Ley 1/2008, de 22 de mayo, de creación de Entidades Públicas de la Junta de Extremadura, en su artículo 27 dispone que la participación en empresas públicas deberá ser previamente autorizada por la Consejería u órgano al que se encuentren adscritos, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de Hacienda y del resto de autorizaciones que establezca la normativa vigente.

### **3.11.2.- Sectorial**

#### **3.11.2.1.- Urbanística**

##### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial, apuesta decididamente por la gestión del suelo mediante las sociedades urbanísticas, estableciendo como objetivo programático en su Exposición de Motivos, en relación con la intervención pública activa en el mercado de suelo y vivienda (“intervención gestora” como denomina) regulando la constitución de empresas públicas, o de sociedades mercantiles de capital público, o de economía mixta con la finalidad de la promoción de cualesquiera edificaciones y urbanizaciones, en desarrollo de sus competencias sectoriales propias o en el marco de los convenios interadministrativos de colaboración suscritos a tal fin, en constitución y a través de, en su caso, consorcios urbanísticos, con el objetivo señalado de intervención directa de la Administración en el mercado inmobiliario sobre bases explícitas de interés general.

El artículo 6.º, que regula las formas de gestión y ejecución de la actividad territorial y urbanística, indica que ésta se desarrollará en las formas previstas en esta Ley y, para todo lo no contemplado en ella, en la legislación reguladora de la Administración actuante. Determinando en relación a las actividades de ejecución el siguiente régimen:

- Las actuaciones edificatorias, cuya gestión y ejecución de las actuaciones edificatorias podrán ser tanto públicas como privadas.
- Las actuaciones urbanizadoras, en cuyo caso la ejecución será siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta:

- a) En la gestión directa, la Administración actuante asume la financiación y realización de la totalidad de las obras. Debiendo realizarse necesariamente mediante gestión directa:
- La tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento y los de ejecución de éstos.
  - Las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades de ordenación, control, intervención, protección de la legalidad, sanción y expropiación. La Administración podrá actuar, en estos casos, por sí misma o mediante una organización descentralizada de Derecho público dependiente de ella.
- b) En la gestión indirecta, la Administración actuante atribuye la condición de agente urbanizador a una persona privada, tenga o no la condición de propietario, por el procedimiento establecido en esta Ley.

En un sentido amplio, el artículo 113 autoriza a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Municipios podrán utilizar, para la gestión directa de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.

Todas estas administraciones estarán habilitadas para crear Organismos Autónomos de carácter gerencial y entidades mercantiles de capital íntegramente público.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

Las sociedades mercantiles tienen las siguientes características en la legislación extremeña, de acuerdo con los artículos 113 y 114:

- a) Pueden ser de capital íntegramente público, de duración limitada o por tiempo indefinido.
- b) Constituidas con carácter general o sólo para determinadas actuaciones.
- c) En particular, podrán crear sociedades anónimas según la normativa mercantil vigente para alguno de los fines siguientes:
- 1º. Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
  - 2º. Consultoría y asistencia técnica.
  - 3º. Prestación de servicios.
  - 4º. Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.
- d) Se autoriza, además, a que estas empresas públicas y las Administraciones públicas que las han creado, sus organismos dependientes o adscritos y los consorcios o cualquiera de éstos, puedan suscribir convenios, con fines de colaboración, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local.

- e) También el artículo 145, en la ejecución de los Proyectos de Interés Regional, podrán ser beneficiarios de la expropiación: los organismos y entes públicos, incluso de carácter consorcial, así como las sociedades públicas que sean directamente promotoras o reciban de la Administración promotora la encomienda de la ejecución.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Las Administraciones Públicas territoriales y sus entidades o empresas públicas podrán cederse gratuitamente o por precio fijado, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, bienes de los patrimonios públicos de suelo.

La finalidad de dichas cesiones las establece el artículo 93 de la Ley, en concreto:

- a) construcción de viviendas u otros usos de interés social sujetos a algún régimen de protección pública,
- b) establecimiento de usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o de los planes de ordenación urbanística, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno.

Cuando se trate de terrenos que no tengan aún la condición de solar, la cesión se hará con la condición de la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan.

La cesión fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización, en su caso, y de edificación.

#### **3.11.2.2.- De vivienda**

La Asamblea de Extremadura formuló recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL, como se ha visto en el Capítulo IV, no habiendo dictado normativa específica para la aplicación de dicha norma.

La legislación de vivienda es la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura, que en su artículo 37 impone a la Junta de Extremadura y a los ayuntamientos la obligación de dictar medidas de fomento con el objetivo de facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho constitucional de disfrutar de una vivienda digna y adecuada y, en particular, para facilitar el acceso a la vivienda de las personas o los grupos en situación de especial dificultad, mejorar la calidad de las viviendas y de su entorno y adecuar el coste de las viviendas y del mantenimiento posterior a la capacidad de renta de las unidades familiares. Para dicha finalidad, su artículo 38 determina las medidas de Fomento, dirigidas a la consecución de los mencionados objetivos, entre otras a la Promoción Pública de Suelo y a la Promoción Pública de Viviendas.

## **3.12.- GALICIA**

### **3.12.1.- Administrativa general y de régimen local**

#### **3.12.1.1.- General**

El Estatuto de Autonomía para Galicia fue aprobado por la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, si bien ha sufrido distintas modificaciones en 1997, 2002 y 2010. En su artículo 27 asume las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma gallega, siendo, entre otras, las siguientes:

Dos. Organización y régimen jurídico de las comarcas y parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, alteraciones de términos municipales comprendidos dentro de su territorio y, en general, las funciones que sobre el Régimen Local correspondan a la Comunidad Autónoma al amparo del artículo ciento cuarenta y nueve, uno, dieciocho, de la Constitución y su desarrollo.

Tres. Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda.

En desarrollo de la misma se ha dotado de distinta normativa, tanto de régimen local (Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia), de urbanismo (Ley 9/2002, de 30 de diciembre, del Suelo de Galicia) y de vivienda (Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia).

En la normativa gallega debe destacarse, aun cuando no sea de aplicación directa a las sociedades locales, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que en sus artículos 102 a 112 realiza una profunda labor de regulación de las mismas en relación a su estatuto jurídico, constitución, control por la Junta, régimen de los órganos de gobierno y administración, personal, régimen de auditoría y la publicidad activa mediante su página web en Internet. Además, en los artículos 47 a 51 determina su carácter de medio propio a los efectos previstos en el artículo 4.º.1.n) y 24.6 del TRLCSP, determinando que este carácter de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia comporta *“para las entidades, de acuerdo con lo previsto en la legislación de contratos del sector público, la obligación de ejecutar las encomiendas o encargos que los poderes adjudicadores que los controlan y sus medios propios les realicen dentro del ámbito de su objeto social y en los términos fijados en sus estatutos”* y que *“las relaciones de los medios propios con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado. Las encomiendas o encargos se retribuirán mediante las tarifas sujetas al régimen previsto en este artículo, y comportarán la facultad para el órgano que los efectúa de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución”* (artículo 47.2).



### **3.12.1.2.- Ley de Administración Local de Galicia**

#### **A) Competencias municipales**

La Ley 5/1997, de 22 de julio, que regula la Administración Local de Galicia, considera como competencia propia de los municipios, entre otras, *“la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines; la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales”* (art. 80.2.d), además de esta expresa mención, en el artículo 86 se establece la posibilidad de ejercer como actividad complementaria de otras administraciones, entre otras, las de vivienda y la protección del medio ambiente, siempre que se garantice la prestación de los servicios mínimos.

Estas amplias competencias en materia de urbanismo y vivienda son refrendadas, como ya se ha visto, por la Ley 5/2014, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL, que en su Exposición de motivos parte por un lado de que la Ley básica estatal establece un modelo de competencias cerrado, sino la enumeración de una serie de materias que luego deben ser desarrolladas y determinadas por el legislador autonómico en su propia legislación sectorial el que concrete las mismas<sup>141</sup>. Por otro, indica que e no pueden imponerse a las normas aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley básica lo prevenido en el artículo 25 que solo es de aplicación a las normas aprobadas en el nuevo sistema vigente tras la reforma.

Como consecuencia de todo ello, la Disposición adicional primera que determina el régimen aplicable a las competencias atribuidas por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la LARSAL, determina que *“las competencias atribuidas a las entidades locales por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013..., continuarán ejerciéndolas ellas, rigiéndose por la indicada legislación o, en su caso, por el derecho estatal aplicable como supletorio, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones adicionales cuarta y quinta sobre la asunción por la Comunidad Autónoma de las competencias relativas a la educación, salud y servicios sociales”*.

#### **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

La Ley 5/2011, en su artículo 295, indica que son servicios públicos locales *“cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales”*, pudiendo gestionarse de forma directa o indirecta, precisando que se podrán gestionar indirectamente los servicios de contenido económico que los hagan susceptibles de explotación por empresarios particulares, pero en ningún caso aquellos que impliquen ejercicio de autoridad.

---

<sup>141</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 5/2011 indica: “Por lo tanto, serán las leyes sectoriales las que concretarán las competencias locales según el sistema de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, observando las directrices del artículo 2.1 de la Ley de bases”.

La gestión directa adoptará, entre otras formas, la de *“sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local”* y la indirecta la de *“sociedad de economía mixta en la que participe la Administración, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*

### **C) Estatuto de la empresa pública**

El estatuto de la empresa pública local se regula fundamentalmente en los artículos 302, 307 y 309 de la ley 5/2011, pudiendo extractarse su contenido, que deber ser completado por la normativa estatal, en los siguientes aspectos:

- a) **Tipología:** Podrán ser instrumentales o mixtas y necesariamente han de adoptar una de las formas de responsabilidad limitada.
- b) **Procedimiento de constitución:** No establece un procedimiento propio para las sociedades gestoras de servicios, por el contrario sí, para las sociedades constituidas para el ejercicio de actividades económicas; en este punto se reitera lo ya indicado de que los procedimientos son muy similares y el hecho de que las sociedades urbanísticas locales realizan ambas actividades indistintamente, por ello puede valer el procedimiento previsto de la elaboración de un expediente previo, en el que se acreditará la conveniencia y oportunidad de la iniciativa pública. El procedimiento es el siguiente:
  - El acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.
  - Una memoria redactada por la comisión, relativa a los aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad.
  - La toma en consideración de la memoria por el Pleno y la exposición al público por un período de treinta días como mínimo, durante el cual podrá presentarse reclamaciones o alegaciones.
  - La aprobación final por el Pleno de la Entidad Local.

Posteriormente se elevará a escritura pública, en la que debe constar el capital aportado por la Entidad Local, e inscripción en el Registro Mercantil.

- c) **Régimen jurídico:** Sin perjuicio de lo establecido en la Ley y en las disposiciones que la desarrollen, las sociedades mercantiles con participación exclusiva o parcial de las Entidades Locales se registrarán por la normativa civil, mercantil o laboral que les sea de aplicación.
- d) **Componente subjetivo:** En las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a la Entidad Local, la Corporación asumirá las funciones de la Junta General. En la escritura de constitución de la sociedad constará la forma de constituir el Consejo de Administración y la

determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en representación del capital social. El personal de la sociedad no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario. El procedimiento de selección respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad.

- e) **Régimen económico:** Las sociedades mercantiles locales elaborarán un estado de previsión de gastos e ingresos que se integrará en el presupuesto general de la entidad. También elaborarán un programa de actuación, inversiones y financiación que se unirá, como anexo, al citado presupuesto general.
- f) **Sociedades mixtas:** En relación a este tipo de sociedades que prestan de forma indirecta el servicio, la Ley establece que su duración dependerá de las características del servicio, sin que en ningún caso puedan exceder del plazo de cincuenta años. Extinguidas las sociedades mixtas, revertirán al patrimonio local los bienes, instalaciones y material afectados al servicio, en condiciones normales de uso.

### **3.12.2.- Sectorial**

#### **3.12.2.1.- Urbanística**

La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia regula a las sociedades urbanísticas, determinando no solo su carácter de directora de la actividad urbanística en los distintos sistemas de gestión, sino también estableciendo el estatuto jurídico de las mismas.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

Con carácter general, el artículo 5 (Dirección de la actividad urbanística) establece que la gestión de la actividad urbanística puede desarrollarse directamente por aquélla o a través de las formas previstas por esta ley y de las autorizadas por la legislación reguladora de la Administración actuante, es decir, a través, entre otros, de sociedades urbanísticas. Al igual que en legislaciones anteriores, se especifica que en todo caso las facultades que impliquen el ejercicio de autoridad sólo podrán desarrollarse a través de una forma de gestión directa y en régimen de derecho público.

Con carácter más concreto, el artículo 125 (Sociedades mercantiles para la ejecución del planeamiento) permite que las entidades locales y demás administraciones públicas constituyan sociedades mercantiles para la ejecución de los planes de ordenación. Destacando en relación a las mismas dos aspectos de interés:

- Primero, el capital social de las mismas puede pertenecer íntegra o mayoritariamente a la administración. En el caso de sociedades mixtas, la Administración podrá ofrecer la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir a todos los propietarios afectados sin licitación.

- Segundo, la administración titular podrá encomendar a estas sociedades instrumentales, de forma directa, la ejecución de las obras de urbanización y las operaciones de gestión y ejecución del polígono, cualquiera que sea el sistema de actuación elegido.

En relación a las previsiones concretas en orden a la actuación de las sociedades urbanísticas en los distintos sistemas de actuación, la normativa gallega contienen las siguientes previsiones concretas:

- a) Cuando se fije la expropiación como sistema de actuación para un polígono, podrá utilizarse las formas de gestión que permita la legislación de régimen local aplicable y que resulten más adecuadas a los fines de urbanización y edificación previstos en el planeamiento. (Artículo 141. Formas de gestión)
- b) En el sistema de concierto, la gestión de la actividad de ejecución podrá ser realizada a través de sociedad mercantil constituida al efecto que puede ser privada, constituida exclusivamente por todos los propietarios, o bien una sociedad urbanística de capital mixto al incorporarse a la entidad urbanística de gestión como socios, tanto los propietarios afectados como personas o entidades que aporten financiación o asuman la realización de las obras de urbanización y edificación precisas en los términos aprobados por el municipio competente (art. 151).
- c) La administración podrá encomendar a una sociedad urbanística pública el desarrollo de la actuación en los supuestos de programas de edificación forzosa (aprobados por administración de forma simultánea al planeamiento que contenga la ordenación detallada, en los que se delimiten áreas prioritarias a los efectos de la edificación forzosa) o programas de rehabilitación (en los que se regule la gestión de edificios que, de acuerdo con el planeamiento, deban ser objeto de rehabilitación integral o en los que deban conservarse algunos elementos) cuando se incumpla el deber de edificar en algún terreno incluido en dichas áreas. En estos casos, la sociedad urbanística actuará como beneficiaria de la expropiación y asumirá frente a la administración el deber de edificar en los plazos que se fijen en el convenio que regule la actuación, que en ningún caso podrán ser más largos que los otorgados inicialmente al propietario (artículo 191).

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

El artículo 228 (Competencia de los municipios), tras indicar que la competencia urbanística de los municipios comprenderá todas las facultades que, siendo de índole local, no estuvieran expresamente atribuidas por la presente Ley a otros Organismos, reitera que *“los municipios podrán utilizar las distintas formas de gestión que establece la legislación del régimen local para el desarrollo de la actividad urbanística”*. Una de las formas específicas de gestión que se regulan es específicamente la sociedad urbanística en el artículo 229, como órganos urbanísticos en el ámbito social pudiendo ser constituidos no solo por las Entidades Locales sino también por los consorcios<sup>142</sup> creados por éstas.

<sup>142</sup> El artículo 228.3 determina que las Entidades Locales “podrán constituir Consorcios mediante convenio en el que podrán participar los órganos de la Administración Autonómica,

Se establece en la normativa gallega las siguientes características generales de las sociedades urbanísticas:

- a) Se podrán constituir con capital social perteneciente íntegra o mayoritariamente a las mismas, con arreglo a la legislación aplicable, para la ejecución de los planes de ordenación.
- b) Su creación se realizará de acuerdo con la legislación mercantil y con observancia de las normas administrativas que reglamentariamente se determine.
- c) Tendrán por objeto el estudio, la promoción, la gestión o la ejecución de cualquier tipo de actividad urbanística, siempre que no implique ejercicio de autoridad.
- d) La administración podrá encomendar a estas sociedades instrumentales, de forma directa, cualquiera que sea el sistema de actuación elegido, no solo la ejecución de las obras de urbanización sino también las operaciones de gestión y ejecución del polígono.
- e) En el supuesto de Sociedades mixtas, la participación de la iniciativa privada en el capital social deberá realizarse con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia inherentes a la contratación administrativa, si bien, como se ha visto, se podrán ofrecer directamente y sin licitación a todos los propietarios afectados. La distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos.

### **3.12.2.2.- De vivienda**

La Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, deja perfectamente clara la competencia de vivienda de los ayuntamientos y por ende de la gestión de la misma mediante sus sociedades urbanísticas locales en su artículo 7 (Competencias de las administraciones locales) al indicar que: *“los entes locales, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, ejercen las competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística y la presente ley, sin perjuicio de la capacidad de suscribir convenios y concertar actuaciones con otras administraciones y agentes de iniciativa social y privada que actúan sobre el mercado de la vivienda protegida y libre”*.

Además de ello, y es muy importante pues muchas sociedades municipales gestionan las oficinas de rehabilitación locales, el artículo 97 (Oficinas de rehabilitación), tras determinar que para el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo podrá disponer de oficinas de rehabilitación que permitan una adecuada coordinación y eficacia de los programas, permite que, en aras de una eficaz utilización de los recursos, estas oficinas puedan instrumentalizarse a través de convenios con los ayuntamientos o con otras entidades locales.

---

las Diputaciones Provinciales y los municipios, para el ejercicio en común de competencias urbanísticas, así como para la realización de obras o prestación de servicios públicos”.

### **3.13.- LA RIOJA**

#### **3.13.1.- Normativa Administrativa**

##### **3.13.1.1.- General**

La Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, establece que le corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda en el artículo 8.º, y en el 9.º, que será la comunidad la que, en el marco de la legislación básica del Estado, desarrolle legislativamente, entre otras materias, la relativa al Régimen local.

El sector público autonómico, que puede servir de referencia interpretativa y complemento de la legislación aplicable a las sociedades locales, se regula de forma amplia en la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que las define en su artículo 49, como *“las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente, directa o indirectamente, por el Gobierno de La Rioja, o cuyo control efectivo corresponda, directa o indirectamente, al Gobierno de La Rioja o a un organismo público dependiente del mismo”*, determinando que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública y que se rigen por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las siguientes materias:

- c) Las obligaciones que se deriven de la normativa aplicable en materia presupuestaria, contable y de control vigente en la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- d) En materia de contratación se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Tras estos criterios generales, se regulan específicamente su creación, modificación y extinción (art. 49), el régimen de sus estatutos (art. 49), sus órganos de gobierno (Junta General, art. 51 y Consejo de Administración, art. 51 bis) y personal directivo (art.52).

##### **3.13.1.2.- Ley de Administración Local de La Rioja**

La normativa de régimen local de La Rioja es esencialmente la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, y la reciente Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma, dictada tras la entrada en vigor de la LRSAL, para regular los efectos de la misma en los entes locales de la Comunidad.

Analizaremos, como en anteriores Comunidades, los aspectos más destacados de esta legislación.

## **A) Competencias municipales**

De acuerdo con el artículo 34 de la Ley 1/2003, los municipios de La Rioja tienen las competencias que les reconozca la legislación del Estado y de La Rioja, que como se verá, contempla ampliamente las competencias en materia de urbanismo y vivienda. Además de las competencias propias, los municipios riojanos tienen una cláusula que les permite la realización de actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas, según el artículo 37, siempre que sean para la satisfacción de los intereses y necesidades de los vecinos y que esté garantizada la prestación de los servicios obligatorios.

Esta amplitud de competencias, tras la LRSAL, la mantiene y garantiza la Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja, que establece en su Exposición de Motivos que uno de sus fines es recoger y dar continuidad al ejercicio de competencias atribuidas a las entidades locales antes de la entrada en vigor de la LRSAL. Consecuentemente con ello, el artículo 1.º determina claramente que *“las competencias atribuidas a las entidades locales de La Rioja por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, del 27 de diciembre, se ejercerán por las mismas de conformidad con las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local...”*.

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

Para la Ley riojana son servicios públicos locales *“cuantos se prestan para satisfacer los intereses y necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales”* (art. 199); además se reconoce a las entidades locales, para la satisfacción de las necesidades de los vecinos, la posibilidad de prestar los servicios y realizar las actividades económicas que estimen pertinentes, de acuerdo con el art. 128 de la Constitución (art. 204).

La gestión de los servicios públicos locales puede realizarse, de acuerdo con el artículo 207, de forma directa, mediante *“sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad”* o indirecta, mediante *“sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituidas cuyo capital social sólo pertenezca parcialmente a la entidad local”*. No pudiendo, en ningún caso, prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad y solo siendo posible cuando se trate de servicios que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación a través de empresarios particulares.

## **C) Estatuto de la empresa pública**

La Ley de Administración Local de La Rioja regula específicamente y por separado las empresas públicas instrumentales y las de naturaleza mixta, en sus artículos 210 y 216, respectivamente.

- **Sociedades instrumentales**

Se podrán constituir para la gestión directa de servicios locales de carácter económico. La sociedad debe adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada y actuará en régimen de empresa privada sujeta al Derecho mercantil, excepto en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.

El proceso de constitución es general, tanto para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas y viene establecido en el artículo 205, que impone, previo al acuerdo de constitución de la sociedad, la tramitación de un expediente en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa para los intereses públicos locales. El expediente se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Acuerdo inicial del Pleno. La adopción del acuerdo requerirá la elaboración previa por una comisión nombrada al efecto de una memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, la forma de gestión, la previsión de los ingresos y precio de los servicios ofertados y los supuestos de cese de la actividad.
- b) Exposición pública por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.
- c) Aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad.

Posteriormente se elevará a escritura pública, en la que debe constar el objeto de la misma, el capital aportado por la entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en éste.

Desde el punto de vista subjetivo se precisa que el Pleno de la entidad asumirá las funciones de la Junta General y que el personal de la sociedad estará sujeto al Derecho laboral. Y, por último, en materia económica, que las sociedades públicas locales elaborarán anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación.

- **Sociedad mixta**

En los casos de gestión indirecta mediante sociedad mercantil, la aportación de la entidad local a su capital social será solo parcial.

El régimen jurídico de las sociedades mixtas riojanas se caracteriza por los siguientes aspectos:

- a) El capital aportado por la entidad local podrá consistir en la concesión del servicio u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales y sean valorables económicamente, y será desembolsado completamente en el momento de la constitución o de la ampliación de capital.



- b) Los estatutos sociales delimitarán las facultades reservadas al ente público o a sus representantes en los órganos directivos de la sociedad y las causas de disolución de éstas. Manteniendo la entidad local sobre los servicios cuya gestión se contrate la titularidad y las potestades de dirección y control que se deriven de la propia ordenación legal del servicio, para garantizar su buen funcionamiento.
- c) La responsabilidad de la entidad local por las obligaciones sociales se limitará a su aportación al capital social.
- d) La duración de la sociedad debe fijarse en función de las características del servicio y del tiempo necesario para amortizar las inversiones realizadas, sin que en ningún caso el plazo total exceda, incluidas las prórrogas, del previsto en la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas.
- e) Extinguida la sociedad, revertirán al patrimonio local, a la finalización del plazo y en adecuadas condiciones de uso, los bienes, instalaciones y material afectos al servicio.

### **3.13.1.3.- Normativa patrimonial**

La Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, establece claramente en su artículo 6 la exclusión de la aplicación de la ley a las sociedades públicas de la Comunidad, al indicar expresamente en su párrafo 3.º que: *“los bienes y derechos de las sociedades públicas y fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja no quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Ley”*.

No obstante ello, se regulan distintos aspectos muy interesantes en relación con los aspectos patrimoniales de las sociedades públicas de la Comunidad y el régimen patrimonial y contable de las acciones y participaciones de la misma en el capital de las sociedades (artículos 66 y siguientes). Además, se regula expresamente la posibilidad de cesiones gratuitas no solo del uso sino también de la propiedad, el derecho de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales *“a favor de otras Administraciones Públicas, de entes instrumentales integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro declaradas de utilidad pública, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja”* (art. 114).

### **3.13.2.- Sectorial**

#### **3.13.2.1.- Urbanística**

La normativa urbanística fundamental es la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, que sustituyó a la Ley 10/98, de 2 de julio. Analizaremos sus distintos aspectos de interés para nuestro estudio.

## **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

Con carácter general, establecen los artículos 5 y 7 de la Ley que la actividad urbanística corresponde a la Comunidad Autónoma y a los Municipios de La Rioja en la esfera de sus respectivas competencias y en los términos previstos en esta Ley, destacando que corresponderán a los municipios las competencias en materia urbanística que no estén expresamente asignadas a ninguna Administración Pública en esta Ley o en cualquier otra disposición. Los municipios ejercerán estas competencias urbanísticas bien directamente bien de forma indirecta, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de régimen local, es decir, mediante una sociedad urbanística instrumental o de capital mixto.

De forma específica, se contempla la posibilidad de actuación de las sociedades urbanísticas en los distintos sistemas de gestión establecidos por la Ley 5/2006. En concreto:

- a) **Sistema de expropiación:** En este sistema, el artículo 153 permite la actuación mediante sociedades al igual que cualquier otra forma de gestión que permita la legislación por la que se rija la Administración actuante y resulte más adecuada a los fines de urbanización y edificación previstos en el planeamiento.
- b) **Sistema de urbanizador:** Igualmente se prevé la posibilidad de su ejecución directa bien de inicio, bien cuando analizadas las propuestas del aspirante a urbanizador se decida su rechazo, y proceder a la ejecución mediante sociedad pública, como uno de los sistemas de actuación directa previstos en esta Ley cuando ésta sea viable y preferible para los intereses públicos (artículo 159).

En el supuesto en que el urbanizador sea formulado de forma directa, de acuerdo con el artículo 163 (*“El agente urbanizador de titularidad pública”*), el sistema tendrá las siguientes peculiaridades:

- 1º. La propuesta de Programa de Actuación Urbanizadora se someterá a información pública por una sola vez.
- 2º. La Administración actuante será retribuida mediante la adjudicación de solares que se incorporarán al patrimonio público de suelo; justificadamente, podrá optar por su retribución económica mediante cuotas de urbanización.
- 3º. La adjudicación de las obras de urbanización se regirá por la legislación vigente en materia de contratos de las administraciones públicas.
- 4º. Los propietarios tendrán los mismos derechos y deberes que frente al agente urbanizador privado.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

La Ley 5/2006 no establece una regulación exhaustiva de las sociedades urbanísticas, dedicándole a éstas solo un artículo, el 120. En concreto, este

artículo indica que las Entidades locales y demás Administraciones públicas pueden constituir sociedades mercantiles para la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad.

Las características esenciales de dichas sociedades son las siguientes:

- a) Podrán ser de capital íntegramente público, o mixtas. En el caso de tratarse de empresas mixtas se podrá ofrecer, sin licitación, la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir a todos los propietarios afectados. La distribución de la parte del capital entre los que acepten participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos.
- b) Su objeto es la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, en especial la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Para que puedan disponer del suelo necesario para su actividad, el artículo 184 permite a los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y sus respectivas Entidades instrumentales, incluidas las sociedades anónimas con capital mayoritariamente público, permutar o transmitirse directamente y a título gratuito u oneroso, terrenos de naturaleza patrimonial e incluso del patrimonio municipal o autonómico del suelo.

Los fines a que deben ser destinados dichos bienes se concretan en:

- La promoción pública de viviendas.
- Construcción de equipamiento comunitario.
- Realización de instalaciones o edificaciones de uso público o interés social.

Las mismas reglas establece por remisión el artículo 191 en relación al Patrimonio Regional del Suelo.

#### **3.13.2.2.- De vivienda**

La normativa sectorial en materia de vivienda, la Ley 2/2007, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en su Exposición de Motivos deja claro que la vivienda es una materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y, consecuentemente, que son ellas las que directamente están obligadas a hacer efectivos los mandatos contenidos en el artículo 47 de la Constitución “en el plano legislativo, es decir, en cuanto al establecimiento de una normativa general reguladora de la materia”, a lo que responde específicamente y es finalidad esencial de la ley riojana.

Suponiendo la ley una apuesta decidida por la intervención de los poderes públicos en garantía de los intereses de los ciudadanos y en búsqueda de un

buen funcionamiento de la promoción y construcción de viviendas y, en general, del propio mercado de la vivienda, donde los ayuntamientos juegan un papel preponderante y, por ende, sus sociedades instrumentales que pueden, no solo promover dichas viviendas, sino también la administración de los parques públicos de vivienda, garantizando el derecho a la misma de los más desfavorecidos.

### **3.14.- MADRID**

#### **3.14.1.- Administrativa**

##### **3.14.1.1.- General**

La Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en su artículo 26.1.4 considera la Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda como de su competencia exclusiva. Al igual que en el 27, que le corresponde el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de Régimen local.

Como en anteriores Comunidades, la de Madrid regula de forma detallada las sociedades públicas dependientes de la propia Comunidad, fundamentalmente en la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, pero también en otras como la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid y la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de Madrid, que aun cuando no son de aplicación a las entidades locales, pueden servir de instrumentos de interpretación y aclaraciones en aquellos aspectos no regulados por la normativa de régimen local.

Se referenciarán algunos aspectos de la primera de ellas, la Reguladora de la Administración institucional, por ser la más completa, y establecer una precisa regulación de las empresas públicas en general y especialmente de las que adoptan la forma mercantil de Sociedades Anónimas, regulando en unas y otras su régimen jurídico (se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, con las peculiaridades que se deriven de la aplicación de la presente Ley), su régimen económico, financiero y contable, el control de eficacia y político, autorizaciones para su constitución y órganos de gobierno. Todo ello en los artículos 58 a 67 que constituyen el título III, “De las empresas públicas de la Comunidad”.

#### **3.14.1.2.- Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid**

##### **A) Competencias municipales**

La Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, en su artículo 8 (Competencias) no establece una enumeración de las mismas sino que determina que los Municipios, para la gestión de sus intereses, y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de

actividades y prestar cuantos servicios contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de los vecinos, debiendo ejercer sus competencias propias que, de conformidad con la legislación básica estatal, determinen las distintas leyes sectoriales, estatales o autonómicas.

En esta línea las leyes sectoriales de la Asamblea de Madrid asegurarán a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos. Como se verá, los municipios madrileños y sus sociedades tienen una amplia competencia en materia de urbanismo y vivienda establecida, no solo por las leyes sectoriales estatales que se han visto, sino también por la legislación de vivienda y urbanismo de la propia comunidad.

La Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, LRSAL, mantiene este régimen de competencias pese al recorte de la legislación básica al establecer en su artículo 3.º que *“las competencias atribuidas a los Municipios por leyes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por los mismos de conformidad con las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley”*.

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales, de acuerdo con el artículo 98, teniendo éstas plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia de conformidad con la legislación correspondiente.

Al igual que la normativa del estado, la Ley 2/2003 distingue dos formas de gestión de los servicios públicos locales: pueden gestionarse de forma directa o indirecta. La directa, mediante sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local, y la indirecta, a través de sociedad mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local (artículo 101. Régimen jurídico de la gestión de servicios públicos).

La gestión directa se regirá por la legislación de régimen local y el reglamento del correspondiente servicio, mientras que la gestión indirecta de los servicios públicos locales se regirá por lo dispuesto para el contrato de gestión de servicios públicos en la legislación general de contratación de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en todo lo que no se oponga a la legislación vigente en materia de contratación y a la presente Ley.

### **3.14.2.- Normativa Sectorial Urbanística**

La normativa de aplicación en la Comunidad de Madrid en materia de urbanismo es la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. Se analizarán los aspectos más destacados a los efectos del presente estudio.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La Ley 9/2001 establece para la gestión pública del urbanismo, en el artículo 74, una distinción esencial entre la gestión propia o la gestión cooperativa con otras administraciones o entes públicos.

Para la primera de ellas, la gestión propia, la Administración de la Comunidad de Madrid y los municipios podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades de gestión admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local. Entre ellas regula expresamente la sociedad urbanística, que posteriormente se analizará.

Para el desarrollo cooperativo de la actividad de ejecución, las Administraciones con competencia urbanística podrán, además:

- a) Constituir consorcios, atribuyendo a éstos competencias.
- b) Crear Mancomunidades de municipios para la gestión de servicios urbanísticos.
- c) Delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades públicas por ellas fundadas o controladas.
- d) Utilizar órganos de otras Administraciones o de los organismos dependientes o adscritos a ellas para la realización de tareas precisas para el ejercicio de competencias propias.

La ejecución pública del planeamiento en actuaciones integradas, salvo que deba tener por objeto sólo obras públicas ordinarias, se llevará a cabo por alguno de los sistemas siguientes:

- a) Cooperación.
- b) Expropiación.
- c) Ejecución forzosa.

Sentado ello, la ley madrileña establece distintas previsiones en relación a las sociedades urbanísticas en función de cada uno de los sistemas, en concreto:

- **Sistema de cooperación:** El artículo 116, en relación a la gestión de este sistema, prevé que la administración actuante podrá desarrollar la actividad de ejecución directamente, actuando sin órgano diferenciado, a través de organismo público o mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público o mixto. La atribución legal de la gestión del sistema a sociedad

mercantil podrá hacerse a entidad de capital íntegramente público, aunque éste pertenezca a otra Administración pública, o la de capital mixto que se cree exclusivamente con tal finalidad. En este último supuesto, los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de actuación, el sector o la unidad o unidades de ejecución, podrán participar en su capital, incluso si su participación se limita a la aportación de los terrenos y las construcciones y edificaciones de que sean titulares.

- **Sistema de ejecución forzosa:** Establece el artículo 126 que este sistema se gestionará siempre de forma directa por la Administración, mediante encomienda bien a sociedad mercantil de capital público propia o perteneciente a cualquiera de las otras Administraciones públicas de la Comunidad de Madrid o de la que se constituya, en otro caso, con esta exclusiva finalidad. En este último caso la sociedad podrá ser de capital mixto, pudiendo, al igual que en el supuesto de cooperación, participar en él los propietarios de terrenos en las mismas condiciones anteriormente indicadas para dicho sistema. En estos casos se reafirma el carácter de que la sociedad es una mera gestora que no debe realizar por sí misma las obras, por lo que el párrafo 2.º de este artículo indica que *“la sociedad que asuma la encomienda de la gestión, que tendrá la consideración de entidad gestora, contratará con empresarios privados la realización de las obras de urbanización y edificación precisas”*.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

Se regulan expresamente las sociedades urbanísticas en el artículo 75, que permite a las administraciones locales, a la de la Comunidad Autónoma, las entidades públicas de ellas dependientes o a ellas adscritas y los consorcios por ellas creados, poder constituir sociedades mercantiles para la realización de una amplia gama de actuaciones urbanísticas.

Esta variedad de actividades se concretará en su objeto social, que puede ser muy variado, en concreto cualquiera de las siguientes:

- a) Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
- b) Consultoría y asistencia técnica.
- c) Prestación de servicios.
- d) Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.

El referido artículo 75 establece las siguientes características generales:

- a) Pueden ser constituidas directamente por las distintas administraciones con competencia en el urbanismo o por las entidades públicas de ellas dependientes o a ellas adscritas y los consorcios por ellas creados.
- b) Tendrán el carácter de instrumentales, capital íntegramente público, o de naturaleza mixta, sociedades con participación privada. En este último caso, como se ha visto, se permite la participación en las

mismas de propietarios afectados, haciéndose expresa mención a este tipo de sociedades en los supuestos de ejecución del sistema de cooperación y de ejecución forzosa.

- c) La aportación puede ser en dinero o en especie, reconociéndose expresamente este tipo de aportación, en el caso de sociedades mixtas con intervención de particulares afectados, al preverse que se limita a la aportación de los terrenos y las construcciones y edificaciones de que sean titulares.
- d) Se establece la limitación lógica; al ser sociedades que gestionan el servicio de urbanismo, en ningún caso podrán las sociedades urbanísticas anteriores proceder directamente a la ejecución material de las obras.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Se establecen las siguientes especialidades de las sociedades urbanísticas en relación con los patrimonios públicos de suelo, que destacamos:

1. Artículo 173. Constitución y naturaleza; indica que a los efectos del régimen aplicable a los actos de disposición, los bienes integrantes del patrimonio público de suelo se considerarán como bienes patrimoniales.
2. El artículo 174 indica que son fondos adscritos al patrimonio público de suelo: c) Los beneficios de sociedades públicas o mixtas, cuando la aportación de capital público consista en bienes integrantes del patrimonio público de suelo, con lo que se permite la cesión directa a las sociedades mediante su aportación a capital.
3. Artículo 178, indica, en relación a la disposición de los PPS, que los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable, pueden ser:
  - b) Cedidos, por precio fijado en convenio interadministrativo suscrito al efecto, a cualquier Administración pública o entidades de ella dependientes o a ella adscritas, para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental.
  - d) Cedidos gratuitamente, mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquier Administración Pública o entidad de ella dependiente o adscrita, para la ejecución de dotaciones públicas o promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social.

## **3.15.- MURCIA**

### **3.15.1.- Administrativa general y de Régimen Local**

El artículo 10.1.2.º del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la competencia en materia



de “Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda”, y el 11.9, en el marco de la legislación básica del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen local.

La Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en su Disposición Adicional Segunda, trata de las Sociedades mercantiles regionales, considerando como tales *“aquellas cuyo capital esté aportado íntegramente o tenga participación mayoritaria de la Administración pública de la Comunidad Autónoma, ya sea de forma directa o indirecta”*. Éstas se regirán, repitiendo la fórmula de la normativa estatal, *“íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación”*. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

Es de destacar que la siguiente Disposición Adicional, la sexta, en su apartado 2.º determina la utilización de los Contratos programa anuales entre cada consejería y los entes del sector público que a ella estén adscritos, para determinar los objetivos a alcanzar y los recursos que se ponen a su disposición, con expresión de indicadores que permitan medir su grado de consecución.

La Ley 3/1992, de 30 de julio, de patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, solo no regula específicamente las sociedades públicas, pero hay dos aspectos que pueden destacarse a los efectos del presente estudio; regula:

- a) En relación a la constitución de sociedades, lo previsto en el artículo 56, que permite la adquisición a título oneroso de cuotas, partes alícuotas o de títulos representativos de capital, de cualquier clase de empresas constituidas conforme al derecho privado, sea por suscripción o por compra; se acordará por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Economía, Hacienda y Fomento. Estos mismos requisitos regirán las mismas normas para la constitución de empresas por la Comunidad Autónoma, pudiendo en este caso el Consejo de Gobierno acordar la aportación de bienes inmuebles de su patrimonio, cualquiera que sea el valor de los mismos. Por último, hay que destacar una previsión específica que limita la participación de la Comunidad Autónoma en el capital social de sociedades mixtas, pues dicha participación no será nunca inferior al 10 por ciento de aquél, salvo que excepcionalmente el interés público debidamente justificado aconsejare otra cosa.
- b) La previsión contenida en el artículo 65 que permite que los bienes inmuebles de dominio privado, cuya explotación o afectación al uso o servicio público no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente para fines de utilidad pública o interés social, considerándose como tal, entre otras, las cesiones realizadas a las Administraciones públicas y sus entes institucionales.

La Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, no regula ni las específicas competencias de los municipios ni las sociedades públicas locales, no obstante ello, la Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la LRSAL y previamente el Decreto-ley 1/2014, de 27 de junio, determina en su artículo 1.º que: *“las competencias atribuidas a los municipios de la Región de Murcia por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por los mismos de conformidad con las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local...”*.

### **3.15.2.- Sectorial**

#### **3.15.2.1.- Urbanística**

##### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La actual normativa urbanística es el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia. Con carácter general regula dos previsiones concretas en relación a las facultades urbanísticas de regulación y de gestión de las administraciones públicas:

En primer lugar, el artículo 6 determina que dentro de las competencias urbanísticas de la Administración en materia de intervención en el mercado de suelo, se encuentra la de promover la constitución de Organismos o empresas públicas para la gestión y ejecución de actividades urbanísticas.

En segundo lugar, que las facultades urbanísticas de los Ayuntamientos podrán ser ejercidas a través de sus órganos de gobierno ordinarios o constituir gerencias u otros órganos, sociedades o entidades con este objetivo (art. 14).

##### **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

La legislación urbanística murciana contempla de forma amplia las sociedades urbanísticas, si bien no establece de forma específica su estatuto jurídico. No obstante ello, la regulación facilita la gestión del suelo y la promoción de viviendas por estas sociedades públicas, pudiendo establecerse las siguientes características de las sociedades, de acuerdo con los artículos 157 y 158:

- a) Podrán ser constituidas directamente por las Administraciones Públicas competentes, o de forma indirecta constituyendo sociedades de segundo nivel, por entidades de Derecho público dependientes de aquéllas, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora (art. 157).

- b) Se reconoce la posibilidad de constitución de sociedades instrumentales o mixtas, al indicar que a las sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado.
- c) El objeto de las mismas es la gestión urbanística, si bien se entiende en un sentido amplio al remitirse a la legislación específica y prever el artículo 158 que las mismas firmen convenios para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste.
- d) Para el cumplimiento de dicho objeto, las sociedades, como se ha indicado, de acuerdo con el artículo 158, podrán suscribir convenios con otras administraciones o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución, formulación o modificación del planeamiento urbanístico.
- e) Además, el artículo 191 establece que podrán actuar como urbanizador, en su condición de beneficiarias de la expropiación, las sociedades urbanísticas a las que se encomiende la actuación.

### **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

Se establecen las siguientes especialidades de las sociedades urbanísticas en relación con los instrumentos de intervención del mercado del suelo, para facilitar sus actuaciones como urbanizadoras de suelo y promotoras de viviendas y equipamientos.

- a) **Patrimonios públicos de suelo.** El artículo 200 otorga mucho campo de actuación a nuestras sociedades, en concreto, que se les puede ceder bienes del patrimonio público del suelo de forma directa y gratuita, en las siguientes condiciones:
  - “b) Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, o para la realización de programas de conservación o mejora territorial.*
  - c) Permutados directamente, en los casos de ocupación directa para la obtención de terrenos destinados a sistemas generales.*
  - d) Cedidos gratuitamente a otras Administraciones o entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para la ejecución de dotaciones y equipamientos públicos”.*
- b) **Derecho de Superficie.** El artículo 201 prevé que las sociedades urbanísticas podrán constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad, con destino a la construcción de viviendas de naturaleza pública o a otros usos de interés social que prevea el planeamiento urbanístico

#### **3.15.2.2.- De vivienda**

La reciente Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, en su artículo 6.º (Competencias de las entidades locales) determina que los

municipios *“bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, ejercerán sus competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística, la presente ley y cualquier otra normativa que resulte de aplicación, velando especialmente por el cumplimiento del deber de mantenimiento y conservación de los edificios residenciales”*. Consecuentemente para las distintas actuaciones podrán valerse de sus sociedades públicas urbanísticas.

Además de esta genérica declaración, considera a los ayuntamientos y a sus empresas como sujetos de capital importancia en la promoción de vivienda pública o social, en concreto:

- a) El artículo 36 determina que la Comunidad Autónoma, directamente o mediante convenios con las entidades locales y empresas públicas de ambas administraciones, podrá adquirir suelo y/o inmuebles con destino a la promoción y/o calificación pública de viviendas y la formación de patrimonios públicos de suelo para uso dotacional de vivienda pública, entendida ésta como bien de servicio público.
- b) El artículo 37 igualmente otorga este carácter al dar el concepto de este tipo de viviendas indicando que: *“Son viviendas de promoción pública o social aquellas viviendas de titularidad pública que lleve a cabo, sin ánimo de lucro, la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, los ayuntamientos o por cualquier entidad pública vinculada o dependiente de los anteriores y cuya adjudicación estará sujeta a un procedimiento público y reglado”*.

### **3.16.- NAVARRA**

#### **3.16.1.- Administrativa**

##### **3.16.1.1.- General**

La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en su artículo 44, al igual que todas las demás CC.AA. ha asumido la competencia exclusiva sobre *“Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”*. Además de ello, el artículo 46, a los efectos que interesan, determina que en materia de Administración Local, corresponde a Navarra:

- a) Las facultades y competencias que actualmente ostenta, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, en el Real Decreto-ley Paccionado de 4 de noviembre de 1925 y disposiciones complementarias.
- b) Las que, siendo compatibles con las anteriores, puedan corresponder a las Comunidades Autónomas o a las Provincias, conforme a la legislación básica del Estado.

Como en las demás materias, la normativa Navarra realiza una amplia regulación, no solo de régimen local (Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra), de urbanismo (Ley Foral 35/2002, de 20 de

diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo), de vivienda (Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra y Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra), y patrimonial (Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra). En el presente estudio analizaremos dichas leyes.

De toda esta legislación, la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, realiza una profunda y completa regulación de las sociedades públicas de la Comunidad, que aun cuando no es de aplicación directa, es interesante a los efectos interpretativos de la normativa. En la Exposición de motivos de la misma, indica que la definición de las sociedades públicas aparece vinculada a la titularidad directa y exclusiva de la Administración de la Comunidad Foral del capital social y a la permanente vinculación a la satisfacción de fines de interés público.

Su definición positiva viene establecida en el artículo 103, que dispone que son sociedades públicas de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos públicos: *“aquellas sociedades en las que la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Foral y/o de sus Organismos públicos represente la mayoría absoluta de su capital social. Son también sociedades públicas aquellas en las que la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y/o sus Organismos públicos dispongan de capacidad para nombrar más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia; o dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la sociedad”*.

Dicha completa regulación se realiza en el Capítulo III, Sociedades públicas, del Título III, Patrimonio empresarial público, con el siguiente contenido:

- Artículo 106. Régimen jurídico
- Artículo 107. Creación, modificación y disolución
- Artículo 108. Estatutos
- Artículo 109. Aportaciones no dinerarias
- Artículo 110. Representación de la Administración de Comunidad Foral en las sociedades públicas
- Artículo 111. Órganos de gobierno y administración
- Artículo 112. Responsabilidad e incompatibilidad
- Artículo 113. Adscripción de sociedades públicas
- Artículo 114. Adscripción de bienes del Patrimonio de la Comunidad Foral de Navarra e Inventario
- Artículo 115. Comisión de auditoría y control

Además del estatuto jurídico de las sociedades mercantiles públicas de Navarra, la Ley Foral determina el régimen jurídico de los bienes y derechos de las mismas, que de acuerdo con el artículo 3 se regirán por el ordenamiento jurídico privado y por las disposiciones de la Ley Foral que les resulten de

aplicación. Se permite, en el artículo 45, la cesión gratuita de los bienes inmuebles o derechos inmobiliarios patrimoniales para fines de utilidad pública o interés social en favor de sociedades públicas o entidades sin ánimo de lucro. Por último, en el artículo 59 se determina que ningún Tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos de dominio público ni contra los bienes y derechos patrimoniales, cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades públicas de la Administración de la Comunidad Foral que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

### **3.16.1.2.- Ley Foral de Régimen de la Administración Local de Navarra**

#### **A) Competencias municipales**

La Ley Foral 6/1990, en su artículo 4 establece que las Entidades locales de Navarra se rigen, por un lado, en las materias de administración local que corresponden a Navarra conforme a lo establecido en el artículo 46 de su estatuto, por lo previsto en esta Ley Foral por las disposiciones que en relación con tales materias dicte la Comunidad Foral, y por las de las propias Entidades dictadas en ejercicio de su potestad reglamentaria y de autoorganización. Por otro, en las restantes materias, se regirán por lo dispuesto con carácter general para las Entidades locales del resto del Estado. Esta normativa se aplicará igualmente en defecto de derecho propio regulador de las materias que corresponden a Navarra.

Este doble ámbito competencial de los municipios, en base por un lado a la normativa Estatal básica y su desarrollo por la autonómica, se deja igualmente claro en el artículo 29 que preceptúa: *“Los municipios de Navarra tienen las competencias, potestades y prerrogativas que la legislación general reconoce a todos los del Estado. Tendrán asimismo las competencias que, en materias que corresponden a Navarra, les atribuyen las leyes de la Comunidad Foral”*.

Durante la tramitación parlamentaria de la LRSAL, como ha dejado claro en distintas notas explicativas la FERMP, ha sido cuestión principal la de su aplicación en Navarra. En este sentido, hay que decir que se ha procurado, desde todos los ámbitos, Federación Navarra de Municipios y Concejos, y Gobierno de Navarra, preservar las competencias de la Comunidad Foral en materia de Administración Local, especialmente en materia de organización y haciendas locales. La Ley, a tal fin, incluye una Disposición específica al respecto, la Disposición Adicional Segunda, que bajo el epígrafe de “Régimen aplicable a la Comunidad Foral” se refiere a aspectos concretos de la Ley en los que se reconoce la competencia de la Comunidad con un criterio amplio de competencias y de respeto a las actualmente existentes, pues en su número 2.º indica que: *“La Comunidad Foral de Navarra podrá, en su ámbito competencial, atribuir competencias como propias a los municipios de su territorio, así como del resto de las Entidades Locales de Navarra, con sujeción*

*en todo caso a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local”, al considerar que esta disposición simplemente formula de forma específica a Navarra el criterio general de la LRSAL.*

No obstante ello, el Parlamento de Navarra ha formulado recurso de inconstitucionalidad (n.º 2001-2014), contra diversos preceptos de la LRSAL, como ya se ha visto anteriormente, en concreto, el art. primero (en cuanto añade o modifica los arts. 7.3 y 4, 13, 24.bis.2, 25, 27, 36, 57, 85.2, 116.bis, 116.ter y disposición adicional decimosexta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), y las disposiciones adicionales novena y decimoquinta, y transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima.

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

De acuerdo con un concepto clásico, el artículo 185 de la ley Foral 6/1990 dispone que son servicios públicos locales cuantos se prestan para realizar los fines señalados como de la competencia de las entidades locales; además de ello, en su artículo 204, determina que las entidades locales podrán prestar los servicios económicos que estimen pertinentes en función de las necesidades vecinales y de la capacidad de la propia entidad.

La gestión de los mismos puede ser directa, en la que se incluye cuando se realice a través de “sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas”, y la indirecta que, entre otras formas, puede realizarse mediante “Sociedad mercantil o cooperativa, cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la entidad local”, al tratarse de servicios de contenido económico que los hace susceptibles de explotación por empresarios particulares (artículo 192).

Los servicios económicos podrán ser prestados por las entidades locales cuando así lo estime conveniente en función de las necesidades vecinales y de la capacidad de la propia Entidad. Esta actividad o la prestación del servicio podrán realizarse sin monopolio y con monopolio. Únicamente procederá el monopolio respecto a actividades o servicios prestados al sector público local mediante Ley del Estado o de la Comunidad Foral.

La explotación de servicios y el ejercicio de actividades de carácter económico no declaradas de la reserva de las Entidades locales, requerirá la previa municipalización mediante la tramitación de expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida y que comprenderá cuantas formulaciones de carácter técnico, jurídico financiero y social afectan al servicio o actividad, y la determinación de la forma de gestión del mismo, y se basará en el interés social o utilidad pública del servicio o actividad.

## C) Estatuto de la empresa pública

Los servicios municipalizados se prestarán preferentemente a través de Sociedad mercantil, con participación exclusiva o parcial de la Entidad local en el capital social, o de Cooperativa, como determina el artículo 206, y se regirán por la normativa civil, mercantil o laboral que les sea de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Foral y en las disposiciones que la desarrollen.

En relación a las sociedades instrumentales, la Ley Foral determina las siguientes características:

- a) Adoptarán necesariamente una de las formas de responsabilidad limitada.
- b) En la escritura de constitución de la Sociedad constará el capital aportado por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en representación del capital social. La Corporación interesada asumirá, en todo caso, las funciones de Junta general.
- c) El personal de la Sociedad no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario.
- d) No están sujetas al régimen presupuestario sino que elaborarán anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación. Si percibieren subvenciones con cargo al presupuesto general de la Entidad local de que dependan, elaborarán además un presupuesto de explotación o de capital.

El procedimiento administrativo de constitución, adaptando lo previsto para el expediente de municipalización, es el siguiente:

- Acuerdo inicial del Pleno de la Corporación, previa redacción por una comisión nombrada al efecto de una Memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, la forma de ejercicio, los beneficios potenciales y los supuestos de cese de la actividad.
- Exposición pública por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.
- Aprobación final del proyecto por el Pleno de la Corporación con el quórum de la mayoría absoluta de sus miembros.

En relación a las sociedades mixtas, que deben ser constituidas con forma de sociedad mercantil con responsabilidad limitada a lo aportado (S.A. o S.L.), la ley 6/1990 presenta una serie de especialidades en relación a las instrumentales en su artículo 198, en concreto:

- a) La aportación de la Entidad local podrá ser mayoritaria o minoritaria sin que en ningún caso sea inferior al tercio del capital social, y podrá consistir en la concesión u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales y numerario. El capital social será



desembolsado completamente en el momento de la constitución o de la ampliación de capital.

- b) Los estatutos sociales delimitarán el carácter de la sociedad mixta en cuanto modo gestor de un servicio público y, en especial, determinarán las facultades reservadas al ente público o a sus representantes en los órganos directivos de la sociedad y las causas de disolución de éstas. La responsabilidad de la entidad local por las obligaciones sociales se limitará a su aportación al capital social.
- c) La gestión de la sociedad será compartida por la entidad local y los particulares en proporción a la participación respectiva en el capital social. No obstante, se requerirá la conformidad de la entidad local para la modificación del acto de constitución o de los estatutos de la sociedad, la concertación de operaciones de crédito y la aprobación de cuentas anuales.

### **3.16.2.- Sectorial**

#### **3.16.2.1.- Urbanística**

##### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo establece con carácter general que la gestión urbanística podrá realizarse mediante sociedades mercantiles públicas, instrumentales o mixtas, bien se trate de sociedades autonómicas o locales.

- a) Sociedades autonómicas, se encuentran recogidas en el artículo 13 (*Organización de la Administración de la Comunidad Foral*), en su segundo párrafo admite que en la Comunidad Foral podrán crearse entidades de Derecho Público, sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixto y otras entidades descentralizadas, con personalidad jurídica propia, para el desarrollo de la política de suelo y vivienda.
- b) Sociedades locales, reguladas en el artículo 16 (*Organización urbanística de las Entidades Locales*), al indicar que, en virtud de su potestad de autoorganización, corresponde a los Municipios la creación de órganos desconcentrados, gerencias, sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixto y demás personas jurídicas descentralizadas para la gestión de las actividades urbanísticas, con carácter general o sólo para determinadas actuaciones.

Las sociedades urbanísticas, como se ha visto, son gestoras públicas y por lo tanto pueden perfectamente ser las que realicen la gestión en aquellos sistemas de actuación denominados en el artículo 156 como sistemas de actuación pública, que son los siguientes: Cooperación, Ejecución forzosa y Expropiación.

En relación a este último, el artículo 184 determina en su párrafo 5 que para la ejecución mediante este sistema, la Administración podrá utilizar las formas de

gestión previstas en la legislación vigente y que resulten más adecuadas a los fines de urbanización y edificación previstos en el planeamiento.

Tiene la Ley Foral, además, una mención expresa a las sociedades urbanísticas cuando promuevan obras ordinarias, en el artículo 189 bis. En el supuesto de proyectos de obras locales ordinarias que promuevan no solo las administraciones municipales y los organismos autónomos sino también las sociedades y otros entes que dependen de ellas, no se necesita licencia urbanística previa a la ejecución material, pero sí debe aprobarse el proyecto de obras con anterioridad y de conformidad con la legislación sobre régimen local, al objeto de que el órgano competente controle la adecuación de las obras proyectadas a las determinaciones del ordenamiento jurídico urbanístico.

## **B) Estatuto de las Sociedades Urbanísticas**

De forma genérica, el artículo 132 establece que la ejecución de los planes de ordenación a que se refiere esta Ley Foral corresponde a los Ayuntamientos, sin perjuicio de la atribución de competencias a organismos o sociedades instrumentales y de la participación de los particulares en dicha ejecución.

Más específicamente, el artículo 136.1 define nuestras sociedades como "Entidades para la gestión urbanística", al indicar que: *"Las Administraciones públicas y las entidades de Derecho Público dependientes de ellas podrán constituir mancomunidades, gerencias, consorcios y sociedades mercantiles para la gestión urbanística, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora. A los consorcios y sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado"*.

Como se observa, recoge de forma específica la posibilidad de la creación de sociedades mixtas, al permitir la incorporación de particulares.

## **C) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

### **1.- Patrimonio Público de Suelo**

Las sociedades urbanísticas son expresamente contempladas por la Ley Foral 35/2002, en distintos aspectos relacionados, tanto con la gestión como con el carácter de destinatarias directas de la cesión de los bienes de dicho patrimonio, para desarrollar específicamente las políticas de suelo y vivienda de sus administraciones titulares.

Es interesante la previsión que realiza el artículo 227 en relación al destino de los bienes del patrimonio municipal del suelo. Una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, indicando que los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos y sustitución del aprovechamiento correspondiente a la Administración por su equivalente metálico, se destinarán a la conservación y ampliación del patrimonio municipal del suelo o, entre otras, a las siguientes finalidades:

“Construcción de equipamientos colectivos u otras instalaciones de uso público municipal, siempre que sean promovidos por las Administraciones públicas o sus sociedades instrumentales”. Así como otras en los que habitualmente intervienen los promotores públicos como: Operaciones de iniciativa pública de rehabilitación, renovación o regeneración urbanas, así como ayudas a la iniciativa privada con la misma finalidad, gastos de realojo y de retorno y la compra y/o rehabilitación de edificios para vivienda protegida o equipamiento público.

Además, el artículo 228 (Gestión) establece que la urbanización y edificación de los terrenos del patrimonio municipal del suelo, podrá llevarse a cabo por el Ayuntamiento, bien directamente o bien utilizando cualquiera de las modalidades de gestión más adecuadas para cada caso.

Por último, este mismo artículo permite que los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo sean objeto de cesión directa e incluso a título gratuito por el Ayuntamiento a sus entes instrumentales o a otras Administraciones Públicas *“con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social”*.

## **2.- Banco foral de suelo Público**

Es definido por el artículo 230 como el propio patrimonio de suelo de la Comunidad Foral, que constituirá un patrimonio separado dentro del Patrimonio de Navarra.

La Exposición de Motivos de la Ley Foral es clara en relación a su objeto y finalidad al indicar que: *“se ha dado independencia al patrimonio público del suelo de la Administración de la Comunidad Foral, dándole la nueva denominación de Banco Foral de Suelo Público, conforme establece la Ley Foral 14/2000, de 29 de diciembre. Pero además del cambio de denominación, se ha pretendido dar también una regulación global y homogénea para este patrimonio, dado que su constitución opera por razones, en parte, diferenciadas a las del patrimonio municipal del suelo. No obstante, se permite su gestión a través de entes instrumentales o por medio de enajenación o cesión. Asimismo, se establece mecanismos de control de la gestión de los bienes incluidos dentro del Banco Foral de Suelo Público”*.

Consecuentemente con lo indicado, en relación a su gestión, el artículo 234 prevé que los bienes integrantes pueden ser objeto de adscripción a los organismos o entes instrumentales dependientes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, a los fines de su gestión en orden al cumplimiento de su destino. Igualmente pueden ser objeto de enajenación o cesión directa, e incluso a título gratuito, a dichos entes con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social.

### 3.16.2.2.- De vivienda

La Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, concede un importante papel a los ayuntamientos en la política de vivienda de la Comunidad Foral y, consecuentemente, un amplio campo de actuación a sus sociedades urbanísticas como principales entes instrumentales de los mismos.

Con carácter general, en cuanto a las competencias de las administraciones públicas, la Ley Foral posibilita que las entidades locales, en el marco de su autonomía, ejerzan sus competencias en materia de vivienda, y habilita a que, en las promociones de vivienda protegida que se lleven a cabo sobre suelo de titularidad municipal, el Ayuntamiento pueda adquirir hasta el 15 por 100 del total de las viviendas de la promoción para alquilarlas o cederlas, de acuerdo con sus objetivos de política municipal de vivienda. No obstante, se amplía la posibilidad de excepcionar el cumplimiento del estándar mínimo de vivienda protegida a los Ayuntamientos de más de 10.000 habitantes de fuera de la comarca de Pamplona, que justifiquen que la necesidad de vivienda protegida no es necesariamente correlativa a la edificabilidad residencial prevista. En último lugar, destaca el que los Ayuntamientos deberán acompañar en la aprobación inicial de la revisión de su Plan General Municipal sobre la adecuación de la tipología y tamaño de las viviendas protegidas previstas en el nuevo Plan, en relación con la demanda existente<sup>143</sup>.

Expresamente, el artículo 4 (Conceptos legales) reconoce el carácter de promotores públicos de nuestras sociedades, al indicar en su párrafo 4.º que *“se considera promotor de viviendas cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título. Tienen la consideración de promotores públicos las Administraciones públicas y sus sociedades instrumentales”*.

Es interesante destacar algunos aspectos concretos de la Ley en relación con las actuaciones municipales:

- a) En primer lugar se les reconoce una activa e intensa actuación en la realización de viviendas en los “Programas para la juventud”, en el artículo 14 que determina que los Ayuntamientos deben promover viviendas protegidas en el marco de programas específicos para la juventud que combinen un alquiler inicial de vivienda de dimensiones apropiadas para los solicitantes.
- b) Las Administraciones Públicas, directamente o a través de entidades públicas instrumentales, podrán intermediar en el ámbito de viviendas deshabitadas a fin de favorecer su efectiva ocupación a través del impulso y facilitación de fórmulas de concertación de arrendamientos entre personas propietarias y personas o unidades de convivencia demandantes de viviendas (art. 42 septies, párrafo 2.º).

---

<sup>143</sup> Exposición de Motivos de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra.

- c) Para garantizar la seguridad jurídica a las personas inquilinas, se podrá ofrecer las viviendas a la Administración competente para que ésta gestione su arrendamiento por sí misma o a través de cualquier ente público, sociedades con participación pública, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro, a cambio de garantizar su mantenimiento, su destino al uso habitacional permanente y efectivo, el cobro de los arrendamientos, la defensa jurídica y el arreglo de desperfectos, y ello mediante la contratación de las pólizas de seguro correspondientes, sin perjuicio de las específicas medidas que se prevean en la legislación sectorial y en los planes de vivienda para la construcción en las diversas modalidades de propiedad y posesión (art. 42 septies, párrafo 3.º).

### **3.17.- PAÍS VASCO**

#### **3.17.1.- Administrativa General y de Régimen Local**

La Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en el artículo 10, asume como exclusivas las competencias en materia de “Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de los establecido en el artículo 149.1.18.º de la Constitución” (número 4.º) y de “Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda”.

Al igual que Navarra, el País Vasco tiene una completa legislación que desarrolla pormenorizadamente su normativa de suelo, con la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo y de vivienda, desarrollada con la reciente Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda. Pero llama poderosamente la atención que aún no se haya dotado de una ley de régimen local y más si se tiene en cuenta la complejidad territorial del mismo. No obstante ello, el régimen de las sociedades públicas, especialmente las de vivienda, se encuentra en gran medida regulado por la novedosa Ley de vivienda, si bien no por la Ley de Suelo y urbanismo, que aun cuando tiene previsiones que le son de aplicación, no son específicamente reguladas, por lo que habrá de acudir a la normativa estatal como supletoria para completar aquéllas en los aspectos que sea necesario.

Por el contrario, las sociedades públicas de la Comunidad sí que se han regulado con cierta extensión en el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en su Capítulo IV, Las Sociedades Públicas del Título III, artículos 19 a 23. Definiendo las mismas como: *“las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi o de sus entes institucionales, ya se rijan éstos por el derecho público o por el derecho privado. Para la determinación de dicha participación mayoritaria se tendrán en cuenta todas las participaciones de las entidades referidas”*. Específicamente contiene la siguiente regulación:

- Artículo 19. Concepto
- Artículo 20. Creación y extinción

- Artículo 21. Forma jurídico-social
- Artículo 22. Regulación
- Artículo 23. Participaciones en las sociedades públicas

Por último se debe indicar en relación al Régimen Local, que la LRSAL de acuerdo con su Disposición adicional primera (Régimen aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco) y que aun cuando no tiene legislación propia en materia de régimen local, existen, como se ha indicado, leyes sectoriales que atribuyen competencias a favor de los Municipios ejercidas con anterioridad a la entrada en vigor de a la misma. Por ello se dictó la Circular de 11 de marzo de 2014, de la directora de Relaciones con las Administraciones Locales y de los Registros Administrativos del Gobierno Vasco. En la misma se precisa que las competencias que los municipios venían ejerciendo como propias a la entrada en vigor de la LRSAL, las pueden seguir ejerciendo en tanto que han sido atribuidas por delegación y existe financiación independientemente de que se refieran o no a materias del artículo 25.2 de la LBRL.

### **3.17.2.- Sectorial**

#### **3.17.2.1.- Urbanística**

La Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, como se ha indicado, no contiene un estatuto específico de la sociedad urbanística, pero éstas se encuentran específicamente reguladas en la Ley de Vivienda como veremos posteriormente bajo la denominación de “sociedades urbanísticas de rehabilitación”. Por el contrario, sí se refiere a las sociedades públicas en relación a la gestión del urbanismo, bien directamente bien facultando a la administración municipal a utilizar las distintas formas de gestión previstas en la legislación y también configurándolas como gestoras y destinatarias de los patrimonios públicos de suelo.

#### **A) Gestión del urbanismo mediante sociedades públicas**

Con carácter general, establece el artículo 134 que las administraciones públicas podrán utilizar, para la gestión propia o directa de la actividad de ejecución de su propia competencia, todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las administraciones públicas y de régimen local.

Con carácter específico, se establecen previsiones en relación a las sociedades urbanísticas en relación a la gestión:

- 1) Artículo 48, que permite formular y promover la reparcelación forzosa a los ayuntamientos o cualquiera de los organismos o entidades de ellos dependientes o de los que formen parte, para la ejecución del planeamiento municipal. Igualmente la Administración de la Comunidad Autónoma o cualquiera de los organismos o entidades, públicos o privados, dependientes o adscritos a la misma.

- 2) El artículo 157 les otorga iniciativa en los programas de actuación urbanizadora, al indicar que podrán formular y promover programas de actuación:
- a) Los ayuntamientos o cualquiera de los organismos o entidades de ellos dependientes o de los que formen parte, para la ejecución del planeamiento municipal. Cuando la entidad promotora no cuente con la potestad expropiatoria, se tendrá como administración actuante al ayuntamiento.
  - b) La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para materializar la urbanización o la edificación en los terrenos a que se refiere el artículo 16, y las diputaciones forales en los terrenos a que se refiere el artículo 16.2. Así mismo, esta habilitación será extensible a cualquiera de los organismos o entidades públicos dependientes o adscritos a ellas, con idéntico fin.
  - c) Las administraciones públicas en general, para el ejercicio de sus competencias sectoriales mediante la realización de actuaciones integradas.
  - d) Las sociedades y entidades privadas participadas por administraciones públicas, para el ejercicio de su objeto social mediante la realización de actuaciones integradas.
- 3) El artículo 173, en relación al sistema de cooperación, indica que la administración actuante podrá delegar la gestión del sistema y la ejecución de la urbanización en otra administración pública, en una sociedad pública o en un consorcio urbanístico, mediante convenio suscrito a tal efecto

## **B) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

El artículo 123 establece que la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y los órganos forales de sus territorios históricos, también podrán establecer reservas de suelo en suelo no urbanizable y suelo urbanizable no sectorizado, para la constitución o ampliación de sus patrimonios públicos de suelo, y el artículo 124, que la enajenación, constitución de derechos de superficie, arrendamiento u otras fórmulas de cesión de los bienes inmuebles integrantes de los patrimonios públicos de suelo de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de los órganos forales de sus territorios históricos, se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los Capítulos I y II de este título (lo ya visto sobre patrimonios públicos de suelo).

Además, la Disposición adicional octava (Viviendas de protección pública: viviendas de protección social y viviendas tasadas) determina que las diputaciones forales, las entidades locales en general y los ayuntamientos en particular, podrán promover toda clase de viviendas de protección pública, así como de alojamientos dotacionales. Las viviendas y alojamientos resultantes se adjudicarán con arreglo a lo previsto en la Ley de Vivienda y disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo.

### 3.17.2.2.- De vivienda

La reciente Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, es una decidida apuesta por cumplir el mandato constitucional de garantizar una vivienda digna y adecuada, pues como dice la Exposición de Motivos: *“El derecho a disfrutar de una vivienda constituye una necesidad vital para el ser humano por cuanto condiciona el disfrute de otros derechos esenciales como tener un empleo, ejercer el derecho de sufragio, acceder a las prestaciones y a los servicios públicos, escolarizar a los hijos, gozar de la cultura y de un medio ambiente adecuado, compartir las vivencias con familiares y amigos y un sinfín más reiteradamente puesto de relevancia tanto por la doctrina más autorizada como por los propios tribunales de justicia. El derecho a disfrutar de una vivienda y su realización efectiva facilitan y permiten al ser humano llevar una vida digna”*.

Partiendo de esa premisa se define una amplia serie de medidas que pretenden conseguir dicha garantía constitucional; en concreto se pueden destacar las siguientes en relación con el objeto de nuestro estudio:

- a) Se definen los distintos regímenes de viviendas de protección pública (VPP), las viviendas de protección social (VPS) y las viviendas tasadas (VT), cuyo régimen jurídico se define en la Ley. Además se regulan figuras específicas como los alojamientos rotacionales. Destacando en todos ellos los parámetros que, como mínimo, han de considerarse de cara a su calificación como digna y adecuada.
- b) Se determina claramente la vivienda como un derecho de propiedad delimitado por su evidente función social, lo que permite su privación cuando se utilice en contra de dicha función, pudiendo arbitrar medidas contra las viviendas no habitadas, mediante la fijación de un canon sobre éstas, la posibilidad del llamado alquiler forzoso, así como la imposición a favor de la administración, incluidos los ayuntamientos, de derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones de viviendas protegidas. Protegiéndose especialmente a las personas objeto de desahucios en circunstancias de necesidad económica.
- c) Fija con claridad las competencias de las distintas administraciones, dando una gran importancia a la actuación de los ayuntamientos como elementos fundamentales en materia de política de vivienda y suelo; se trata, como dice la propia ley, más que de un modelo de distribución competencial, de una sistema *“de colaboración interinstitucional ordenada al cumplimiento del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada”*. En este punto hay que indicar que la ley define a las llamadas *“sociedades urbanísticas de rehabilitación”*.
- d) Desarrolla ampliamente los elementos de intervención en el mercado del suelo con la creación del Patrimonio Público de Suelo de la Comunidad Autónoma del País Vasco, verificándose así la posibilidad establecida ya en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, con el impulso de un instrumento legal imprescindible para lograr la satisfacción del derecho a la vivienda. En relación con él, se propone que los inmuebles que formen



parte del Patrimonio Público de Suelo se mantengan, con carácter general, bajo titularidad pública, y las viviendas resultantes se destinen preferentemente al alquiler, en orden al cumplimiento de la función social que les corresponde y evitar la despatrimonialización de la administración.

- e) Se desarrolla ampliamente los regímenes de protección haciendo especial hincapié a la rehabilitación de edificios y regeneración de áreas urbanas, dotando de los medios jurídicos necesarios, como el caso del proceso de equitativa distribución de cargas y beneficios en el seno de la propiedad horizontal, la ocupación o venta forzosa en procesos de rehabilitación o regeneración urbana, la autorización de ocupación de suelos públicos para mejorar la accesibilidad o habitabilidad, las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de intervenir en la mejora de la envolvente de las edificaciones, la división de viviendas existentes y otros reiteradamente demandados en los mencionados procesos de recalificación del patrimonio edificado.

De lo indicado, nos interesa destacar dos aspectos concretos, la competencia de los ayuntamientos en materia de vivienda y las citadas sociedades urbanísticas de rehabilitación:

1. **Competencias de los ayuntamientos:** De acuerdo con el artículo 10, corresponde a los ayuntamientos las competencias de ordenación, promoción, gestión, adjudicación y control de los alojamientos dotacionales de su titularidad, así como de las viviendas, locales y anejos de régimen tasado municipal, ya sean de nueva construcción o derivados de planes específicos de rehabilitación y regeneración urbana.
2. **Sociedades urbanísticas de rehabilitación:** Se permite a las entidades locales poder constituir sociedades urbanísticas de gestión o de rehabilitación para la ejecución de las medidas, acciones e intervenciones en materia de rehabilitación, regeneración y renovación urbana del patrimonio edificado, lo que podrán realizar también con el resto de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 47.

Para facilitar dicha actuación de las sociedades se les podrá realizar directamente la encomienda de la gestión correspondiente a la ejecución del planeamiento pormenorizado para la gestión de la rehabilitación de edificios o regeneración urbana sin necesidad de licitación pública alguna. Este encargo podrá ser total o parcialmente en relación a las actuaciones necesarias y conllevará la condición de beneficiaria de la expropiación a favor de la sociedad urbanística, así como la subrogación de ésta en las facultades de la Administración para la realización de las operaciones materiales de la ejecución.

## **3.18.- VALENCIA**

### **3.18.1.- Administrativa**

#### **3.18.1.1.- General**

La Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en su artículo 49 otorga la competencia exclusiva a la Generalitat sobre las siguientes materias:

*“8.ª Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española. Alteraciones de los términos municipales y topónimos.*

*9.ª Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda”.*

En ejercicio de dichas competencias, la Comunidad Valenciana ha dictado legislación específica de régimen local, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, de urbanismo; la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, y de vivienda, y la Ley 8/2004, de 20 de octubre, Ley de Vivienda de la Comunidad Valenciana.

Otra legislación de la Generalidad Valenciana de incidencia en las sociedades públicas de ámbito autonómico es, en primer lugar, la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, que las regula específicamente en su artículo 156, que considera como sociedades mercantiles de la Generalidad a aquellas en las que la participación directa o indirecta en su capital social del Consell o de los entes del sector público instrumental, sea igual o superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público de la Generalitat, otorgándoles personalidad jurídica de naturaleza privada y determinado que se rigen, como regla general, por el ordenamiento jurídico privado y su legislación específica, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley y en el resto de normas de derecho público que les resulten de aplicación. A tal efecto, el conjunto de sus derechos y obligaciones de carácter económico tendrá siempre naturaleza privada.

Otra ley de aplicación al Sector Público Valenciano es la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana, de la que se puede extractar los siguientes aspectos de interés:

- a) Limita su aplicación a los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Generalitat, excluyendo a los bienes y derechos de las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas de la Generalitat (artículo 2.3).
- b) Este mismo título regula la constitución de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Generalitat, los organismos públicos vinculados o dependientes de la Generalitat y

demás entes públicos, así como la adquisición a título oneroso de acciones, participaciones y valores (art. 52 y 53).

- c) Permite la ley la aportación de bienes o derechos reales patrimoniales para la constitución de estas sociedades o la ampliación de su capital social. Asimismo, y en cuanto a los bienes demaniales, cabe la adscripción de los afectos a un servicio público a las empresas que tengan por objeto la prestación de dicho servicio (art. 75 y 85).
- d) Igualmente permite la cesión directa y gratuita de bienes inmuebles y derechos reales cuando el adquirente sea una sociedad mercantil de capital entera o mayoritariamente público, y el bien vaya a ser destinado a fines de utilidad pública o interés social (art. 95).

### **3.18.1.2.- Ley de Régimen Local de la Comunidad Valenciana**

Siguiendo el esquema de las anteriores legislaciones, analizaremos las competencias de los ayuntamientos y de sus sociedades, en relación a la forma de prestación de servicios y desarrollo de las actividades económicas y el estatuto de las sociedades que se regula en la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana.

#### **A) Competencias municipales**

La Ley de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, en su artículo 33.4 determina que: *“las leyes sectoriales de la Generalitat asegurarán a los municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*. Para el cumplimiento de estas finalidades, la ley les concede una amplia competencia, entre las que se estaca la Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, desarrollo de espacios comerciales urbanos, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales, salvo las pecuarias.

Para la defensa de dichas amplias competencias frente a la LRSAL, se ha publicado la Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local, sobre *“el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”*. Deja perfectamente claro que las competencias de los municipios serán no solo las atribuidas por la legislación básica estatal, sino que éstas se verán complementadas por la normativa local y sectorial valenciana. En este sentido la Circular indica que: *“Podemos concluir por tanto que los municipios de la Comunidad Valenciana que venían ejerciendo como propias a la entrada en vigor de la LRSAL competencias atribuidas tanto por el artículo 33 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana como por la legislación sectorial autonómica en vigor, continuarán haciéndolo, con independencia de que se refieran o no a materias incluidas en el listado del artículo 25.2”*.

## **B) Gestión de servicios/ejercicio de actividades económicas**

La Ley 8/2010 permite a las entidades locales la prestación los servicios y la realización de las actividades económicas que estime pertinentes, de acuerdo con el artículo 128.2 de la Constitución, para la satisfacción de las necesidades de los vecinos y vecinas (art. 196). En uno y otro caso podrán realizarse en régimen de libre concurrencia o en monopolio, pero en este último caso, solo procederá respecto de las actividades o servicios expresamente reservados por ley a las entidades locales.

El artículo 197 regula los requisitos formales, tanto para la prestación de servicios como para el ejercicio de actividades económicas, que es muy similar al ya reiterado de la legislación estatal y de otras CC.AA.. Éste exige la previa tramitación de un procedimiento en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa para los intereses públicos locales.

El expediente se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Acuerdo inicial del Pleno. La adopción del acuerdo requerirá la elaboración previa, por una comisión nombrada al efecto, de una memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, la forma de gestión, la previsión de los ingresos y precio de los servicios ofertados y los supuestos de cese de la actividad.
- b) Exposición pública, por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.
- c) Aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad. El acuerdo se adoptará por mayoría simple, salvo que se trate de servicios en régimen de monopolio que requerirá la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, y requerirá la aprobación del Consell.

## **C) Estatuto de la empresa pública**

La Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, regula las sociedades como forma de gestión de servicios y desarrollo de actividades económicas, pero no da un estatuto jurídico de las mismas<sup>144</sup> como hacen otras legislaciones locales, por ello habrá que acudir a la legislación estatal.

---

<sup>144</sup> Hay que destacar que el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Valencianas sí establecía dicho estatuto en los artículos 142 y 144, en concreto:

“Art. 142. Las Sociedades Mercantiles.

1.- Las entidades locales podrán constituir Sociedades para fines de interés público bajo la forma de sociedad mercantil con partición de capital público de varias de ellas y, en su caso, con la participación minoritaria de capital privado.

2.- Sus estatutos se remitirán al Órgano de la Generalitat competente en materia de administración local.

Art. 144. Régimen Jurídico.

1.- Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

No obstante ello, se establece distintas previsiones en materia patrimonial relativas a las referidas sociedades públicas locales, en los artículos 183 y 186, permitiendo que las entidades locales puedan:

- a) Aportar directamente bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, a las sociedades creadas por ellas o en las que tengan participación, para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas.
- b) Ceder gratuitamente bienes patrimoniales a sociedades con capital mayoritario público, siempre que los fines que justifiquen la cesión redunden en beneficio de los habitantes del término municipal. De estas cesiones se dará cuenta a la Conselleria competente en materia de administración local. En este caso la cesión deberá efectuarse de conformidad con el procedimiento previsto en el Reglamento de Bienes de las entidades locales y para una finalidad concreta que se justifique, con fijación del plazo para llevarla a cabo, produciéndose la reversión automática en caso de incumplimiento o falta de uso del mismo.

### **3.18.2.- Sectorial**

#### **3.18.2.1.- Urbanística**

Tradicionalmente la normativa urbanística valenciana ha sido de las más novedosas y completas, si bien, en los últimos años, había llegado a ser muy amplia y se le criticaba lo excesivamente compleja que resultaba por la gran extensión de la misma. Esta normativa era en síntesis la siguiente:

- a) La Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.
- b) La Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo No Urbanizable.
- c) La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana.
- d) La Ley 9/2006, de 5 de diciembre, Reguladora de los Campos de Golf de la Comunitat Valenciana.
- e) La Ley 1/2012, de 10 de mayo, de medidas urgentes de impulso a la implantación de actuaciones territoriales estratégicas, excepto la disposición final primera.
- f) El Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado por el Decreto 67/2006, de 19 de mayo, del Consell.
- g) El Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana, aprobado por el Decreto 120/2006, de 11 de agosto, del Consell.

---

2.- En el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, adecue la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa de carácter mercantil. En todo caso, la escritura de constitución, además del objeto de la sociedad, establecerá el capital aportado por cada entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración, la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en éste.

Esta extensión tenía sus inconvenientes y sus ventajas, y una de estas últimas era que, en nuestra materia, el de sociedades urbanísticas y la gestión directa por ellas del urbanismo, estaba amplia y, en nuestra opinión, muy adecuadamente tratada<sup>145</sup>.

Precisamente con el objetivo de la simplificación normativa, además de otros, se ha publicado recientemente la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, que deroga toda esa legislación que anteriormente se ha indicado.

El resultado de ello es que en materia de la gestión directa por sociedades urbanísticas se ha empobrecido la regulación, dejando algunas cuestiones indeterminadas y debiendo acudir a la legislación supletoria estatal. No deja de ser resultado de la visión negativa de lo público y el beneficio a ultranza del sector privado de que se ha hecho gala, no solo en comunidades como la valenciana sino, como se ha visto, en el gobierno de la nación con la publicación de la LRSAL.

Indicado ello, se procederá al estudio de la sociedad urbanística en la legislación valenciana, como sujeto esencial de la gestión directa por parte de los ayuntamientos para el desarrollo de su política de suelo. Esto es así pues en Valencia se sigue el sistema de agente urbanizador y las sociedades públicas son agentes urbanizadores en los supuestos en los que la gestión se ha reservado, por razones justificadas, generalmente en el planeamiento, para que se ejecute por el sector público, o cuando por distintas circunstancias se produce una ejecución privada fallida y la administración debe actuar para concluir lo no realizado por el urbanizador privado.

## **A) Gestión directa del urbanismo mediante sociedades públicas**

### **A.1.- Concepto y elementos de la gestión directa**

La Ley de Suelo del estado, establece que la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a la iniciativa privada. Por tanto, partiendo de esta gestión pública del urbanismo, como en cualquier otro servicio público más, la administración podrá prestarlo por sí misma o por medio de algunas de sus formas especiales de personificación, en cuyo caso se tratará de la prestación directa, o la realizará un tercero, un particular por encargo o concesión de la administración, dando lugar a la prestación indirecta del servicio.

En el ámbito urbanístico, estos criterios, si bien con las especificidades que se analizarán, no sufren variación alguna, y así la ejecución del planeamiento en general y la de las actuaciones integradas en particular, será directa cuando la realice la propia administración, sus empresas u organismos, e indirecta

---

<sup>145</sup> BUESO GUIRAO y PARRIZAS COLLADO (2009). Véase en este sentido el libro el estudio sobre “La gestión directa en la Normativa Urbanística Valenciana” en el libro “Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada”. Páginas 927 a 963.

cuando aquélla delegue esta condición en un particular, seleccionado en pública concurrencia, que actuará como agente público, surgiendo así la figura del urbanizador.

Como función pública que es la urbanización, corresponde a la administración actuante, como indica el artículo 115, elegir razonadamente la modalidad de gestión pública, directa o indirecta, al programar cada actuación.

- a) Gestión directa: La gestión pública será directa cuando la condición de urbanizador sea asumida, en ejercicio directo de sus competencias, por la propia administración o por sus entidades instrumentales; es lo que se denomina régimen de gestión directa del programa de actuación integrada.
- b) Gestión indirecta: Es cuando en ausencia de gestión por los propietarios, la administración designa el urbanizador en pública concurrencia, respetando las reglas de transparencia, trato igualitario y no discriminación, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta ley y, supletoriamente, en la legislación de contratos del sector público.

Estos conceptos de gestión para el desarrollo de actuaciones integradas no sufren variación alguna cuando se trata de actuaciones aisladas, reguladas en el artículo 166<sup>146</sup> o de la conservación de la urbanización del artículo 161<sup>147</sup>.

La gestión directa es cuando la administración toma el protagonismo de la gestión y ejecuta el programa, bien por sus órganos o a través de empresas instrumentales, como se ha visto al analizar la normativa de Castilla-La Mancha, siguiendo a José Luis Lorente Tallada y Fernando Romero Saura<sup>148</sup>.

## **A.2.- Supuestos de gestión directa**

Existen dos supuestos específicos de gestión directa, la propiamente dicha, que es cuando la iniciativa surge de la administración por la presentación de un programa o cuando se rechaza la propuesta de un urbanizador privado y se opta por la gestión directa o, habiéndose aprobado inicialmente la gestión indirecta, deben asumir posteriormente la gestión la administración o sus empresas por la imposibilidad sobrevenida o por incumplimiento de aquél.

Supuestos de gestión directa por iniciativa propia es cuando la sociedad pública presenta directamente el programa, bien por reserva del planeamiento, bien por considerarlo conveniente el ayuntamiento aun cuando no se haya reservado expresamente en el planeamiento o ante no presentación por los propietarios en los plazos previstos. Estos supuestos se contemplan

---

<sup>146</sup> El artículo 166: “En supuestos de actuaciones aisladas, en ausencia de gestión directa por la administración y de gestión por los propietarios, la condición de promotor podrá atribuirse, en régimen de gestión indirecta, a una empresa mixta, previéndose como una forma específica de gestión indirecta de este tipo de programas”.

<sup>147</sup> El artículo 161 (Recepción y conservación de la urbanización) indica en su párrafo 5.º que: “La conservación de las obras de urbanización se podrá realizar por gestión directa o por gestión indirecta”.

<sup>148</sup> BUESO GUIRAO y PARRIZAS COLLADO (2009), página 344.

fundamentalmente en los artículos 113 y 117, para los programas de actuación integrada y 166, para los de actuación aislada, de la Ley. En concreto:

- a) El artículo 113 determina que la condición de urbanizador podrá ser asumida, en ejercicio directo de sus competencias, por la propia administración o por sus entidades instrumentales, en régimen de gestión directa del programa de actuación integrada.
- b) El artículo 117 determina que las administraciones públicas, entes y organismos del sector público, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden promover programas de actuación integrada, así como los instrumentos para su desarrollo y ejecución.
- c) El artículo 166 (Iniciativa para el desarrollo de actuaciones aisladas) que en su apartado segundo indica que las administraciones públicas, por sí mismas o a través de sus organismos, entidades o empresas de capital íntegramente público, mediante la gestión directa podrán promover iniciativas de programa para el desarrollo de actuaciones aisladas.

La gestión por rechazo o sustitución del urbanizador privado se produce en los siguientes supuestos previstos en la Ley 5/2014:

- El artículo 124 en su n.º 6, indica que en la elección de la alternativa técnica del programa de actuación integrada, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento también establecerá el régimen de gestión de la actuación y, si éste es por gestión indirecta, el procedimiento de selección del urbanizador; pero si se estableciera la gestión directa, el ayuntamiento indemnizará a quien propuso la alternativa técnica seleccionada, conforme al artículo 130 de la ley.
- Artículo 165 (Consecuencias objetivas de la caducidad o resolución del programa de actuación integrada), determina que el acuerdo de caducidad o resolución del programa de actuación integrada establecerá lo que proceda para concluir la actuación y podrá:
  - Subsidiariamente, incoar las actuaciones precisas para acordar una nueva programación del terreno en la que la administración, en caso de optarse por la gestión directa, asuma las obligaciones del antiguo, afectando los bienes y recursos resultantes de la liquidación de la programación cancelada a ejecutar la que la sustituya.
  - También podrá acordarse la directa intervención gestora de la administración para la prosecución provisional del programa de actuación mientras se resuelve sobre su resolución y, en su caso, nueva adjudicación.

### **A.3.- Programas de gestión directa formulados por sociedades urbanísticas**

La formulación, aprobación y ejecución de programas de gestión directa por los entes instrumentales tienen una serie de diferencias en relación con los de



gestión indirecta que se determina en la propia ley. Estas son de muy variado contenido, las analizaremos:

- a) **De tramitación:** Elemento fundamental y diferenciador es el hecho de que en la gestión directa, a diferencia de la indirecta, el procedimiento no es selectivo y por lo tanto las fases procedimentales son distintas. Esta cuestión es uno de los aspectos que específicamente destaca la exposición de Motivos cuando afirma que: *“La ley separa en dos fases el proceso de programación: en primer lugar, la elección de la alternativa técnica del programa de actuación; y, en segundo lugar, la formulación de las proposiciones jurídico-económicas y la selección del agente urbanizador, que solo tendrá lugar en el caso de gestión pública indirecta. Ambas fases del proceso están reguladas por las bases de programación que elabora el ayuntamiento. El procedimiento de aprobación de programas por gestión directa se seguirá el mismo que para la tramitación de planes en el capítulo III, del título III del libro I, tanto de los programas de actuación integrada por imposición del artículo 117.2, como de los de actuación aislada en virtud del artículo 168.3.”*
- b) **En relación a las garantías:** En gestión directa, por la propia administración que asuma la ejecución de un programa de actuación integrada, debe comprometer crédito, con cargo a su presupuesto, que le permita asumir los gastos de urbanización en la medida necesaria para hacer frente a la retribución en suelo, y, en su caso, la financiación de las obras de urbanización. Por el contrario, cuando se trata de gestión directa por un ente instrumental, a diferencia de lo establecido en la anterior legislación<sup>149</sup>, la sociedad pública al igual que si se tratase de un promotor privado, debe asegurar sus compromisos con una garantía definitiva del cinco por cien del valor de las cargas de urbanización previstas en el programa de actuación integrada.
- c) **Retribución al urbanizador:** Con carácter general, de acuerdo con el artículo 143, los propietarios en su escrito de adhesión al programa de actuación integrada deciden la forma de retribución al urbanizador, en metálico o en terrenos, o en la modalidad de retribución mixta; no obstante ello, la retribución en terrenos puede ser establecida con carácter forzoso cuando los terrenos que así sean adquiridos por un urbanizador público correspondan a la reserva legal destinada a viviendas de protección pública y se valoren conforme al precio máximo que se siga de esa vinculación.
- d) **Contratación del empresario constructor:** Esta es una figura específica de la nueva legislación valenciana, pues para cualquiera de los sistemas de gestión, por los propietarios o pública, sea directa o indirecta, se mantiene la figura del empresario constructor. El urbanizador ha de contratar la ejecución de las obras de urbanización con un constructor designado conforme a las reglas de transparencia, concurrencia y no discriminación

---

<sup>149</sup> En el párrafo 3 del artículo 128 de la LUV, en su inciso 2.º, establecía que: “El urbanizador, tanto si lo es la propia Administración como un ente de la misma o empresa de capital íntegramente público, no vendrá obligado a prestar la garantía regulada en el artículo 140 de esta Ley”.

detalladas por la legislación de contratos del sector público y bajo fe pública notarial. No obstante ello, existen diferencias entre la gestión directa y la indirecta:

- En la gestión directa el urbanizador público aplicará las normas en función del nivel de aplicación de la ley de contratos del sector público, aplicación estricta, si se trata de la propia administración o entes públicos, y más laxa, como se analizará en el Capítulo IX, si se trata de empresas públicas. En este sentido, el artículo 157 indica que la contratación del empresario constructor por la administración se ajustará a lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público. El pliego podrá especificar que el precio sea pagadero precisamente con el remate de la subasta de las parcelas que se asignen a la administración en pago de las cargas de urbanización, comprometiéndose el contratista a aceptar esos términos. Si las posturas de la subasta fuesen insuficientes para pagar al empresario constructor, éste se adjudicará las parcelas correspondientes en pago. Asimismo, podrá estipularse, como modalidad de pago, que la administración ceda los créditos y garantías de retribución en metálico, hasta cubrir el importe del contrato. El contrato podrá ser de obra y servicios, para encomendar también al empresario constructor la elaboración del proyecto de reparcelación y las tareas auxiliares de ésta. No podrá facultarse al contratista para ser retribuido en terrenos de forma distinta a la antes regulada.
- Por el contrario, en la gestión indirecta el urbanizador ha de contratar la ejecución de las obras de urbanización con un constructor designado conforme a las reglas de transparencia, concurrencia y no discriminación detalladas por la legislación de contratos del sector público y bajo fe pública notarial, es decir se ajustará más a los principios que a la literalidad de la norma.

Este criterio de diferenciar la figura del promotor del ejecutor material de las obras no deja de ser sino el mismo principio que se ha visto para las empresas urbanizadoras, que para preservar su carácter de promotoras se prohíbe que ejecuten materialmente las obras, como se ha visto.

#### **A.4.- Gestión del programa de actuación integrada mediante empresa mixta**

Se contempla expresamente en el artículo 119 que las administraciones públicas, entes y organismos del sector público competentes para la gestión directa del programa de actuación integrada podrán acometer su gestión indirecta mediante empresas mixtas, constituidas para el desarrollo de actuaciones concretas, cuando razones de interés público así lo aconsejen.

Las especialidades de dicha gestión son las siguientes:

- a) La constitución de empresas mixtas se realizará de conformidad con la legislación vigente en esta materia, cumpliendo asimismo las reglas, garantías y plazos de transparencia y libre concurrencia establecidos para la gestión indirecta de los programas de actuación integrada.

- b) Podrá cederse la condición de urbanizador que ostente la administración o empresa pública cuando la evolución de las circunstancias económicas lo aconseje, con las mismas garantías que para su constitución.
- c) La tramitación y aprobación del programa de actuación integrada, una vez constituida la empresa mixta conforme al apartado anterior, se realizará de acuerdo con la regulación establecida para la gestión directa. Asimismo, regirá en estos supuestos lo previsto en el artículo 157 de esta ley respecto de la selección del empresario constructor en los supuestos de gestión directa.

## **B) Determinaciones en relación con los instrumentos de intervención en el mercado del suelo**

En relación al patrimonio público de suelo, la nueva Ley valenciana permite que sus bienes integrantes sean cedidos directamente a sociedades urbanísticas en el artículo 99.4, tanto de forma onerosa como a título gratuito. En concreto:

- a) Por precio no inferior al valor de los terrenos, a promotores públicos que promuevan la construcción de viviendas de protección pública. El documento público en que conste la enajenación directa debe establecer el destino final de los terrenos transmitidos, el plazo máximo de construcción y las demás limitaciones y condiciones que la administración considere convenientes.
- b) Mediante cesión gratuita a organismos públicos, sociedades, entidades o empresas de capital íntegramente público, o a otras administraciones públicas, siempre que el destino de la referida cesión sea la construcción, sobre el suelo cedido, de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

### **3.18.2.2.- De vivienda**

La Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, da amplias competencias a los entes instrumentales para el desarrollo de la política de suelo y vivienda.

En relación a la promoción pública de viviendas, el artículo 54 reconoce como modalidad de la misma, bajo la denominación de "*promoción pública instrumental*", la efectuada sin ánimo de lucro por las entidades autónomas y empresas públicas dependientes de la administración Autonómica y Local.

En promoción de suelo, de acuerdo con el artículo 55, La Generalitat, directamente o mediante Convenios con las entidades locales y empresas públicas de ambas administraciones, podrá adquirir y preparar suelo con destino preferente a la promoción de viviendas con protección pública y la formación de patrimonios públicos de suelo y regulación del uso del derecho de superficie.



## **CAPÍTULO VIII.- CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y PROCEDIMIENTO CONSTITUCIÓN ANALISIS DE DISFUNCIONES**

### **1.- PREVIO: LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA ACTUALIDAD**

#### **1.1.- PLANTEAMIENTO DE LA LRSAL**

##### **1.1.1.- Criterios competenciales**

Clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones es, como se ha indicado, una de las finalidades esenciales de la LRSAL.

En su Preámbulo<sup>150</sup>, que seguimos en esta exposición, indica que respecto al objetivo de clarificar las competencias locales y avanzar en el principio «una Administración una competencia», se trata de evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones hasta ahora existentes. Se justifica esta situación por cuanto se destaca que la LBRL diseñó un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocas supuestas situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones.

Como consecuencia de ello, matiza, el sistema competencial de los municipios españoles se configura en la praxis como un modelo excesivamente complejo, del que se derivan dos consecuencias que inciden sobre planos diferentes:

- Por una parte, este sistema competencial municipal hace que se difumine la responsabilidad de los gobiernos locales en su ejercicio y se confunda con los ámbitos competenciales propios de otras Administraciones Públicas, generando, en no pocas ocasiones, el desconcierto de los ciudadanos que desconocen cuál es la Administración responsable de los servicios públicos.
- Por otra parte, existe una estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las haciendas locales. En un momento en el que el cumplimiento de los compromisos europeos sobre consolidación fiscal son de máxima prioridad, la Administración local también debe contribuir a este objetivo racionalizando su estructura, en algunas

---

<sup>150</sup> Se sigue el texto y razonamiento del Preámbulo de la LRSAL.

ocasiones sobredimensionada, y garantizando su sostenibilidad financiera.

La nueva Ley, para evitar esta situación, establece una nueva regulación en materia de competencia cuyas características se pueden sintetizar, sin perjuicio de su desarrollo posterior, en las siguientes:

- a) Se establece una clasificación de las competencias entre “propias”, “delegadas” y “distintas de las propias o delegadas”, mal llamadas por algunos con la denominación de “impropias” (art. 7 LBRL)<sup>151</sup>. El artículo 7 queda redactado del siguiente modo:

*«1. Las competencias de las Entidades Locales son propias o atribuidas por delegación.*

*2. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas.*

*3. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las Entidades Locales el ejercicio de sus competencias.*

*Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.*

*4. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en los que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.*

*En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.»*

- b) Se limitan las competencias de ayuntamientos a favor especialmente de las CC.AA. y de la actuación tutelar y coordinadora de las Diputaciones Provinciales. Así:

---

<sup>151</sup> No obstante ello, será el término de “impropias” el que utilizemos en la exposición a efectos de facilitar la misma y para simplificar, aun cuando, como se ha indicado, el término no es adecuado.

- Restringe la lista de competencias propias al reformar el art. 25 de la LBRL.
  - Se suprime la cláusula general de competencia de los ayuntamientos del art. 28 de la LBRL; indicaba: *“Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”*.
- c) Se amplían competencias de Diputaciones Provinciales, que incluso actúan como coordinadoras y subsidiariamente en municipios menores de 20.000 habitantes.

En relación con el proclamado principio «una Administración una competencia», es muy claro Federico Castillo cuando dice de él que *“no tiene desde mi punto de vista el más mínimo respaldo constitucional”* pues no existe en la Constitución, ya que el diseño del régimen de competencias que se determina en la misma se realiza *“en régimen de competición o concurrencia y, como complemento a dicha concepción, el principio de cooperación”*<sup>152</sup>.

Lorenzo Mellado Ruiz, en esa línea, comenta que *“este principio ni existe en la Constitución ni puede deducirse, implícitamente, de sus reglas de ordenación y distribución del poder público territorial. El diseño constitucional del régimen competencial de las distintas Administraciones públicas pivota más bien, como regla general, en los principios de concurrencia o compartición, a cuya superación o mitigación se orientan además las reglas de cooperación y colaboración interadministrativa. La consecuencia es clara entonces: si ya eran discutibles los límites del legislador básico estatal en la reordenación estructural de las organizaciones locales (en virtud del principio de garantía de la autonomía local y de sus potestades de autoorganización), más lo será su intención de clarificación del ámbito competencial de las mismas, que en muchos casos escapará de su radio constitucional de atribución (en virtud esta vez de las propias reglas de distribución de carácter sustantivo y material)”*<sup>153</sup>.

Concluyendo con las claras reflexiones que realiza Alejandro de Diego en un reciente estudio<sup>154</sup>: *“Sobre la primera de las cuestiones tengo que insistir aquí en lo que he repetido en otras ocasiones y es la inexistencia de duplicidades en el ámbito local, entendidas como solapamiento o ejecución simultánea de los mismos servicios o actividades por varias Administraciones Públicas, referidas al mismo ámbito territorial y afectando a los mismos sujetos. Cualquiera que conozca la Administración Local sabe que salvo muy contadas excepciones y en determinados Municipios de cierta entidad, en todos los demás lo que no preste el Ayuntamiento no lo hace ninguna otra Administración Pública. Ni siquiera en el tan manido ejemplo de las oficinas de turismo: pensemos, por*

<sup>152</sup> CASTILLO BLANCO (2014).

<sup>153</sup> Mellado Ruiz, (2024). Texto en el que cita a Federico Castillo Blanco en la obra citada “Una lectura de urgencia...”.

<sup>154</sup> IUSTEL. Las competencias municipales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con especial referencia a las competencias propias.

*ejemplo, en una ciudad en la que en la misma calle y a pocos metros unas de otras hay una oficina de turismo autonómica, otra provincial y otra municipal. Si entramos a pedir información a la autonómica nos dará la que tiene sobre toda la región, pero si queremos algo más detallado sobre la ciudad en la que estamos nos remitirá a la municipal, en la cual nos darán el famoso mapa-callejero de localización del punto en el que nos encontramos, dónde está la zona de compras, la de ocio, restaurantes, etc.; pero si le preguntamos por posibles excursiones a los alrededores nos remitirán a la de la Diputación. Y esto que, efectivamente, es un ejemplo de un mal servicio de información turística, sin embargo es un ejemplo magnífico de la demostración de la no existencia de duplicidades a la luz de la LRSAL, ya que cada oficina opera sobre un ámbito distinto, y por lo tanto con esta Ley seguirán existiendo todas ellas, a las que se les podrían sumar además las del consorcio de..., las del consejo regulador de..., etc. Y el tiempo nos lo dirá, pues la apreciación por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente de la duplicidad en la prestación de un servicio público a petición de un Ayuntamiento interesado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 7,4 de la LBRL, no puede traer como consecuencia que finalmente ese servicio no sea prestado por nadie, por lo que si se aprecia dicha duplicidad es porque efectivamente ya se presta por la Comunidad Autónoma en los mismos términos, lo que me resultaría altamente sorprendente que por parte de un Ayuntamiento se pretenda dicha prestación duplicada, y si no se presta y la Comunidad no autoriza por este motivo se verá en la obligación de implantarlo inmediatamente, lo cual también me extrañaría que no aprovecharse el interés de un Ayuntamiento para evitar tener que asumir ella dicho coste”.*

### **1.1.2.- Problemática en su aplicación**

Tras la entrada en vigor de la Ley ha surgido un amplio debate en la doctrina y en las distintas CC.AA. en relación a distintos aspectos que está haciendo que sea compleja su aplicación. Así, en cuanto a los aspectos que interesan al presente estudio, existen distintas interpretaciones en cuanto a su alcance del nuevo régimen competencial, especialmente en relación a las competencias propias municipales, tanto con los servicios que se están prestando en base al sistema de competencias actual como en relación con el eventual ejercicio de competencias en el futuro.

Por un lado, en un futuro, en cuanto al nuevo modelo de competencias establecido en la LRSAL, se plantea si se puede considerar que el nuevo artículo 25 establece un modelo cerrado de competencias propias o, por el contrario, se trata de un modelo abierto en el que la legislación básica establece o determina un mínimo competencial común a todas las CC.AA., pudiendo éstas desarrollar las competencias propias por su normativa de régimen local o sectorial.

Por otro, es necesario determinar qué sucede con las competencias que, siendo originariamente propias por el nuevo juego de las mismas, han devenido “impropias”. Podrán seguir prestándose como hasta ahora o deben, bien dejar de prestarse o ser adaptadas a la nueva norma, y por lo tanto a los requisitos del artículo 7.4, que exige para poder ejercitar este tipo de competencias que



es necesario desde el punto de vista material que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. Todo ello, previo informe de la Administración competente, desde el punto de vista formal.

Analizaremos estas cuestiones sin propósito de realizar un planteamiento doctrinal propio, pues no es el objeto de este estudio y sí realizar una mera síntesis de los distintos criterios aducidos y normas surgidas para su aplicación, por cuanto la interpretación que se realice es importante para determinar el alcance de la nueva norma en relación al sector público local, verdadero objeto del mismo.

### **1.1.2.1.- Nuevo modelo de competencias**

En una primera interpretación, un sector Doctrinal y la postura que pudiéramos denominar oficialista, considera que lo que establece el nuevo artículo 25 es un sistema cerrado de competencias propias, por lo que la realización de otras actividades por los ayuntamientos, solo podrá ser en base a una delegación de la administración que ostenta la competencia o mediante el ejercicio de competencias distintas de las propias o delegadas, para lo que es necesario el cumplimiento de una serie de condiciones materiales y formales establecidas en el artículo 7.2<sup>155</sup>.

Esta es la línea que parece quedar establecida, pero no de forma muy clara y rotunda, en el Preámbulo de la LRSAL cuando indica que:

*“Así, la política presupuestaria de todos los poderes públicos, incluidos los locales, deberá adecuarse a los principios rectores de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, dictada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución.*

*Con este respaldo constitucional, el Estado ejerce su competencia de reforma de la Administración local para tratar de definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este sentido, se enumera un listado de materias en las que los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio.*

---

<sup>155</sup> El artículo 7.4 establece que: “Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en los que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

*Las Entidades Locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas”.*

También el Consejo de Estado, en su informe al Anteproyecto, sigue esa línea de considerar que la enumeración es taxativa tras indicar que la nueva norma, si bien sigue el mismo criterio de clasificación de las competencias que la actual LBRL, *“introduce una importante novedad a través de la modificación del artículo 25 de la LBRL, que pasa de establecer un listado abierto de competencias susceptibles de ser legalmente reconocidas a los Municipios, a enunciar tales competencias de forma exhaustiva y aparentemente cerrada. Ello determina que no quepa en el sistema que el anteproyecto configura la atribución como competencias propias de otras distintas de las incluidas en dicha relación, lo que constituye una significativa diferencia con respecto al actual modelo de asignación de competencias, en el que cualquier ley sectorial puede reconocer al Municipio como propias, competencias para actuar en un determinado ámbito”.*

Continúa el Consejo de Estado indicando que las competencias atribuidas por la normativa de las CC.AA., que tras la LRSAL han devenido impropias, *“solo podrán continuar siendo ejercidas por los correspondientes Municipios si, efectuada la evaluación prevista en la disposición transitoria novena, se constata que cumplen con los requisitos que impone el nuevo artículo 7.4 de la LBRL”.*

Concluyendo que *“a juicio del Consejo de Estado, a la luz de la jurisprudencia constitucional que define el alcance de la competencia que al Estado reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución para establecer las bases del régimen local, antes analizada, no cabe objetar que el Estado lleve a cabo una reducción del ámbito competencial de los Municipios, pues, siempre que respete el núcleo básico e intangible que define la autonomía local como tal, puede en el ejercicio de dicha competencia ampliar o estrechar la esfera de actuación de las Corporaciones Locales. Y si como consecuencia de tal operación se produce una alteración del marco normativo competencial de los Municipios, tal y como ha sido definido por las Comunidades Autónomas, habrán de ser éstas las que acomoden su legislación a lo dispuesto con carácter básico por el legislador estatal. Puede este, en definitiva, efectuar una redefinición del ámbito competencial municipal, por más que ello obligue al legislador autonómico a introducir en su ordenamiento los ajustes necesarios”.*

En esta línea también es muy clarificador el magnífico análisis que realiza Manuel Zafra Víctor<sup>156</sup> (en sus interesantísimos artículos -primero y segundo-

---

<sup>156</sup> ZAFRA VÍCTOR (2014), profesor titular de Ciencia Política y de la Administración Pública en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Granada.

sobre el desarrollo normativo de las CC.AA. tras la LRSAL), al destacar que el Anteproyecto establecía una previsión concreta que dejaba perfectamente claro este recorte de competencias, pero que luego desapareció durante su tramitación. Era la Disposición Transitoria Novena que indicaba literalmente:

*“Las competencias distintas de las previstas en los artículos 2.2 y 27 de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que hasta la entrada en vigor de esta ley vinieran ejerciendo los municipios, solo podrán seguir ejerciéndolas si cumplen con lo previsto en el apartado 4 del artículo 7 de la ley 7/85”.*

En esta situación y tras las reiteradas alegaciones al Proyecto de Ley de las Distintas CC.AA. y muchos ayuntamientos, se pretendió mediante enmienda en el Senado por el Partido Popular, en la que se extendía el concepto de competencia propia a las establecidas por las CC.AA. en sus leyes de régimen local o sectoriales, mediante la adición de un párrafo, el 6.º, al artículo 25: *“Cuando por Ley, las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos competenciales atribuyan a los municipios competencias propias en materias distintas a las prevenidas en los apartados 3,4 y 5 anteriores”.*

Pero este párrafo no fue incorporado al texto aprobado, pues, como indica Manuel Zafra, *“paradójicamente la FEMP pidió la supresión de la enmienda porque, conservando en el subconsciente político las competencias impropias y viendo al Estado como protector frente a la voracidad autonómica, temía la proliferación de competencias impropias sin financiación”*<sup>157</sup>.

Por otro lado, se formula una interpretación contraria por otro sector doctrinal que considera que con la Doctrina emanada del Tribunal Constitucional, el artículo 25.1 no articula un modelo cerrado de competencias, sino que determina las competencias mínimas de los municipios españoles para garantizar la autonomía municipal, mínimo que puede ser desarrollado por la normativa de régimen local o sectorial de las CC.AA. e incluso del propio Estado. Tesis que está siendo mantenida por las distintas CC.AA. que han dictado normativa de desarrollo y adaptación de la LRSAL, como se analizará posteriormente.

Parte esta tesis de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, que ha asentado que la competencia básica de régimen local solo habilita al legislador estatal a establecer unos mínimos competenciales para garantizar, no solo la autonomía local sino también la igualdad de los ciudadanos. Consecuentemente con ello, la LRSAL no articula un modelo cerrado de atribución de competencias locales.

La justificación de ello, en palabras del legislador gallego<sup>158</sup>, parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, que indica

---

<sup>157</sup> ZAFRA VÍCTOR (2014).

<sup>158</sup> Lo esencial del contenido del párrafo es transposición de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de Galicia.

que el criterio de que corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deban reconocerse a las entidades locales (...) fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. De acuerdo con esta sentencia queda claro que la función constitucional encomendada al legislador estatal es la de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad la garantía de la autonomía local, ya que no se descende a la fijación desglosada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia, respetando las bases estatales y, en particular, este artículo 2.1 y los artículos 25.2, 26 y 36 de la LBRL. Todo ello con pleno respeto a la Carta europea de autonomía local, la cual consagra los principios de autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales. Por lo tanto, serán las leyes sectoriales las que concretarán las competencias locales según el sistema de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, observando las directrices del artículo 2.1 de la Ley de bases.

Encuentran justificación, además, en distintos preceptos de la LRSAL. En primer lugar en la expresión “en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas” que utiliza el artículo 25.2 al enumerar las competencias de los ayuntamientos<sup>159</sup> e igualmente en la párrafo 1.º de la Disposición Adicional Tercera (Competencias autonómicas de régimen local) que indica que sus disposiciones son de aplicación a las CC.AA. “sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local, asumidas en sus estatutos de autonomía<sup>160</sup>”. Además de ello, el MINHAP, en su nota explicativa, al analizar el régimen de las competencias propias en el art. 25 de la LBRL, indica literalmente: “*Sin perjuicio de lo que puedan prever las leyes sectoriales estatales y autonómicas, el apartado 2 del art. 25 de la LBRL recoge las materias sobre las que se pueden ejercer competencias propias que pueden desarrollar los municipios*”.

De igual modo se ha visto justificación en este concepto de “*numerus apertus*” de la Disposición adicional segunda. Régimen aplicable a la Comunidad Foral de Navarra, que en su número 2.º indica que “*La Comunidad Foral de Navarra podrá, en su ámbito competencial, atribuir competencias como propias a los municipios de su territorio así como del resto de las Entidades Locales de Navarra, con sujeción en todo caso a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local*”, al

---

<sup>159</sup> El número 2.º del artículo 25 indica que: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:...”.

<sup>160</sup> La Disposición Adicional Tercera indica en su párrafo 1.º: “Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas”.

considerar que esta disposición simplemente formula de forma específica a Navarra el criterio general de la LRSAL<sup>161</sup>.

Un sector doctrinal se postula en este sentido, Lorenzo Mellado indica que la “referencia genérica a la Ley (del nuevo artículo 7.2 de la LBRL) refuerza por lo demás la consideración de que las competencias propias no son solo las enunciadas como materias, por la ley básica estatal del régimen jurídico de la administración local”<sup>162</sup>.

Rafael Jiménez Asenjo<sup>163</sup> es muy rotundo en esta línea cuando afirma que *“en esta materia, la LRSAL ha introducido buenas dosis de confusión, pues efectivamente la pretensión no escrita en la Ley era que ese listado del artículo 25.2 de la LBRL fuera de «competencias tasadas», pero ello aparte de no estar expresamente explicitado en ningún pasaje de la Ley ni en su preámbulo, choca directamente con el sistema constitucional de distribución de competencias y, concretamente, con la arquitectura estructural y de principios de la LBRL, donde -no se olvide- los mandatos de la propia LRSAL que modifican aquel texto normativo se insertan”*.

Continúa el citado autor indicando a modo de conclusión que *“el listado de materias, que no de competencias, reconocido en el artículo 25.2 de la LBRL no puede ser calificado como una relación de competencias municipales tasadas, pues la función de ese listado material, conforme ha reconocido la propia jurisprudencia constitucional, no es otro que por parte del Estado -del legislador básico- se garantice la autonomía local, también en su dimensión competencial”,* por lo que *“las competencias que el legislador sectorial autonómico ha venido atribuyendo y las que en un futuro más o menos inmediato atribuyan a los municipios, deben de considerarse como «competencias propias» a los efectos que de este concepto le da el artículo 7 de la LBRL”;* y que el propio MIHAP *“aunque con calculada o relativa ambigüedad, ha terminado por reconocer lo evidente y por considerar que las competencias que el legislador sectorial reconozca a favor de los municipios tienen también la consideración de competencias propias, reconociendo asimismo que el legislador básico ha reducido el ámbito material de algunas materias competenciales en relación con lo que se preveía anteriormente”*.

En esta línea es muy clara la reflexión de Federico Castillo que, al comentar la nueva redacción del artículo 25.2 de la LBRL, afirma que *“lo radicalmente*

---

<sup>161</sup> Ha habido autores que han considerado esta Disposición prueba de lo contrario, al establecer un régimen distinto y excepcional al previsto por la norma. Alejandro de Diego Gómez, considera que en este supuesto de la Comunidad Navarra “hay un numerus apertus claro ya que está previsto expresamente que las Comunidades Autónomas puedan atribuir como propias competencias a las Diputaciones provinciales distintas a las del artículo 36 a través de su legislación, cosa que no figura así en el artículo 25, o que la Comunidad Foral de Navarra podrá atribuir competencias propias a sus Municipios y resto de entidades locales, cuando si ésta fuera la regla general no tendría sentido esa excepción”. (Alejandro de Diego Gómez, Secretario de Administración Local. Las competencias municipales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con especial referencia a las competencias propias. Publicado en Estudios y Comentarios por IUSTEL/Diario del Derecho Municipal, de 20 de junio de 2014).

<sup>162</sup> MELLADO RUIZ (2014), página 159.

<sup>163</sup> JIMÉNEZ ASENJO (2014), página 72.

*novedoso, sin embargo, es la aparente pretensión de que la legislación básica no sea, como hasta ahora, una legislación de mínimos, un común denominador, sino que ésta marque los máximos de atribución competencial a éstos". Ante ello se pregunta: ¿se trata de una pretendida uniformización del régimen local?, llegando a la evidente conclusión de que se teme que sí y si "este es el efecto que se pretende conseguir, esa interpretación será vetada en el Tribunal Constitucional".*

La realidad es que, con independencia de la interpretación que se le dé, distintas CC.AA. (como posteriormente analizaremos con detalle) se han posicionado en esta interpretación y en sus normativas de desarrollo consideran como competencias propias, no solo las del artículo 25.2 de la LBRL sino también aquellas que se atribuyan mediante su propia normativa de régimen local y/o sectorial. Sirva de ejemplo la ley de la Comunidad Autónoma de Galicia (5/2014) que en su Exposición de motivos deja perfectamente claro que para su Legislador *"la ley básica no articula un modelo cerrado de atribución de competencias locales"*, o la Circular Valenciana que indica que la LRSAL *"lo que hace es enumerar una serie de materias en las que el legislador sectorial, estatal o autonómico, en todo caso ha de determinar competencias propias municipales. Es decir, la LRSAL no prohíbe o impide el ejercicio por los municipios de competencias en otros ámbitos materiales no recogidos en el citado artículo 25.2"*<sup>164</sup>.

### **1.1.2.2- Competencias anteriores**

Como se ha indicado es fundamental que se determine el régimen de aquellas competencias que, siendo originariamente propias tras la entrada en vigor de la LRSAL, han dejado de serlo, estableciendo su régimen y si pueden seguir prestándose o deben dejar de prestarse si no son adaptadas a los requisitos del 7.4, artículo que, como ya se ha visto, exige que se acredite con carácter previo por informe de la Administración competente, que no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, en base a la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurre en ejecución simultánea con otra Administración Pública.

La cuestión también está relacionada con el criterio de las "competencias propias" que se tenga como se ha visto en el apartado anterior, pues el número de las mismas variará sensiblemente en uno u otro supuesto.

Hay que indicar que la LRSAL no ha establecido con carácter general el régimen transitorio de estas competencias mediante una deposición transitoria amplia. Solo excepcionalmente ha previsto un régimen especial para las materias de Sanidad, Educación o Servicios Sociales.

En relación a esta cuestión surgen igualmente dos posturas. Por un lado, la de aquellos que consideran que la nueva norma no afecta al ejercicio de las competencias que actualmente se está prestando, en virtud del principio de

---

<sup>164</sup> Circular de 18/6/2014, de la Dirección General de Administración Local, sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL.

irretroactividad de la norma no favorable. Por otro, la de los que consideran que, aun cuando se estén prestando actualmente, si dejan de ser propias de los ayuntamientos, éstos solo las pueden prestar si se someten al informe para acreditar los criterios económicos y de estabilidad presupuestaria. Analizaremos estas posturas aportando argumentos utilizados por unos y otros.

Los que argumentan la necesidad de adecuación al art. 7 de la LBRL y, consecuentemente, la obligatoriedad del informe aun cuando se estén prestando actualmente, tienen un apoyo, lo indicado por la circular del MINHAP, que dice que *“en el caso de competencias que ya se vinieran ejerciendo con relación a la solicitud de los informes preceptivos previstos, todas las competencias que, a la entrada en vigor de esta Ley, no sean propias o delegadas de acuerdo con los mecanismos de atribución de competencias señalados, deben ser objeto de valoración en los términos que señala este artículo”*.

Igualmente en la Circular de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, que establece la necesidad de informes no solo de la Consejería sino del propio Estado<sup>165</sup>.

Alejandro de Diego<sup>166</sup> considera que mantener la tesis de la irretroactividad no es acertada pues *“teniendo en cuenta que todas las Comunidades Autónomas, excepto el País Vasco, tienen legislación propia en materia de régimen local y que, incluso en esta última Comunidad, existen además leyes sectoriales que atribuyen competencias a favor de los Municipios ejercidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL, nos encontraríamos ante una situación de vacío en su aplicación por cuanto el grueso competencial ya estaría atribuido y por lo tanto dejaría en agua de borrajas uno de los pilares fundamentales en los que se basa esta nueva regulación de las bases del régimen local, comprometiendo, incluso, el supuesto ahorro que esta Ley parece que va a reportar y que quedó plasmado en el Plan Presupuestario remitido por el Gobierno Central a la Comisión Europea, y sobre el que yo manifiesto serias dudas y reticencias al respecto. Además de que el mantenimiento por esta vía, del actual sistema competencial, chocaría frontalmente con la justificación de la elaboración de la propia Ley contenida tanto en su exposición de motivos como en buena parte de su articulado, pues si lo que se pretende con ella es clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades, que el ejercicio de las mismas lo sea con el adecuado título competencial habilitante así como con la financiación suficiente, parece que lo que no es razonable es que lo que nos ha llevado a esta situación siga vigente y, por lo tanto, siga habiendo duplicidades, se sigan ejerciendo esas mal llamadas competencias “impropias” y además se sigan prestando no solamente con una financiación insuficiente sino, muchas veces, sin más financiación que la propia municipal”*.

---

<sup>165</sup> Circular n.º 18/2014, de 12 de marzo, de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha.

<sup>166</sup> IUSTEL. Las competencias municipales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con especial referencia a las competencias propias.

Frente a esta postura surge la tesis de la irretroactividad que mantienen distintos autores y las diversas CC.AA. que han legislado, que entienden que la LRSAL no puede tener efecto retroactivo y no afectaría a aquellas competencias que se ejerzan antes del 31 de diciembre de 2013, en base a lo establecido en el artículo 2, párrafo 3.º del Código Civil<sup>167</sup>, que dispone que *“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*. Además la propia norma en su artículo 7.4 habla de “nuevas competencias”.

Rafael Jiménez Asenjo indica que no parece razonable que se soliciten tales informes en los supuestos en los que la actividad o competencia ya se venía ejerciendo y menos aún si ésta tiene la consideración de actividad complementaria que no implica ejecución simultánea, como tampoco cabría iniciar ese expediente cuando se añada un programa, se incorpore personal nuevo o se renueve una concesión, pues eso no son manifestaciones de una nueva competencia, sino ejercicio de la anterior<sup>168</sup>.

Como se ha indicado, las CC.AA. que han legislado sobre el tema, mantienen esta postura y sin perjuicio de que se analizará posteriormente con mayor detalle, se puede traer aquí la exposición de motivos de la anteriormente citada Ley Gallega 5/2014, que indica *“no pueden imponerse a las normas aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley básica, requisitos previstos en el artículo 25 que solo son de aplicación a las aprobadas en el nuevo sistema vigente tras la reforma, como los de previsión de la dotación financiera, cuando las competencias propias de las entidades locales vienen sustentadas aún por el actual sistema de financiación”*.

### **1.1.3.- Especialidades en su aplicación**

Estos criterios generales analizados, como indica la Disposición Adicional Tercera (Competencias autonómicas en materia de régimen local), tienen por excepción una serie de especialidades que deben destacarse:

- a) En las Comunidades Autónomas de régimen ordinario: Las disposiciones de la LRSAL son de aplicación, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas. Posteriormente analizaremos el significado de ello y el desarrollo legislativo que están realizando éstas.
- b) En el caso de las Comunidades Autónomas con un sistema institucional propio: Al no existir las Diputaciones provinciales, las referencias que la ley realiza a éstas, se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía a los que se atribuyen competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios y prestación de servicios públicos locales.

---

<sup>167</sup> Téngase en cuenta el Título Preliminar del Código Civil, que es de aplicación a todo el Ordenamiento jurídico español.

<sup>168</sup> JIMÉNEZ ASENJO (2014), páginas 93 y 94.



- c) Aplicación en la Comunidad Autónoma de Aragón: Se realizará teniendo en cuenta el régimen especial de organización institucional previsto en su Estatuto de Autonomía en materia de régimen local, en virtud del cual, la Comunidad Autónoma aplicará las competencias previstas en esta Ley en los distintos niveles de la administración con sujeción a la Constitución, al contenido básico de esta Ley y a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas.

## **1.2.- PLANTEAMIENTO DE LAS NORMATIVAS DE DESARROLLO DE LAS CC.AA.**

Como se ha visto en el Capítulo IV, las Comunidades Autónomas han publicado diversas disposiciones normativas de todo rango, especialmente con el objeto de aclarar y desarrollar los distintos aspectos competenciales que emanan de la LRSAL.

Esta normativa es la siguiente, que reiteramos:

- País Vasco: Circular de 11 de marzo de 2014.
- Castilla y León: Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos, derivado de la entrada en vigor de la LRSAL.
- Andalucía: Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL.
- Galicia: Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL.
- La Rioja: Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Cataluña: Decreto-ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establece medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la LRSAL y el Decreto 208/2015, de 22 de septiembre, del procedimiento para obtener los informes previstos en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL.
- Comunidad Valenciana: Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL.
- Comunidad de Murcia: Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la LRSAL.

- Asturias: Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Comunidad de Madrid: Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la LRSAL.
- Baleares: Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Illes Balears de la LRSAL.
- Canarias: Ley 7/2015, de primero de abril, de los municipios de Canarias.

Analizaremos de las mismas el modelo de competencias y la retroactividad o no en relación con las competencias propias que han perdido este carácter tras la LRSAL.

### **1.2.1.- Modelo de competencias**

En primer lugar, y en contra de lo que ha manifestado la postura oficialista, se pronuncian en el sentido de ampliar las competencias de los ayuntamientos, al considerar que con la Doctrina emanada del Tribunal Constitucional, el art. 25 no articula un modelo cerrado de competencias, sino que determina las competencias mínimas de municipios españoles para garantizar la autonomía municipal, mínimo que puede ser desarrollado por la normativa de régimen local o sectorial de las CC.AA.

Es muy clarificadora la Exposición de Motivos del Decreto Andaluz, al indicar que:

*“Para la aplicación de esta norma se parte de considerar competencias propias municipales las contenidas en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y la legislación derivada del mismo: Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y legislación sectorial, ya que esta Comunidad Autónoma, con competencias exclusivas sobre régimen local, viene a concretar las competencias propias municipales en el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía, considerándolas un núcleo competencial mínimo, conteniendo una cláusula residual «in fine» (letra ñ) que habilita para establecer otras con este carácter en norma con rango de Ley”.*

En este sentido, la disposición adicional tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, reconoce esta competencia autonómica al disponer que: *“Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas”.*

En concordancia con lo anterior y con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en la Sentencia número 214/1989, de 21 de diciembre, de que la función encomendada a la legislación básica es garantizar las mínimas competencias que dotan de contenido la efectividad y garantía de la autonomía local, el artículo 2.1 de la LBRL, también modificado

por el artículo primero, uno de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, impone al legislador sectorial, sea autonómico o estatal, a tomar en consideración a municipios y provincias en la regulación de las distintas materias, atribuyéndoles las competencias que procedan. De ahí que no puede interpretarse que la reforma local llevada a cabo ha invertido este modelo, de modo que las leyes autonómicas que atribuyeron competencias a las entidades locales no han perdido vigencia como consecuencia de la aprobación de la norma estatal, sino que dichas competencias deben seguir siendo ejercidas por éstas en los términos previstos por las normas de atribución.

O como señala la Ley Gallega 5/2014: *“en definitiva, como el modelo originario de la LBRL, la ley básica no articula un modelo cerrado de atribución de competencias locales”*. (Exposición de Motivos)

Muy clara es también la Circular Vasca cuando indica que *“Las competencias propias de los municipios solo podrán ser determinadas por Ley, y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad. Será, por lo tanto, la legislación sectorial del Estado o de la Comunidad Autónoma, «según la distribución constitucional de competencias vigente» (artículo 2, LBRL), la que atribuya competencias propias a los municipios. En la Comunidad Autónoma de Euskadi, dicha atribución también podrá ser realizada en las materias de su competencia por los órganos forales de los Territorios Históricos.*

.../...

*En este sentido, se considera que la normativa básica de régimen local no puede desconocer o menoscabar las competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma de Euskadi en las materias relacionadas con los diferentes sectores de actuación pública; competencias que emanan directamente de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. En consecuencia, dicha normativa estatal no puede impedir que, en las materias sectoriales de su titularidad, la Comunidad Autónoma de Euskadi atribuya competencias a los municipios situados en su ámbito territorial. Además de ser más respetuosa con las competencias autonómicas, esta interpretación viene refrendada, en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por la disposición adicional octava, apartado 1, párrafo segundo del TRLHL, cuando establece que «Las instituciones vascas podrán, en sus respectivos ámbitos competenciales, atribuir competencias como propias a los municipios de sus respectivos territorios, con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local»”.*

El mantenimiento de este criterio de “*numerus apertus*” plantea una cuestión adicional pero íntimamente ligada con ella que analizamos. Como se ha visto, la LRSAL deroga el artículo 28 de la LBRL, que permitía a los municipios actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas, pero en la actualidad hay Comunidades Autónomas que tienen en su normativa de régimen local una cláusula genérica de competencias. ¿Qué sucede con ellas? ¿Quedarían vigentes? Lorenzo Mellado indica en su estudio de la nueva Ley: *“Parece evidente que la derogación del artículo 28 no puede afectar a cláusulas similares de la normativa autonómica sobre régimen local. Pero*

*también que si ello es así, lo es al menos sobre el presupuesto indiscutible de la indisponibilidad del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través de una Ley ordinaria de modificación - parcial- de las de bases estatales de la organización local*<sup>169</sup>.

Tienen entre otras esta cláusula general de competencia la Ley 5/2010, de autonomía Local de Andalucía, que en su artículo 8 indica: *“Sin perjuicio de las competencias enunciadas en el artículo siguiente, los municipios andaluces tienen competencia para ejercer su iniciativa en la ordenación y ejecución de cualesquiera actividades y servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad municipal, siempre que no estén atribuidas a otros niveles de gobierno”*.

### **1.2.2.- Efectos sobre las competencias propias actuales que dejan de serlo**

La normativa de las CC.AA., en segundo lugar, deja claro que no puede darse a la Ley un pretendido efecto retroactivo en el sentido de que para poder continuar ejerciendo competencias que ya no define la LRSAL como propias, deba realizarse cualquier tipo de actuación especial. En cuanto a esto, las distintas normas de las CC.AA. son claras.

La última ley citada, la gallega, indica claramente que: *“Es evidente también que no puede imponerse a las normas aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley básica, requisitos previstos en el artículo 25 que solo son de aplicación a las aprobadas en el nuevo sistema vigente tras la reforma, como los de previsión de la dotación financiera, cuando las competencias propias de las entidades locales vienen sustentadas aún por el actual sistema de financiación”*.

En esta misma línea, el artículo 1.º del Decreto-ley andaluz (7/2014) deja perfectamente claro que: *“Las competencias atribuidas a las entidades locales de Andalucía por las leyes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-ley”*.

Igualmente la Exposición de motivos de la Ley Riojana que indica que: *“Por esta razón la ley recoge y da continuidad al ejercicio de competencias atribuidas a las entidades locales antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. Determina los órganos encargados de emitir los informes vinculados al ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación por las entidades locales”*.

---

<sup>169</sup> MELLADO RUIZ (2014), nota al pie de la página 150.

O la clara conclusión de la Circular valenciana: *“Podemos concluir, por tanto, que los municipios de la Comunidad Valenciana que venían ejerciendo como propias a la entrada en vigor de la LRSAL competencias atribuidas tanto por el artículo 33 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, como por la legislación sectorial autonómica en vigor continuarán haciéndolo, con independencia de que se refieran o no a materias incluidas en el listado del artículo 25.2”.*

### **1.3.- COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS**

#### **1.3.1.- Tipología de competencias de los municipios**

Para al estudio de las distintas competencias de los municipios vamos a seguir el criterio amplio expuesto y considerar que el art. 25 de la LBRL no articula un modelo cerrado de competencias (“*numerus apertus*”), sino que determina las competencias mínimas de municipios, no solo porque lo consideramos más adecuado constitucionalmente, sino también en base al principio de legalidad. En la mayor parte de las CC.AA., como hemos visto, se sigue este criterio y así se especifica claramente en su normativa, por lo que estas disposiciones son vigentes y aplicables mientras no sean declaradas inconstitucionales por el recurso, que en su caso, pudiera formular el Gobierno de España, por considerar que invaden competencias estatales. Solamente aquellas comunidades que no han legislado al efecto podrían plantearse, en su caso, el criterio restrictivo de las competencias o “*numerus clausus*” del artículo 25 de la LBRL.

Consecuentemente y en función de lo establecido en la LRSAL y de lo contemplado en la normativa de desarrollo de las CC.AA., haremos un análisis no exhaustivo de las competencias propias, delegadas y distintas de unas u otras de los municipios.

##### **1.3.1.1.- Competencias Propias**

Con ese amplio concepto que ya se ha visto dentro de las competencias propias, se distingue entre las competencias que pueden asumir con carácter general o mínimas por todos los municipios, establecidas en el artículo 25.2, aquellas que se consideran propias igualmente por ser establecidas por la normativa sectorial del estado o la Comunidad Autónoma, y aquellas que deben ser prestadas obligatoriamente por los municipios, fijadas en el artículo 26, que son distintas en función del tamaño del municipio.

Sintetizando lo indicado seguiremos la siguiente clasificación:

- a) Competencias mínimas o generales establecidas en el la relación del artículo 25.2 de la LBRL.
- b) Competencias propias fijadas por leyes Sectoriales del Estado y la Legislación propia de las CC.AA.
- c) Obligatorias (art. 26).

## **a) Competencias mínimas o generales**

Con carácter general, el reiterado artículo 25 de la LBRL permite al municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, ello en los términos previstos en el propio artículo y en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Las materias que se contemplan en el párrafo 2.º son las siguientes:

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.
- g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.
- i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.
- j) Protección de la salubridad pública.
- k) Cementerios y actividades funerarias.
- l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.
- m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.
- n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.
- ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

El MINHAP, en su nota de 7 de marzo de 2014, en lo que denomina “clarificación de competencias” en relación al régimen de las competencias propias del citado art. 25 de la LBRL, destaca los siguientes cambios con respecto a la redacción originaria de 1985:

- La seguridad de lugares públicos se limita a la competencia del municipio sobre la policía local.
- La promoción y gestión de viviendas se limita a las de protección pública y con criterios de sostenibilidad financiera.
- La competencia sobre el patrimonio histórico-artístico se circunscribe a protección y gestión del patrimonio histórico.
- La protección del medio ambiente se acota al medio ambiente urbano y en particular: a los parques y jardines públicos, la gestión de los residuos sólidos urbanos y la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- La prestación de los servicios sociales, de promoción y de reinserción social se limita a la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- El transporte público de viajeros se limita al transporte colectivo urbano.
- La competencia en turismo se circunscribe a la información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.
- En materia de educación únicamente se recoge la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperación con las Administraciones educativas en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, primaria o educación especial.
- Por otra parte, no se recogen entre estas materias como competencias propias de los municipios: los mataderos, la defensa de usuarios y consumidores y la participación en la gestión de la atención primaria de la salud.

#### **b) Competencias propias fijadas por leyes Sectoriales del Estado y la Legislación propia de las CC.AA.**

De igual manera que para el primer grupo de competencias, el Ministerio en su nota analiza distintos aspectos relacionados en base a los preceptos contenidos en el artículo 25, en concreto:

1. El apartado 3, que hay que conectarlo con el art. 7.2, establece el principio de reserva formal de ley para la atribución de competencias propias e impone un mandato al legislador sectorial, estatal o autonómico, en cuanto que debe evaluar, en relación con la concreta competencia que atribuya al municipio, la conveniencia de la implantación

de servicios locales atendiendo a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

2. El apartado 4 establece un mandato adicional para los legisladores estatal y autonómicos en el sentido de que las leyes sectoriales que determinan las competencias propias municipales deben ir acompañadas de una memoria económica, con la finalidad de reflejar el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas, así como el cumplimiento del principio de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o actividad de que se trate. Además, se establece la garantía de que tales leyes han de prever la dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de los municipios, pero con una limitación, a saber, que en ningún caso pueda conllevar un mayor gasto de las Administraciones Públicas. En el caso de proyectos de leyes estatales se exige que se acompañen de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios señalados.
3. En el apartado 5 se establece que dichas leyes sectoriales habrán de garantizar que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración, a efectos de evitar duplicidades.

### **c) Competencias obligatorias**

El artículo 26 impone a los municipios (*“deberán prestar en todo caso”*) la prestación de los servicios siguientes:

- a) En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.
- b) En los municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.
- c) En los municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
- d) En los municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

### **1.3.1.2.- Competencias Delegadas**

El artículo 27 de la LBRL prevé que el Estado y las Comunidades Autónomas, así como otras Entidades Locales, puedan delegar competencias en los Municipios. Esta posibilidad de delegación se condiciona:

- Al principio de eficiencia, con el objetivo de eliminar duplicidades administrativas.



- Al cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- La delegación no puede suponer un incremento de gasto para las Administraciones Públicas.
- La delegación debe acompañarse necesariamente de la correspondiente dotación económica adecuada y suficiente, siendo nula en defecto de dotación.
- Emisión del informe correspondiente por la Administración Competente.

Estas competencias permiten a los municipios prestar una serie de servicios en materias que, si bien no eran de su competencia originariamente, de acuerdo con el artículo 27 de la LBRL, le son delegadas por el Estado, Comunidades Autónomas u otras Entidades Locales como las Diputaciones.

Estas competencias son amplias; en el artículo 27 se establece una enumeración no exhaustiva (*“entre otras”*, indica el precepto) de aquellas materias en las que el Estado y las Comunidades Autónomas pueden delegar en los ayuntamientos y son las siguientes:

- a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental.
- b) Protección del medio natural.
- c) Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.
- d) Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la Comunidad Autónoma.
- e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.
- f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes.
- g) Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.<sup>a</sup> de la Constitución Española.
- h) Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.
- i) Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales.
- j) Promoción y gestión turística.
- k) Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos.
- l) Liquidación y recaudación de tributos propios de la Comunidad Autónoma o del Estado.
- m) Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la Comunidad Autónoma o de la Administración del Estado.

- n) Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa.
- o) Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Logrado todo ello, además, es necesaria la concurrencia de otros dos requisitos, uno jurídico y otro económico:

- Jurídico: La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el municipio interesado.
- Económico: La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. Para garantizar ello, el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que ésta tenga con aquélla.

Por otro lado, la enumeración del artículo 27 no es exhaustiva, al emplear la expresión “entre otras” antes de proceder a la relación de las competencias delegables, por lo que podría perfectamente incluirse la Vivienda. En este sentido es muy clara la Circular valenciana cuando indica que: *“Debe resaltarse que según la redacción del apartado tercero del artículo 27, y en concreto de la expresión «entre otras», la relación de materias objeto de delegación por el Estado y la comunidad autónoma en los municipios ostenta un carácter meramente indicativo y ampliable por tanto por la administración delegante”*.

### **1.3.1.3.- Competencias Distintas de las propias o delegadas (Impropias)**

Como ya se ha indicado, la LRSAL elimina las “Actividades complementarias” que recogía la LBRL al suprimir el artículo 28, que permitía a los municipios “realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”.

No obstante ello, la nueva Ley prevé que, con carácter excepcional, podrán las entidades locales “ejercer competencias no previstas en la Ley” (art. 7.4). Pero para ello se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Las competencias propias de los municipios estén suficientemente garantizadas.
- No se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal y se cumplan los requerimientos establecidos por la legislación de estabilidad presupuestaria.
- No duplicidades o ejecución simultánea con otra administración.

Siendo necesario, además, el informe correspondiente por la Administración Competente.

En algunos textos se ha denominado “competencias Impropias”, pero la realidad es que hasta la reforma eran totalmente propias por la cláusula general o residual de competencias que determinaba el, hoy suprimido, artículo 28 de la LBRL, ya que permitía a los municipios *“realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”*.

El Decreto-ley catalán establece de forma pormenorizada los requisitos para que los entes locales puedan asumir competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación para promover actividades y prestar servicios. Estos requisitos son los siguientes, determinados en el art. 4.2:

- a) cuando la actividad o servicio contribuya a satisfacer una necesidad de los vecinos;
- b) cuando la actividad o servicio no esté atribuida expresamente por ley a otra Administración pública;
- c) cuando no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público o duplicidad con otra Administración pública;
- d) cuando el ente local disponga de suficiencia financiera para promover la actividad o prestar el servicio, y
- e) cuando el ente local tenga garantizada la prestación de los servicios mínimos obligatorios que por ley le corresponde.

### **1.3.2.- Ejercicio de competencias anteriores a la LRSAL por los municipios**

Como se ha indicado, la normativa de las CC.AA. establece el principio de no retroactividad de la LRSAL. En este sentido, el ejercicio responde al siguiente esquema:

- Propias. Se siguen prestando las actuales y en las mismas condiciones.
- Distintas de las propias y delegadas.
  - Actuales. Se seguirán prestando las No riesgo; sostenibilidad.
  - Nuevas. Informes LRSAL.
- Especialidad en las competencias de educación, servicios sociales y sanidad.

Las analizaremos.

### **1.3.2.1.- Competencias propias**

Se mantiene la competencia, bien atribuida por la LBRL o por la normativa autonómica de Régimen local o sectorial, siendo ejercida en las mismas condiciones actuales.

A modo de ejemplo, el Decreto-ley Andaluz, en su art. 1 indica claramente que: *“Las competencias atribuidas a las entidades locales de Andalucía por las leyes anteriores a la entrada en vigor de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad...”*.

O el artículo 1 del Decreto-ley 1/2014 de Castilla y León, que determina que: *“Las competencias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla y León por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-ley”*.

En esta misma línea, el Decreto-ley catalán, con un concepto más amplio en cuanto a la legislación que determina las competencias propias, indica en su artículo 2 que: *“Son competencias propias de los entes locales de Cataluña las atribuidas como tales por las leyes estatales y catalanas. Estas competencias se ejercen por el ente local en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad”*.

### **1.3.2.2.- Competencias distintas de las propias y atribuidas por delegación**

Aquí las legislaciones son menos uniformes, pero podríamos extraer las siguientes líneas generales. Tanto las competencias delegadas como las distintas de las propias deben ser objeto de examen, pero solo aquellas que se ejerzan de nuevo con posterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL serán objeto de informe.

#### **1.3.2.2.1.- Nuevas competencias, ejercidas con posterioridad a la LRSAL**

En este caso se requiere la emisión del informe sobre duplicidad y sostenibilidad financiera. El RD andaluz es claro en su artículo 2. Los informes previstos en el apartado anterior deberán solicitarse por la entidad local con carácter previo al inicio del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, así como en los supuestos de modificación sustancial de las actividades o servicios que se vengán llevando a cabo o prestando, enmarcados en el ejercicio de dichas competencias, que pudiesen provocar la existencia de duplicidades en su prestación o afectar a la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local (Párrafo 2.º).

La Legislación de Castilla y León clarifica qué órgano remitirá dicho informe al indicar que cuando la Comunidad Autónoma deba emitir los informes de inexistencia de duplicidades y de riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal a que se refiere el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, para que las Entidades Locales de Castilla y León, puedan ejercer competencias distintas de las atribuidas por la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma y de las delegadas; se procederá conforme a lo siguiente:

- El informe de inexistencia de duplicidades será emitido por la Consejería competente en materia de Administración Local, con consulta previa a la Consejería competente por razón de la materia.
- El informe sobre el riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal será emitido por parte de la Consejería competente en materia de Hacienda.

En esta misma línea la Circular valenciana, que indica que cuando se trate de competencias asumidas a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, la entidad local podrá ejercerlas una vez acreditado que no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurre en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración Pública.

Pero debe tenerse en cuenta que el concepto de nueva competencia se encuentra referido a las que sean realmente competencias ejercidas “ex novo”. En este sentido, el artículo 3 de la Ley gallega 5/2014 clarifica lo que se entiende por nuevas y lo que no, en concreto:

- a) **Nuevas competencias:** Los procedimientos que se inicien para el establecimiento de servicios de nueva planta, de conformidad con el artículo 297.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, así como la modificación de los servicios ya establecidos para la realización de nuevas actividades prestacionales, cuando no constituyan desarrollo, ejecución o no tiendan a la consecución de los fines de las competencias atribuidas como propias o de las competencias que se ejerzan por delegación. Asimismo, se entenderá como ejercicio de nuevas competencias el ejercicio de la actividad de fomento por las entidades locales mediante el establecimiento de subvenciones cuando no constituyan desarrollo, ejecución o no tiendan a la consecución de los fines de las competencias atribuidas como propias o de las competencias que se ejerzan por delegación.
- b) **Competencias anteriores:** No se entiende como ejercicio de nuevas competencias:
  - La continuidad en la prestación de los servicios ya establecidos.
  - La continuidad de la actividad de fomento ya establecida en ejercicios anteriores, así como la realización de nuevas actuaciones de fomento que habían sido ya establecidas en los proyectos de

establecimiento de servicios objeto de los informes de inexistencia de duplicidades y sostenibilidad financiera previstos en esta ley.

- La modificación de la reglamentación de los servicios, de sus modalidades de prestación o de la situación, deberes y derechos de las personas usuarias con arreglo al artículo 297 de la Ley 5/1997, cuando no conllevara la realización de nuevas actividades prestacionales por los servicios ya establecidos o, aunque las conllevara, no supusieran una modificación sustancial de las condiciones de prestación del servicio, de la realización de la actividad o de su financiación, de acuerdo con lo establecido en esta ley, o bien su ejercicio no supusiera la asunción de nuevas obligaciones financieras para la entidad local, de acuerdo con la memoria económica justificativa que deberá incluirse en el expediente.
- La concurrencia a convocatorias de subvenciones o ayudas, así como la formalización de convenios de colaboración de concesión de subvenciones, para que las entidades locales realicen con carácter coyuntural actividades de información, de asesoramiento, de orientación, de mejora de la empleabilidad y formativas, y otras actividades que no supongan la creación de nuevos servicios municipales, de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 5/1997. Tampoco se entenderá como ejercicio de nuevas competencias la realización de las actividades citadas una vez obtenida la subvención.
- Las obras, servicios, ayudas, adquisiciones o suministros de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la seguridad pública.
- La colaboración entre administraciones entendida como el trabajo en común para la solución de aquellos problemas, también comunes, que pudieran formularse más allá del concreto reparto competencial en los distintos sectores de la acción pública, de acuerdo con el artículo 193.2 de la Ley 5/1997.
- El auxilio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193.4 de la Ley 5/1997.
- Los premios que se otorguen sin solicitud previa del beneficiario.

#### **1.3.2.2.2.- Competencias ejercidas con anterioridad a la LRSAL**

En estos casos, de acuerdo con las distintas normativas, no será necesaria la emisión del informe y se seguirá prestando los servicios o desarrollando las actividades como se ha venido haciendo hasta la entrada en vigor de la LRSAL.

La norma andaluza indica que no será necesaria la solicitud de los informes mencionados, en el supuesto de que se vinieran ejerciendo dichas competencias con anterioridad a la entrada en vigor de la citada LRSAL, en virtud del artículo 8 de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía, y del

artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, antes de su supresión por la LRSAL, en cuyo caso se podrán seguir prestando los servicios o desarrollando las actividades que se llevaban a cabo, siempre que, previa valoración de la propia entidad local, no incurran en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público y cuenten con financiación a tal efecto (Art. 2, párrafo 3.º).

De igual manera se pronuncia la Circular valenciana al prescribir que las competencias distintas a las propias y a las delegadas respecto al resto de materias, no incluidas en el artículo 25 de la LBRL, que no les resulte de aplicación la legislación autonómica de régimen local o sectorial en vigor, ni estén incluidas en el régimen transitorio anteriormente citado, continuarán desempeñándose siempre que vinieran siendo ejercidas por el municipio a la entrada en vigor de la LRSAL, según se desprende del propio artículo 7.4 in fine.

Con bastante detalle, el Decreto-ley catalán establece estos criterios de irretroactividad y mantenimiento de la situación actual en sus Disposiciones Adicionales, en concreto:

- a) Competencias Propias (D.A. I): *Seguirán ejerciendo las competencias propias atribuidas por el Estatuto de autonomía de Cataluña y por la legislación sectorial de Cataluña y el ámbito de estas competencias pueden mantener la prestación de los servicios públicos y el desarrollo de las actividades.*
- b) Competencias Delegadas (D.A. II): *Seguirán ejerciendo las competencias delegadas por la Administración de la Generalidad que tenían atribuidas a la entrada en vigor de la LRSAL, en los términos fijados en la delegación.*
- c) Competencias Distintas (D.A. III): *Los entes locales pueden seguir prestando los servicios públicos o desarrollando las actividades que venían ejerciendo, como competencia distinta de las propias y de las atribuidas por delegación, siempre que, previa valoración de los entes locales, no se incurra en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público, que cuenten con suficiente financiación y que quede garantizada la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda del ente local. En este supuesto, no será necesaria la solicitud de los informes mencionados en el artículo 6 del Decreto-ley.*

### **1.3.2.3.- Especialidad en las competencias de educación, servicios sociales y sanidad**

Las competencias en materia de educación, servicios sociales y sanidad de los ayuntamientos se han visto igualmente modificadas con la LRSAL, pues ha dejado de ser competencia propia de los ayuntamientos, quedando solo actividades muy residuales en la materia, pero con la especialidad de que hasta que no se produzca la asunción por las CC.AA. de estas competencias específicas, las mantienen los ayuntamientos de forma transitoria, la salud por 5 años, los servicios sociales por 2 años (hasta el 31 de diciembre de 2015) y la educación sin una fecha concreta.

Ante ello, las normativas de desarrollo de las CC.AA. establecen los criterios de adaptación y transitoriedad. Así, la Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local de la Comunidad Valenciana indica que: *“En cuanto a aquellas materias para las que el legislador estatal ha previsto un régimen transitorio como es el caso de educación, sanidad, inspección sanitaria y servicios sociales, no se observa obstáculo alguno para que los ayuntamientos continúen desempeñando las mismas en tanto no se produzca la asunción de la competencia por la comunidad autónoma en los términos de la disposición adicional decimoquinta, y las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la LRSAL”.*

La Ley de la Rioja se manifiesta así, en su artículo 4.1: *“Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja”.*

En idéntico sentido se manifiestan el resto de CC.AA. analizadas.

A finales de 2015, ante el vencimiento del plazo para la asunción de competencias de los servicios sociales por las CC.AA., ya ha habido comunidades autónomas que han dictado normativa aplazado dicha entrada en vigor, como la Valenciana. Incluso el propio MINHAP en reciente oficio remitido a los ayuntamientos (2 de noviembre de 2015) indica que “en tanto no sean aprobadas las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y local, las competencias a que se refieren las citadas disposiciones transitorias primera y segunda y adicional decimoquinta deberán continuar siendo prestadas por los Ayuntamientos”.

Vencido el plazo, a comienzos de 2016, distintas CC.AA. han modificado su normativa para mantener su competencia en materia de servicios sociales. A modo de ejemplo se puede citar la Ley 20/2015, de 16 de diciembre de la Región de Murcia que en su artículo 1º Artículo único que modifica la Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la ley 27/2013, LRSAL. En concreto en su artículo único, establece lo siguiente:

- a) Modifica el apartado 1 del artículo 6 queda redactado con el siguiente texto: «Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud y en materia de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, a las que se refieren las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, respectivamente, continuarán siendo ejercidas por los municipios, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales.»



- b) Añade un apartado 2 al artículo 6, con el siguiente texto: «A los efectos de lo previsto en el apartado anterior y en tanto que no sean aprobadas las normas reguladoras del sistema de financiación de las comunidades autónomas y de las haciendas locales, la cobertura financiera necesaria para la gestión de los correspondientes servicios no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas implicadas.»
- c) La disposición transitoria única pasa a ser disposición transitoria primera con el siguiente texto: «Conforme a la disposición transitoria segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, las mancomunidades de servicios sociales podrán continuar prestando los servicios sociales y de promoción y reinserción social en la forma en que venían haciéndolo con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales.»
- d) Añade una disposición transitoria segunda con el siguiente texto: «Para ayudar a los municipios en la prestación de servicios en materia de gestión de atención primaria de salud y en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social, en tanto en cuanto las competencias reguladas en la presente ley no sean asumidas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales se procederá a articular los mecanismos de colaboración económica con las entidades locales que permitan viabilizar la presente ley.»

## **1.4.- COMPETENCIAS POR LAS DIPUTACIONES**

Se hará un pequeño estudio de la materia que es de menor interés para la finalidad del estudio que se refiere a sociedades municipales.

### **1.4.1.- Competencias Propias**

El artículo 36 indica que son competencias propias de la Diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes:

- a) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31.
- b) La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. En todo caso garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.

- c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación.
- d) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito.
- e) El ejercicio de funciones de coordinación en los casos previstos en el artículo 116 bis.
- f) Asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en período voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.
- g) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.
- h) El seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia. Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes.
- i) La coordinación mediante convenio, con la Comunidad Autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5.000 habitantes.

#### **1.4.2.- Competencias de coordinación y sustitución Ayuntamientos**

El artículo 26.2 determina que en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

- a) Recogida y tratamiento de residuos.
- b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- c) Limpieza viaria.
- d) Acceso a los núcleos de población.
- e) Pavimentación de vías urbanas.
- f) Alumbrado público.

Por excepción esto no se producirá cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o

entidad equivalente; el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios. La razón de ello es que se supone que por un criterio de escala de mercado es más barata la contratación y gestión de varios municipios que de uno solo, por lo que la gestión de las Diputaciones será más eficiente que la de los propios ayuntamientos. En caso de acreditarse lo contrario, esta asunción de servicio pierde todo su fundamento.

El problema es que quien tiene la capacidad de decisión es la propia Diputación, pues la norma la condiciona a que este coste efectivo menor, sea ésta quien lo considere acreditado.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios, repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

## **2.- DISEÑO Y CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

### **2.1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

La utilización de la sociedad mercantil en general, y urbanística en particular, reporta ventajas y beneficios a la administración local que la utiliza; no obstante ello, estos beneficios no siempre se producen en igual medida.

En la normativa de la Unión Europea es capital, como se ha visto, la distinción entre sociedades de mercado y las que no operan como si de una sociedad privada se tratase. La distinción no es baladí; las primeras, las “sociedades de mercado”, son independientes de sus administraciones titulares a los efectos económico, financiero y fiscal, mientras que las “sociedades no de mercado”, no tienen esa independencia y son consideradas a dichos efectos como un servicio más de dicha administración.

El efecto esencial inmediato es que las sociedades locales “de mercado” no transmiten (o consolidan) su endeudamiento al Ayuntamiento, lo que les permite recurrir a la financiación necesaria para sus fines, sin que afecte a los límites fijados para los ayuntamientos. Por el contrario, las “no de mercado” en su actuación vinculan la actuación municipal, al incluirse su deuda dentro de la del ayuntamiento.

El tema es muy importante, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante Sociedades Urbanísticas que por su objeto esencial, la gestión del suelo o la promoción de edificios de viviendas o equipamientos, deben de recurrir a créditos de elevada cuantía, que sería imposible de obtener por muchas de nuestras administraciones locales de acuerdo con la normativa de estabilidad presupuestaria.

Por ello, es de capital importancia que a la hora de diseñar la sociedad se analice aquellos aspectos necesarios para que pueda obtener ventajas en todos o en parte de los siguientes aspectos:

- Eficacia: Agilidad y rapidez de respuesta a las demandas ciudadanas.
- Eficiencia: Posibilidades de generación neta de recursos para la Administración Pública de la que depende. El proyecto deberá demostrar su eficiencia en términos de mejora de la calidad y cantidad de los servicios prestados a los ciudadanos, así como en términos de obtención de ahorros económicos en la gestión de los mismos.
- Fiscalidad: Impacto sobre la tributación global de la Administración Pública. Si es posible, la agregación de las cuentas de la Administración Pública y la nueva sociedad debe ofrecer la posibilidad de obtener ventajas fiscales.
- Financiación: Impacto sobre la capacidad o necesidad de financiación de la Administración Pública de la que depende y las posibilidades de obtener recursos externos.

Sin embargo, en la práctica, la decisión sobre la elección de un modo gestor para servicios públicos e infraestructuras públicas, suele presentar una serie de características típicas que condicionan en gran medida dicha decisión y que son las siguientes:

**a) Servicios públicos:**

- No suelen presentar superávit económico (habitualmente son actividades deficitarias o equilibradas salvo excepciones).
- En muchas ocasiones la prestación material del servicio está subcontratada total o parcialmente a empresas privadas.
- Suele existir una importante necesidad para la Administración de ofrecer mayor agilidad en la respuesta a las necesidades de los ciudadanos.

**b) Infraestructuras públicas:**

- Existen serias limitaciones de créditos para la inversión con cargo a presupuestos de gastos de la propia Administración.
- Puede presentarse grandes dificultades para la obtención de financiación privada como consecuencia de la situación financiera general de la propia Administración Pública.
- Asimismo, suele existir gran interés por agilizar los plazos de realización y puesta en funcionamiento de los servicios, infraestructuras y equipamientos.

Centrado el tema, es necesario que analicemos a los efectos de la obtención de las ventajas en todos los aspectos que anteriormente hemos analizado, que se realice un estudio en profundidad en cuanto a la configuración del objeto de la sociedad y, posteriormente, de las distintas operaciones pues se le encargan o encomiendan a la sociedad.

Esto es así pues el hecho de que inicialmente y mediante el diseño previo pueda una sociedad ser conceptuada como de mercado, eso no le garantiza que, en momento posterior, ante una inadecuada planificación en el diseño de las operaciones que a lo largo de su vida se van realizando con su administración matriz, se transforme en una sociedad “no de mercado”.

## **2.2.- CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DE LA SOCIEDAD**

Cuando la Administración local se plantea la constitución de una sociedad urbanística, debe plantearse determinadas cuestiones para conseguir los objetivos marcados:

- La eficacia de la entidad está determinada, en parte, por el régimen de contratación de los servicios externos y de personal.
- La correcta determinación del objeto social, la viabilidad económica del proyecto y la generación suficiente de recursos determinará el grado de eficiencia de la configuración final de las actividades o servicios de la nueva sociedad.

Una vez establecida la configuración de la nueva entidad, se podrá determinar su régimen fiscal así como las implicaciones en materia de financiación que se deriven para la Administración Pública según la normativa de estabilidad presupuestaria.

Las sociedades de capital exclusivo público inician su constitución con la fase interna, que se suele denominar “expediente de municipalización”, regulado en el Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, artículos 56 a 64, en el Real Decreto de 18 de abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local a través de su artículo 97 y, asimismo, en el artículo 86 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local.

Esta fase interna comienza con el Acuerdo del pleno de la corporación municipal que inicia el Procedimiento, en el que se designa al tiempo una Comisión Especial encargada de realizar la memoria. Posteriormente se determinará con precisión el proceso de constitución, si bien en este punto lo que interesa destacar es el papel de la memoria en la adecuada configuración de la futura sociedad.

Esta memoria tiene un amplio contenido: Social, en el que se determinará la situación del servicio, así como las previsibles ventajas de dicha municipalización; Jurídico, adjuntando un proyecto de Estatutos; Técnico, incluirá las bases del planteamiento técnico del servicio, y Financiero, en el que se incluye el estudio de viabilidad económica, que debe servir de base a la intervención municipal para elaborar el informe de sectorización de la sociedad.

La memoria, una vez concluida, se expondrá al público y podrá presentarse las observaciones y alegaciones y se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia. Con independencia de las distintas consideraciones sobre la obligatoriedad o

no de la misma en las sociedades urbanísticas que ya se verán, su redacción es fundamental por dos distintas razones:

Por un lado, justifica la necesidad de la prestación del servicio de este modo, frente a terceros y a la propia corporación. La elaboración de la misma y el procedimiento de aprobación similar al de cualquiera otra ordenanza municipal, como las fiscales, hace que tenga la misma fuerza reglamentaria y la adecuada justificación de su finalidad y características.

Por otro, determina el alcance de la actuación de la sociedad en base a la potestad de normativa y de autogobierno de la corporación local, al establecerse en el mismo su objeto social, los órganos de gobierno y otros aspectos necesarios para el funcionamiento de la sociedad. Conveniencia que se acrecienta tras las recientes reformas que permiten una gran libertad de organización, incluso frente a las prescripciones del Reglamento de Servicios.

Además, es muy importante que, a efectos de sectorización como sociedad que se financia con ingresos de mercado, la memoria contenga un adecuado estudio de viabilidad económica en un horizonte de cinco o más años, acreditando dicha financiación de mercado y el necesario equilibrio financiero de la actuación de la sociedad. Ello permitirá al interventor sectorizarla como sociedad de mercado.

Por ello, la realidad es que la mayor parte de las Sociedades Urbanísticas municipales se constituyen realizando el referido expediente administrativo.

En la elaboración de dicha memoria hay que considerar de forma capital los siguientes aspectos:

- a) La configuración de la propia entidad delimita las posibilidades de actuación básicas de la misma en determinados aspectos clave como los de la tributación, consolidación y endeudamiento.
- b) La configuración depende tanto del conjunto de actividades amparadas por el objeto social como de la realidad económica de la sociedad, en cuanto a las actividades realmente ejecutadas y su dimensión.
- c) En este contexto, el Plan de Viabilidad adquiere una importancia capital en el diseño de la sociedad.
- d) Aún en el caso de que la sociedad se configure como entidad de mercado y no sea calificada de órgano técnico-jurídico de la Administración matriz, para cada operación y, especialmente, aquellas que puedan tener una repercusión importante sobre el patrimonio y los resultados de la misma, debe diseñarse de forma que permita obtener los resultados perseguidos.

El primer paso en el diseño de la nueva entidad es el análisis de las diversas formas jurídicas que puede adoptar y la determinación de la más adecuada en relación con los objetivos básicos del proyecto en cuestión.

Una vez determinada la forma jurídica más apropiada, en función de las actividades y objetivos perseguidos, se debe tener en cuenta que para

conseguir ventajas en el área fiscal y financiera, la entidad debe reunir dos características básicas:

- Quedar encuadrada en el artículo 4.2 del RLEP (productor de mercado a efectos del SEC95).
- No debe ser susceptible de ser calificada como órgano técnico-jurídico de la administración a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Estos aspectos se analizarán posteriormente en el Capítulo X, relativo a los aspectos económico/patrimoniales.

### **2.3.- DISEÑO DE LAS OPERACIONES**

Cada operación debe ser analizada de manera independiente, especialmente aquellas que puedan tener una especial relevancia en el patrimonio y los resultados de la entidad o que puedan tener incidencia directa y duradera sobre la clasificación de la misma a efectos del artículo 4 del Reglamento de Estabilidad Presupuestaria.

En términos generales, las ventajas para las Administraciones Públicas de realizar ciertas operaciones a través de las sociedades públicas, se debe a:

- la agilidad de gestión de las sociedades mercantiles, entidades empresariales y organismos autónomos;
- las ventajas a la hora de obtener financiación respecto a la propia Administración de la que depende, y
- la aplicación de un régimen especial de IVA que permite, en la mayoría de los casos, la deducción de las cuotas soportadas.

Al analizar la repercusión de diferentes operaciones sobre el equilibrio financiero de la sociedad y la capacidad de financiación de la administración, se debe tener en cuenta varios principios generales, derivados de la aplicación sistemática del SEC95:

1. Determinación del papel de la administración en la operación.
2. Reflejo de la realidad económica.
3. Coherencia.

#### **a) Determinación del papel de la administración en la operación**

Antes de clasificar una operación es imprescindible determinar el papel que desempeña su administración titular. En ocasiones, esta labor puede ser muy sencilla pero, en otras, resulta mucho más compleja.

Según el papel de la administración titular, la clasificación de la operación puede variar y originar posibles ajustes en el cálculo de su capacidad de financiación.

En general, la administración pública puede actuar desempeñando varios roles:

- En calidad de propietaria de activos financieros o no financieros.
- En apoyo de la actividad económica o la política social.
- Como gestora de su presupuesto.

En las operaciones en las que la administración desempeñe más de un papel, hay que examinar cuál es el que mayor importancia reviste, para registrar con precisión la realidad económica de la operación.

### **b) Reflejo de la realidad económica**

Como se ha expuesto en el apartado anterior, uno de los principios básicos a seguir en la contabilidad nacional es el reflejo de la realidad económica más allá de la forma jurídica e incluso de la denominación de la propia operación.

Este principio es determinante en dos cuestiones clave:

- La clasificación de la empresa como productor o no de mercado.
- La realización de ajustes o reasignaciones en la contabilización de determinadas operaciones.

### **c) Coherencia**

El SEC95 subraya que la coherencia interna del sistema es una condición necesaria fundamental. En consecuencia, las operaciones entre dos unidades institucionales deben seguir las mismas normas y criterios de coherencia interna.

Existen tres formas básicas de aumentar los activos (financieros y/o no financieros) de una sociedad pública:

- Recibir una donación: transferencia de capital que tiene por efecto el cambio en la capacidad de financiación y el patrimonio neto.
- Inyectar capital: operación financiera sobre acciones y otras participaciones que no altera la capacidad de financiación.
- Suscribir un préstamo: operación financiera que no altera la capacidad de financiación ni el patrimonio neto aunque tiene un efecto directo sobre el endeudamiento.

Teniendo en cuenta estas indicaciones, los pagos realizados por la administración titular a las empresas públicas con el objetivo de incrementar sus activos, deben clasificarse en algunos de estos epígrafes atendiendo a la realidad económica de la operación con independencia de su forma jurídica. Si la realidad subyacente de la operación no coincide con la forma jurídica, se debe practicar el correspondiente ajuste (reasignación) a efectos del cálculo de la capacidad de financiación de la administración titular.

Es decir, si las inyecciones de capital o los préstamos no reúnen las condiciones necesarias para ser clasificados como tales en términos de contabilidad nacional, deberán reclasificarse como transferencias de capital,



con el consiguiente impacto sobre la capacidad de financiación de la administración titular.

Las transferencias de capital tienen varias características, según el SEC95:

- Están relacionadas con operaciones realizadas de mutuo acuerdo entre dos unidades.
- No se recibe contrapartida.
- Suponen un cambio de propiedad de activos o pasivos o adquisiciones o cesiones de activos.
- Pueden ser en efectivo o en especie. A menudo el receptor está obligado a usar el efectivo para adquirir activos, mientras que en las segundas se transfiere la propiedad de activos fijos directamente.
- Produce una variación en el patrimonio neto en ambas unidades. Las transferencias de capital son el flujo de contrapartida de variaciones de activos o pasivos en una única dirección. Esto implica que una parte se enriquece y la otra se empobrece.

### **3.- CAPACIDAD DE ACTUACIÓN/OBJETO SOCIAL**

#### **3.1.- COMPETENCIAS MUNICIPALES TRAS LA LRSAL**

El régimen de competencias ha sido uno de los aspectos que más ha variado con la LRSAL, en base a su objetivo de redimensionar la administración local y al reiterado criterio “una administración, una competencia” que ya se ha comentado y criticado anteriormente. La variación, como se ha visto, ha sido a la baja, si bien, con los criterios emanados de las normativas de las CC.AA., esta disminución competencial se ha atenuado por la aplicación de la normativa sectorial, especialmente en las materias que son objeto de las sociedades urbanísticas, esencialmente la vivienda y el urbanismo, que son competencia de estas administraciones territoriales y la han desarrollado ampliamente.

##### **3.1.1.- Competencia en materia urbanística**

Las competencias en materia de urbanismo, si tienen en cuenta la normativa sectorial de las CC.AA. que ya se ha analizado y la nueva redacción del artículo 25.2 tras la LRSAL, apenas han variado. En concreto, en relación al urbanismo estricto, el artículo 25 original, en su letra c) establecía como competencias municipales:

*“Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales”.*

El nuevo redactado, ahora en la letra a), indica lo siguiente:

*“Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la*

*vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación”.*

Lo que no difiere esencialmente, salvo lo relativo al medio ambiente que en la actualidad se limita al medio ambiente urbano. Mientras que en el redactado anterior se establecía la competencia genérica de “Protección del medio ambiente”, en concreto en la letra b) se contempla:

*“Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas”.*

Otros aspectos competenciales del nuevo artículo 25 que afectan al urbanismo y a los equipamientos dimanantes del mismo son los siguientes:

- Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- Cementerios y actividades funerarias.
- Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

En el Capítulo VI se ha hecho referencia a la normativa urbanística de las CC.AA. y a él nos remitimos en cuanto a la regulación de las competencias urbanísticas.

### **3.1.2.- Competencia en materia de vivienda**

#### **3.1.2.1.- Evolución histórica**

Desde antiguo, los ayuntamientos como administración más cercana al ciudadano han promovido viviendas sociales para sus vecinos que se encontraban en situaciones de necesidad, bien mediante la promoción para su cesión en venta por un precio asequible, bien para su arrendamiento, creando así un parque estable de viviendas en alquiler. Para ello han contado tradicionalmente con entes instrumentales que, por su mayor libertad de actuación e independencia financiera, facilitan enormemente esta labor. Surgen así los promotores públicos locales. Existen ejemplos de patronatos de viviendas desde principios del siglo XX, como el Patronato de la Vivienda de Barcelona.

Ante esta realidad social, la competencia en materia de vivienda es algo que tradicionalmente ha otorgado la legislación vigente a los ayuntamientos, como una facultad inherente a los mismos. Esta competencia era contemplada por distinta normativa, tanto de régimen local como de urbanismo, al vincular los patrimonios municipales de suelo a la promoción de vivienda sometida a algún régimen de protección pública, pero también de forma específica la legislación sustantiva de vivienda, surgiendo así las denominadas “Leyes de Vivienda” de las que se han dotado gran parte de CC.AA., competencia contemplada

igualmente en la normativa de financiación de vivienda protegida, tanto estatal como autonómica.

Consecuentemente con ello, el Municipio y, con carácter específico, sus empresas urbanísticas y/o de vivienda, han sido actores fundamentales e imprescindibles para proveer de vivienda a los ciudadanos más necesitados mediante la ejecución de los “Planes de Vivienda”, tanto estatales o autonómicos como locales.

Originariamente, la LRBRL establecía en su artículo 85.1 que: *“1.º Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”*. Por su parte, el artículo 25 que determinaba las competencias de los municipios, indica que éstos ejercerán, en todo caso, las siguientes competencias:

*“d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales”*.

De igual manera, el ya derogado artículo 28, entre las actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas que podían realizar los municipios, permitía a los Ayuntamientos el ejercicio de la específicamente relativa a *“la vivienda”*.

Ello se justificaba al considerar que el urbanismo y, una de sus consecuencias más fundamental, la vivienda, eran servicios públicos esenciales y de competencia municipal, lo que fue ratificado por reiterada jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional.

Tradicionalmente, además, no se impuso limitación alguna a la promoción de viviendas por parte de los promotores públicos, así los distintos patronatos y sociedades municipales han realizado todo tipo de viviendas. No obstante ello, en la década de los 90 se impugnó judicialmente por algunas Asociaciones de Promotores Privados el hecho de que los ayuntamientos y, especialmente, sus sociedades públicas, pudieran realizar promociones no amparadas en la protección oficial, ya que, según ellas, estarían en contradicción con el principio del libre mercado y libertad de concurrencia en igualdad de condiciones.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fue contundentemente clara al respecto en distintas sentencias:

La Sentencia de 29 de septiembre de 1992 (5.º Fundamento de Derecho) contenía la importante precisión de que *“servicios públicos locales son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa, incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales, tal como ocurre con la promoción y gestión de viviendas, finalidad cuyo carácter social no queda desvirtuado aunque no sean de Protección Oficial”*.

La Sentencia de 17 de junio de 1999; analizando las competencias de la Empresa Municipal del Ayuntamiento de Valencia AUMSA, en su Fundamento de Derecho Tercero indica que:

*“Para enfocar debidamente la cuestión sometida a la consideración de esta Sala, ha de partirse, ante todo, de cuál sea el ámbito de actuación que cabe otorgar legalmente a las sociedades urbanísticas como la que aquí es demandada, así como de la relación de las disposiciones pertinentes con la normativa –constitucional incluso- que regula el tema de la libre competencia económica.*

*El artículo 25.2.d) de la Ley de Bases, de 2 de abril de 1985, hace figurar entre los temas de neta competencia municipal, no solamente la gestión y disciplina urbanística, sino también la promoción y gestión de la vivienda como servicio público que puede contribuir a satisfacer las aspiraciones generales de la comunidad vecinal, y el artículo 88.1 de la misma norma reconoce la facultad que corresponde a los Entes Locales para ejercer la iniciativa pública en materia de actividades privadas, previa la formación del correspondiente expediente, de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución.*

*Cuando el artículo 3.º del R.D. de 2 de mayo de 1978, ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la “renovación y remodelación urbana” sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo, en este último sentido, pretender que las normas estatutarias de las sociedades urbanísticas han de circunscribir el objeto de su actividad al campo de las Viviendas de Protección Oficial, o de cualquier otro tipo de vivienda de coste reducido, carece de toda justificación”.*

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 2 de octubre de 2000, que determina el ámbito de actuación y objeto social del Instituto Valenciano de Vivienda S.A. (IVVSA), empresa pública de la Generalitat Valenciana con amplias competencias en materia de vivienda y suelo; al igual que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de la sala de lo Contencioso administrativo, de fecha 16 de julio de 2004.

En este orden de cosas se inicia la actual reforma del Régimen Local y los primeros Anteproyectos de la LRSAL, desconociendo por completo la realidad de la promoción de vivienda social y que son los municipios los actores fundamentales de la misma, pese a que ello se reiteró no solo por la FEMP sino también por la AVS<sup>170</sup>. Se eliminaba así la vivienda como competencia propia municipal, si bien se consideraba como una de las materias que podía recibir por delegación. Solamente se incluía una somera referencia a la *“Conservación y rehabilitación de la edificación”*.

El Anteproyecto de 27 de septiembre de 2012 no contemplaba la vivienda como competencia propia de los municipios y sí como competencia delegada. Así su artículo 27 establecía la posibilidad de dicha delegación al indicar en su número 2.º: *“Preferentemente y para propiciar la integración de sus*

---

<sup>170</sup> AVS es la asociación que aglutina a los distintos Promotores Públicos de Vivienda y Suelo, tanto de ámbito Local, como Autonómico y Estatal, habiendo llegado a contar con alrededor de 200 empresas públicas.

*competencias concurrentes o compartidas, las Comunidades Autónomas podrán delegar en los Municipios de más de 20.000 habitantes, de acuerdo con su normativa, entre otras, el ejercicio de las siguientes:*

- 13) *Construcción y gestión de vivienda de protección pública.*
- 14) *Rehabilitación de viviendas.*
- 15) *Gestión del alquiler de propiedades privadas”.*

Ante ello, el sector público de vivienda, encabezado por AVS, se movilizó y tras múltiples reuniones y escritos se consiguió que se incluyese como competencia propia. Así el Anteproyecto de 22 de diciembre de ese mismo año, rectificó la omisión e incluyó la competencia propia en materia de *“promoción y gestión de vivienda de protección pública”*, manteniendo igualmente las competencias de *“conservación y rehabilitación de la edificación”*.

Posteriormente, un nuevo Anteproyecto, el de 18 de febrero de 2013, volvió a modificar las competencias, y en concreto en materia de vivienda la restringía, incluyendo un nuevo criterio a la posibilidad de promover vivienda de protección pública, imponiendo la obligación de que ésta se realizase *“con criterios de sostenibilidad financiera”*, siendo la única de las competencias propias a las que específicamente se vincula esta limitación específica que revela un evidente desconocimiento de la realidad del mundo de la promoción social de vivienda, como posteriormente analizaremos.

### **3.1.2.2.- Situación actual**

Analizando los distintos preceptos de la LRSAL, podemos establecer las siguientes posibles competencias de vivienda de los municipios:

- a) Competencia propia. Por la LRBRL, debe entenderse cuando se trate de vivienda protegida y se promueva con criterios de sostenibilidad financiera.

La Nota del MINHAP de 7 de marzo de 2014, como única explicación en el apartado de clarificación de competencias que *“la promoción y gestión de viviendas se limitan a las de protección pública y con criterios de sostenibilidad financiera”*.

Pero ¿qué trascendencia tienen estas limitaciones en la competencia de vivienda para los ayuntamientos y, por ende, a sus entes y a las sociedades municipales?

Manteniendo el criterio en relación a las competencias que se ha formulado en apartados anteriores, en base a la normativa de desarrollo de las CC.AA., habrá que considerar que la circunscripción de la competencia de los ayuntamientos que realiza la LRSAL a la vivienda de *“Protección Pública con criterios de sostenibilidad financiera”* lo es en términos de mínimos competenciales.

Para determinar el exacto alcance habría que acudir a la normativa sectorial estatal y especialmente a la también sectorial y de régimen local de las CC.AA., para ver si en las mismas se atribuye competencia en materia de vivienda a los municipios y qué alcance tiene ésta.

b) Competencia delegada. La materia de vivienda podrá ser también ejercida por medio de una de las competencias delegadas que recoge la LRSAL, pues, como ya se ha visto, aun cuando la vivienda no se encuentra en la lista de competencias *delegables* por el Estado o la Comunidad Autónoma fijada en el artículo 27 de la LRBRL, esta lista no es cerrada. Podría ejercerse esta competencia siempre y cuando se cumplan los distintos requisitos exigidos en el mismo artículo 27, que son los siguientes:

- Se encuentra condicionada al principio de eficiencia, con el objetivo de eliminar duplicidades administrativas y al cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- La delegación no puede suponer un incremento de gasto para las Administraciones Públicas y debe de acompañarse necesariamente de la correspondiente dotación económica adecuada y suficiente, siendo nula en defecto de dotación.
- Por último, es necesario la emisión del informe correspondiente por la Administración Competente.

c) Competencia impropia. Únicamente podrá ejercerse con el carácter de competencia distinta de las propias o delegadas en las condiciones fijadas por el artículo 7.4 de la LRBRL en su nueva redacción. Esto es, siempre que se cumplan dos requisitos:

- Que su ejercicio no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- Que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

Siguiendo con dicho precepto, para verificar el cumplimiento de los requisitos anteriores, deberán obrar necesariamente en el expediente los siguientes informes vinculantes:

- Informe del propio ayuntamiento señalando que no se produce el supuesto de duplicidad.
- Informe de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera acerca de la sostenibilidad de la competencia.

Centrado ello, para su estudio estableceremos un doble ámbito: por un lado se analizarán los requisitos que establece el nuevo artículo 25.2.a) de la LRBRL para fijar la competencia y, posteriormente se analizarán los distintos pronunciamientos y criterios normativos de las CC.AA. en relación a la competencia

### **3.1.2.3.- La competencia de Vivienda en el nuevo Art. 25 de la LRBRL**

Con respecto a la regulación anterior, la nueva constriñe considerablemente la competencia mínima de las Corporaciones Locales en materia de vivienda por

dos vías, en cuanto al objeto y las condiciones de realización de la competencia:

- Desde el punto de vista del objeto, la competencia queda limitada únicamente a la promoción y gestión de vivienda de protección pública.
- Desde el punto de vista de las condiciones de realización, se fija que la competencia debe ejercerse *“con criterios de sostenibilidad financiera”*.

Por tanto, en la nueva regulación, la vivienda se fija como competencia propia pero queda limitada no sólo en cuanto a su objeto sino también en cuanto a la forma en que puede ejercerse, de manera que, aun cuando se trate de la promoción o gestión de viviendas con algún régimen de protección pública, debe garantizarse que se ejerce con criterios de sostenibilidad financiera para poder entenderla como competencia propia del municipio. Todo ello, claro está, de acuerdo con el alcance determinado en el anterior apartado primero.

Analizaremos detenidamente cada uno de estos dos requisitos.

## **A) Promoción y gestión de Vivienda de Protección Pública**

Dado que la norma no establece mayor precisión, debe entenderse que se refiere a cualquier vivienda que goce de algún tipo de protección pública por parte de cualquier Administración.

Es un concepto que se ha formulado acertadamente con un carácter muy abierto por el Legislador, que no se circunscribe al clásico de viviendas de protección oficial (VPO). La razón de ello es obvia: se pretende establecer un concepto que abarque todos los regímenes de viviendas que gocen de algún tipo de protección pública, tanto en el presente como en el futuro.

En la actualidad, nos encontramos con un elevado número de regímenes de viviendas protegidas. Así:

1. Las viviendas acogidas a los planes de vivienda que, con carácter generalmente cuatrienal, se establece por el Estado mediante Reales Decretos de Financiación y son desarrollados por las CC.AA. en sus Decretos de desarrollo. Decretos que no se limitan al clásico Régimen de Protección Oficial (VPO), como se ha visto.
2. Los regímenes específicos regulados en la legislación de algunas Comunidades Autónomas, en sus decretos propios de financiación y no de mero desarrollo del plan estatal de vivienda en los que determina un específico y propio plan autonómico de vivienda, como es el caso de Andalucía, Madrid o las Comunidades Autónomas de Navarra y el País Vasco, en régimen de Concierto.
3. Los propios ayuntamientos, mediante sus propios planes de vivienda u ordenanzas de vivienda protegida.

## B) Criterios de Sostenibilidad Financiera

Para entender lo que se conoce como “*ejecución de la competencia con criterios de sostenibilidad financiera*”, debe acudirse al análisis de la propia LOEPSF que regula este concepto en sus artículos 4 y 13.

De esta forma, se señala en el artículo 4 que se entiende por sostenibilidad financiera la capacidad para atender los compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial.

Por tanto, debe analizarse cuáles son los límites que establece para estas magnitudes la propia LOEPSF<sup>171</sup>, así como la normativa sobre morosidad y la normativa europea.

En relación con el déficit, el artículo 11 de la LOEPSF lo define como el déficit estructural ajustado del ciclo. Adicionalmente, señala que para su cálculo “... se aplicará la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria”. Dado que, en relación a la elaboración de las estadísticas relativas a las administraciones públicas, el artículo 20.71 del Reglamento (UE) N.º 549/2013, del parlamento europeo y del consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC2010), determina que “*La diferencia entre ingresos y gastos, equivalente al superávit/déficit, es la capacidad/necesidad de financiación*”, cabe concluir que el límite fijado para el déficit será la ausencia de necesidad de financiación.

En cuanto al límite de la deuda pública, deben considerarse los establecidos en los artículos 51 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) por lo que se refiere a las operaciones de endeudamiento a corto plazo, y 53 del mismo texto normativo en cuanto a las operaciones de endeudamiento en general, para la aplicación del régimen de autorización para formalizar operaciones cuando lo sean a largo plazo. En consecuencia:

- Las operaciones a corto plazo no deberán superar el 30 por ciento de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio inmediato anterior.
- El volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito a corto y largo plazo vigentes no deberán superar el 110 por ciento de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio inmediato anterior.

Por lo que se refiere al período medio de pago a proveedores, y a falta de mejor regulación a fecha del presente documento, debe tenerse en cuenta los criterios emitidos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) para su cálculo:

- Se utilizarán los ratios período medio de pago y período medio del pendiente de pago.

---

<sup>171</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.



- Se entenderá por número de días de pago los días transcurridos desde la fecha de inicio de la obligación de pago, de acuerdo con lo previsto en los artículos 216.4, 222 y 235 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) o en el artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, según corresponda (con carácter general, en un plazo de 30 días desde la fecha del reconocimiento de la obligación, que, a su vez, deberá haberse producido en un plazo máximo de 30 días desde la recepción de la factura o solicitud de pago equivalente), y la fecha de pago material.
- Se entenderá por número de días pendientes de pago los días transcurridos desde la fecha de inicio de la obligación de pago, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP o la ley 3/2004 según corresponda, hasta el día 31 de diciembre del ejercicio anterior.
- Para el cálculo de un indicador único por entidad local, los anteriores ratios se deberán ponderar por los importes correspondientes a pagos realizados o a pagos pendientes, del siguiente modo:

$$\frac{(\text{ratio medio de pago x pagos realizados}) + (\text{ratio medio pendiente de pago x pagos pendientes})}{\text{(Pagos realizados + pagos pendientes)}}$$

- El período medio de pago se calculará teniendo en cuenta las operaciones comerciales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Quedan excluidas de las operaciones las obligaciones de pago contraídas entre entidades que tengan la consideración de Administraciones Públicas en el ámbito de la contabilidad nacional y las operaciones financiadas mediante el mecanismo de pagos a proveedores.

Con respecto a lo anterior, el propio MINHAP, en la nota mencionada, informa de que, en su momento, se dará conocimiento a las entidades locales del proyecto normativo por el que se regule el período medio de pago en cumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, una vez se considere definitivo.

Asimismo, y para el exclusivo caso de la aplicación de la DT 10.<sup>a</sup> de la LRSAL, el MINHAP determina que el cálculo del período medio de pago PMP quedará circunscrito exclusivamente a la Administración General de la entidad local (o entidad local principal), sin considerar las entidades dependientes o vinculadas, aun cuando estén clasificadas en el sector de administraciones públicas.

En relación con las principales actuaciones desarrolladas por las empresas municipales de gestión de vivienda y suelo, cabe esperar lo siguiente:

- Gestión de vivienda. Se trata de una actividad generadora de ingresos y gastos. En la medida en que dicha actividad se gestione con superávit o equilibrio presupuestario, no debería plantear mayores problemas para ejercerla. Asimismo, deberá tenerse en cuenta no sobrepasar los límites del PMP. En caso de que resulte deficitaria, podría seguir desarrollándose siempre y cuando la Corporación Local cuente con capacidad de financiación suficiente para absorber la necesidad de financiación generada por la actividad.
- Rehabilitación y promoción de vivienda. Se trata de actividades fundamentalmente inversoras, que suelen requerir grandes dosis de financiación. Podrán seguir realizándose con normalidad siempre y cuando, bien puedan ser financiadas con recursos propios bien la financiación ajena que se tome no lleve a la Corporación Local en términos consolidados a un nivel de endeudamiento superior al 100% de los ingresos corrientes. De igual forma, deberá ejecutarse sin que suponga un incremento del PMP por encima del límite establecido. Desde el punto de vista del déficit, las actividades destinadas a la venta serán más viables que las destinadas al arrendamiento, dado que estas últimas implicarán un proceso inversor que debe tener la contrapartida suficiente en ingresos para no perjudicar la capacidad de financiación.

#### **3.1.2.4.- La competencia de Vivienda en la normativa de las CC.AA.**

Siguiendo los criterios Jurisprudenciales y especialmente lo establecido en la normativa de las distintas CC.AA. en relación a las competencias en general, y en especial a la de vivienda, hay que considerar que la normativa Estatal, la LBRL, es el mínimo competencial, como se ha indicado en apartados anteriores y que para determinar el exacto alcance hay que acudir a la normativa de las CC.AA. que la complementa y desarrolla.

En este sentido del doble ámbito competencial en base a la normativa Estatal básica y su desarrollo por la autonómica, es clara la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, que en su artículo 29 preceptúa que: *“Los municipios de Navarra tienen las competencias, potestades y prerrogativas que la legislación general reconoce a todos los del Estado. Tendrán asimismo las competencias que, en materias que corresponden a Navarra, les atribuyan las leyes de la Comunidad Foral”*.

La Comunidad de Madrid, en su Ley de Administración Local, igualmente indica que: *“Los Municipios de la Comunidad de Madrid ejercerán las competencias propias que, de conformidad con la legislación básica estatal, determinen las distintas leyes sectoriales estatales o autonómicas”*<sup>172</sup>.

La normativa autonómica puede ser variada pues los aspectos competenciales en materia de vivienda aparecen tanto en la sustantiva (legislación de régimen local), como en la normativa sectorial (legislación específica de vivienda y

<sup>172</sup> Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, artículo 8, Competencias.

urbanismo). Habrá que analizar estas disposiciones para ver si en las mismas se atribuye competencia en materia de vivienda a los municipios y qué alcance tiene ésta.

La normativa sectorial de vivienda y urbanismos igualmente considera a los ayuntamientos como competentes, por sí o mediante sus entes instrumentales, para la promoción de las viviendas como colofón del desarrollo y urbanización del suelo necesario de que son titulares, especialmente del Patrimonio Municipal de Suelo. Es la denominada promoción pública de vivienda. Elemento fundamental para dicha promoción pública son los entes instrumentales, tanto sometidos a derecho público, como a derecho privado, especialmente las sociedades públicas y, específicamente, las sociedades urbanísticas. Dichos entes reciben la denominación de promotores públicos locales.

Seguidamente se realizará un estudio de conjunto de la distinta normativa que destacará exclusivamente los aspectos de aquellas legislaciones autonómicas más significativas. Éste no pretende ser exhaustivo pues un análisis detallado sería excesivamente amplio para el objeto de esta investigación.

## A) Normativa de Régimen Local

En la normativa de régimen local con carácter general se reconoce una amplia competencia a los ayuntamientos en materia de vivienda.

De una forma genérica, reconociendo dicha competencia con el carácter de propia pero sin especificar los distintos aspectos que la integran, se establece en la normativa de Castilla y León, que en su Ley de Régimen Local les reconoce a los ayuntamientos la competencia de “*Promoción y gestión de viviendas*”<sup>173</sup>. En la misma línea, las legislaciones de Galicia<sup>174</sup>, Aragón<sup>175</sup>, Comunidad Valenciana<sup>176</sup> o Cataluña<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, artículo 20, letra f).

<sup>174</sup> Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local de Galicia. En su artículo 80.2, indica que “El municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma en las siguientes materias: d) La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines; la pavimentación de vías públicas urbanas, y la conservación de caminos y vías rurales”.

<sup>175</sup> Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, artículo 42 (Competencias de los municipios) indica que tienen competencia en: d) La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística del término municipal; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas, y la conservación de caminos rurales.

<sup>176</sup> La Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, en su artículo 33.3 (Competencias de los municipios) indica que “los municipios valencianos tienen competencias propias en las siguientes materias: d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines; desarrollo de espacios comerciales urbanos; pavimentación de vías públicas urbanas, y conservación de caminos y vías rurales, salvo las pecuarias”.

<sup>177</sup> Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, artículo 66.3. El municipio tiene competencias propias en las materias siguientes: d) La ordenación, la gestión, la ejecución y la disciplina urbanísticas; la promoción y la gestión de viviendas; los parques y los jardines; la pavimentación de vías públicas urbanas, y la conservación de caminos y vías rurales.

Con un carácter más específico, otras Comunidades establecen la competencia de vivienda con una previsión y desarrollo amplio en cuanto a su contenido. Ejemplo de ello es la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, que, en su artículo 9 (Competencias municipales), indica que los municipios andaluces en materia de *“Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda protegida”*, tienen las siguientes competencias propias:

- a) Promoción y gestión de la vivienda.
- b) Elaboración y ejecución de los planes municipales de vivienda y participación en la elaboración y gestión de los planes de vivienda y suelo de carácter autonómico.
- c) Adjudicación de las viviendas protegidas.
- d) Otorgamiento de la calificación provisional y definitiva de vivienda protegida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa autonómica.

De igual forma en Baleares, la Ley Municipal y de Régimen Local<sup>178</sup> indica en su artículo 29 que: *“Además de las competencias derivadas de la legislación básica del Estado y del ejercicio de las que puedan ser delegadas por el Estado, por la comunidad autónoma, por los consejos y por otras administraciones, esta ley garantiza a los municipios un núcleo de competencias propias que serán ejercidas por estas entidades con plena autonomía, solamente sujeta al control de constitucionalidad y legalidad”*. Especificando en su n.º 2 que: *“los municipios de las Illes Balears, en el marco de las leyes, tienen en todo caso competencias propias en las siguientes materias: i) Planificación, programación y gestión de vivienda pública y participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial”*.

Además de su carácter de competencia propia, se le conceptúa como actividad/competencia complementaria a la de otras administraciones, en concreto la citada Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local de Galicia, en sección específica (*“De las actividades complementarias de otras administraciones públicas”*), y en el artículo 86 dispone que: *“para la gestión de sus intereses y una vez que se garantice la prestación de los servicios mínimos, el municipio también podrá ejercer actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a: d) La vivienda”*.

En esta misma línea, la citada Ley de Administración Local de Aragón, en su artículo 46 regula la realización de actividades complementarias a las de otras Administraciones, indicando que: *“para la satisfacción de los intereses y necesidades de los vecinos y una vez que esté garantizada la prestación de los servicios obligatorios, el municipio también podrá realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas”*.

---

<sup>178</sup> Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, artículo 29, Competencias.

En similar sentido el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña en su artículo 71 (Actividades complementarias), como actividad complementaria de las propias de otras administraciones públicas, que los municipios también pueden ejercer para la gestión de sus intereses, contempla la vivienda.

Pero no solo se limitan a establecer las competencias de los ayuntamientos, sino que incluso determinan que estas competencias tienen un origen claro, el principio de proximidad que ya se ha comentado en base a la normativa europea. Son los ayuntamientos los que con un criterio de proximidad deben de prestar muchos de los servicios y en concreto el de vivienda.

Es clara la Ley de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, en su artículo 33.4, cuando impone que: *“Las leyes sectoriales de la Generalitat asegurarán a los municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*. En la misma línea la Ley Balear, ya indicada, determina que: *“La distribución de las responsabilidades administrativas en las materias a que se refiere el apartado anterior entre las diversas administraciones locales, tendrá en cuenta la capacidad de gestión y se regirá por las leyes aprobadas por el Parlamento de las Illes Balears, observando en todo caso el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo establecido en la Carta europea de la autonomía local, el principio de diferenciación, las características que presenta la realidad municipal y el principio de suficiencia financiera”*. También la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, en su artículo 8.4.º establece que: *“Las leyes sectoriales de la Asamblea de Madrid asegurarán a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos”*.

Se destaca igualmente el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, ya visto, que en su artículo 66.4 indica que en los ámbitos materiales a que se refiere el apartado 2, las leyes tienen que determinar las competencias de los municipios, en función, entre otros, de *“los principios de descentralización, autonomía, subsidiariedad y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*.

Por último, la reciente ley de los municipios de Canarias (7/2015), en su artículo 7 (*Máxima proximidad*) indica que: *“Como principio complementario al de garantía de la autonomía municipal, la legislación que atribuya competencias a los Ayuntamientos canarios deberá tener en cuenta la máxima proximidad a la ciudadanía que permita que sean aquellos, con preferencia a otras Administraciones Públicas canarias, los que desarrollen servicios y funciones*

*prestacionales, particularmente las que tiendan a satisfacer intereses vecinales de primer grado o esenciales para la comunidad vecinal”.*

## **B) Normativa Sectorial de vivienda y urbanismo**

La normativa sectorial amplía considerablemente estas competencias municipales, tanto la específica relativa a vivienda (*“Leyes de Vivienda”*), como la de urbanismo, fundamentalmente en relación con el preponderante papel de los ayuntamientos en relación a su función como administradores del Patrimonio Municipal de Suelo y de garantes de su destino a la promoción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social.

Con carácter previo, la normativa autonómica recuerda su exclusiva competencia en materia de vivienda; en esta línea, entre otras, la Comunidad castellano-leonesa indica en su Ley de Vivienda que: *“... directamente relacionado con la vivienda, cabe recordar que el artículo 70.1.6 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad de Castilla y León la competencia exclusiva en materia de vivienda, correspondiendo a la misma la capacidad legislativa y reglamentaria así como la función ejecutiva y la de inspección”*<sup>179</sup>.

Igualmente en la normativa sectorial en materia de vivienda, La Rioja en su Ley de Vivienda<sup>180</sup> indica que: *“Habida cuenta de que la vivienda es materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, son ellas las directamente obligadas a hacer efectivos los mandatos contenidos en el repetido precepto constitucional, al menos en el plano legislativo, es decir, en cuanto al establecimiento de una normativa general reguladora de la materia. Éste es, en sustancia, el propósito perseguido con la promulgación de la presente Ley, la primera Ley de vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja”.*

En el ejercicio de esta competencia, en su normativa específica de vivienda y suelo, las CC.AA. consideran en general a los Ayuntamientos como elementos fundamentales para la ejecución de las políticas de vivienda, en todos sus ámbitos y fases.

De este modo son competentes en las fases previas, pues los Ayuntamientos participan activamente en el diseño de la política de vivienda, mediante la elaboración de planes municipales de vivienda y los Planes Generales de Ordenación Urbana en los que reservar suelos específicos, estableciendo el porcentaje de la edificabilidad total que necesariamente debe destinarse a dichas tipologías de viviendas protegidas.

Son igualmente competentes, por sí o mediante sus entes instrumentales, para la promoción de las referidas viviendas y el desarrollo y urbanización del suelo

---

<sup>179</sup> Preámbulo de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León.

<sup>180</sup> La Exposición de motivos de la Ley 2/2007, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

necesario para ello. En este aspecto son elementos imprescindibles los promotores públicos locales, fundamentalmente las sociedades urbanísticas.

Son además competentes, una vez construidas las viviendas, para el control del cumplimiento del destino de las mismas con carácter previo a la adjudicación, con la elaboración de las listas de adjudicatarios, y posterior, mediante la policía de vivienda asegurando que el destino que se le da a la vivienda por su usuario sea el adecuado a su finalidad social con el cumplimiento de su normativa específica.

También tienen competencias para la administración y conservación de los parques de viviendas ya creados y, habitualmente, cedidos en arrendamiento.

Son titulares, por último, de los derechos de tanteo y retracto sobre las viviendas protegidas, en el caso de su enajenación por los propietarios.

Analizaremos ello con más detalle desarrollando cada uno de estos aspectos y relacionándolo con las específicas normas de las CC.AA., si bien, como se ha indicado, sin carácter exhaustivo.

#### **a) La vivienda es competencia municipal**

Como se ha indicado, los ayuntamientos no solo son competentes en materia de vivienda sino que son elementos esenciales para el desarrollo efectivo de las políticas de vivienda de las CC.AA. En esta línea es perfectamente clara la citada exposición de motivos de la ley de Castilla y León cuando indica que: *“La ley da protagonismo a las entidades locales en materia de vivienda y las hace partícipes de la política de vivienda, regulando expresamente los planes municipales de vivienda para municipios de más de 20.000 habitantes, así como la financiación de las actuaciones que éstos pueden llevar a cabo en materia de promoción y gestión de viviendas, fundamentalmente de viviendas de protección pública, sobre suelos incluidos en los distintos patrimonios públicos de suelo”*<sup>181</sup>.

En esta misma línea, la Comunidad de Aragón, en la Ley de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida (Ley 24/2003, de 26 de diciembre), establece el papel predominante de los entes locales cuando indica en su Preámbulo que: *“En la presente Ley, cuya urgencia viene justificada por la actual situación del mercado inmobiliario y la necesidad de establecer las medidas precisas para agilizar las actuaciones públicas en ejecución en materia de vivienda, se afronta la regulación de la política pública de vivienda clarificando la distribución de competencias en la materia y asignando un relevante papel a los municipios en el desarrollo de las políticas públicas de vivienda y suelo”*.

Igualmente la regulación de la Comunidad de las Islas Canarias supone *“el reconocimiento del papel fundamental que en la política de vivienda corresponde a estas entidades locales, que se viene materializando con la cesión de suelo para la promoción pública de viviendas, la adscripción en los*

---

<sup>181</sup> Preámbulo de la citada Ley 9/2010, de la Comunidad de Castilla y León.

*instrumentos de planeamiento generales de suelo residencial para la construcción de viviendas protegidas, y en la participación en los procedimientos de adjudicación de las viviendas*<sup>182</sup>.

Esta competencia municipal está igualmente establecida con carácter específico y en su articulado en distintas leyes sectoriales, entre las que se puede destacar las siguientes:

1. Castilla y León: La Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda, indica en su artículo 7 (Competencias de las Entidades Locales), párrafo 1.º que: *“los municipios, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, ejercerán sus competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística, la presente ley y cualquier otra normativa que resulte de aplicación. Asimismo podrán llevar a cabo la suscripción de convenios y concertar actuaciones con otras administraciones y agentes de iniciativa pública y privada que actúan sobre el mercado de vivienda de protección pública y libre”. No obstante ello, los que “por su dimensión o por falta de recursos, tengan dificultades para ejercer sus competencias en materia de vivienda podrán solicitar a la Diputación Provincial la prestación de asistencia técnica, financiera y jurídica, sin perjuicio de la cooperación económica, técnica y administrativa que la Administración de la Comunidad de Castilla y León puede prestar a través de convenios u otras fórmulas jurídicas de colaboración”.*
2. Canarias: La ley de Vivienda<sup>183</sup> atribuye a los ayuntamientos canarios *“en el marco de la legislación autonómica”* las siguientes competencias:
  - Control sanitario de viviendas.
  - Promoción y gestión de viviendas.
  - Gestión, administración y conservación del parque público de viviendas de titularidad municipal.
3. Cataluña: En su *“Ley del derecho a la vivienda”* atribuye a los entes locales, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, *“las competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística y la presente ley, sin perjuicio de la capacidad de suscribir convenios y concertar actuaciones con otras administraciones y agentes de iniciativa social y privada que actúan sobre el mercado de vivienda protegida y libre”.*

*Además “de las competencias de promoción y gestión que les reconoce la legislación de régimen local, los entes locales pueden concertar políticas propias de vivienda con la Administración de la Generalidad, en el marco de los instrumentos locales y supralocales de planificación establecidos por la presente ley y la legislación urbanística, y pueden solicitar la creación de*

---

<sup>182</sup> Preámbulo de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.

<sup>183</sup> Artículo 6 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.



*consorcios u oficinas locales de vivienda para la gestión conjunta de funciones y servicios vinculados a la vivienda*<sup>184</sup>.

4. Extremadura: En su Ley de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda<sup>185</sup> se impone, no solo a La Junta de Extremadura sino también a los ayuntamientos, la obligación de dictar medidas de fomento con el objetivo de facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho constitucional de disfrutar de una vivienda digna y adecuada y, en particular, para:
- Facilitar el acceso a la vivienda de las personas o los grupos en situación de especial dificultad.
  - Mejorar la calidad de las viviendas y de su entorno.
  - Adecuar el coste de las viviendas y del mantenimiento posterior a la capacidad de renta de las unidades familiares.

En concreto, el artículo 38 considera “Medidas de Fomento” dirigidas a la consecución de los mencionados objetivos, entre otras:

- La Promoción Pública de Suelo.
- La Promoción Pública de Viviendas.

5. Comunidad Valenciana: La ley de Vivienda, con carácter muy amplio, determina que las administraciones valencianas y especialmente las entidades locales deben establecer *“las medidas adecuadas para poder garantizar el derecho al acceso, uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada por parte de las unidades familiares y las personas en función de las necesidades, y de sus características socioeconómicas y culturales. Estas medidas serán las necesarias para posibilitar el mejor equilibrio entre una oferta de viviendas asequibles y la capacitación económica de la demanda, de acuerdo con sus circunstancias socioeconómicas y personales, para facilitar el acceso al disfrute de la vivienda”*.

Para este fin podrán establecer cuantas medidas de fomento se consideren apropiadas para incentivar las actuaciones protegidas en materia de vivienda. A tal efecto, estas medidas podrán referirse a la promoción, el acceso y rehabilitación de viviendas, facilitando la financiación adecuada, y con carácter complementario, a los entornos y equipamientos urbanos.

6. Región de Murcia: La Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, en su artículo 6.º otorga la competencia general de vivienda a las entidades locales indicando que éstas, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, ejercerán sus competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística, la presente ley y cualquier otra normativa que resulte de aplicación, velando especialmente por el cumplimiento del deber de mantenimiento y conservación de los edificios residenciales. Con carácter

---

<sup>184</sup> Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Artículo 8. Competencias locales.

<sup>185</sup> Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura. Artículo 37. Objetivo.

más específico le atribuye competencia para la promoción de viviendas de “promoción pública o social”<sup>186</sup>.

7. **País Vasco:** La Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, es una decidida apuesta por cumplir el mandato constitucional de garantizar una vivienda digna y adecuada, pues como dice la Exposición de Motivos “ *El derecho a disfrutar de una vivienda constituye una necesidad vital para el ser humano por cuanto condiciona el disfrute de otros derechos esenciales como tener un empleo, ejercer el derecho de sufragio, acceder a las prestaciones y a los servicios públicos, escolarizar a los hijos, gozar de la cultura y de un medio ambiente adecuado, compartir las vivencias con familiares y amigos y un sinfín más reiteradamente puesto de relevancia tanto por la doctrina más autorizada como por los propios tribunales de justicia. El derecho a disfrutar de una vivienda y su realización efectiva facilitan y permiten al ser humano llevar una vida digna*”.

Partiendo de esa premisa se definen una amplia serie de medidas que pretenden conseguir dicha garantía constitucional, en concreto se pueden destacar las siguientes en relación con el objeto de nuestro estudio:

- f) Se definen los distintos regímenes de viviendas de protección pública (VPP), las viviendas de protección social (VPS) y las viviendas tasadas (VT), cuyo régimen jurídico se define en la Ley. Además se regulan figuras específicas como los alojamientos rotacionales. Destacando en todos ellos los parámetros que, como mínimo, han de considerarse de cara a su calificación como digna y adecuada.
- g) Se determina claramente la vivienda como un derecho de propiedad delimitado por su evidente función social lo que permite su privación cuando se utilice en contra de dicha función, pudiendo arbitrar medidas contra las viviendas no habitadas, mediante la fijación de un canon sobre estas, la posibilidad del llamado alquiler forzoso, así como la imposición a favor de la administración incluidos los ayuntamientos derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones de viviendas protegidas. Protegiéndose especialmente a las personas objeto de desahucios en circunstancias de necesidad económica.
- h) Fija con claridad las competencias de las distintas administraciones, dando una gran importancia a la actuación de los ayuntamientos como elementos fundamentales en materia de política de vivienda y suelo, se trata, como dice la propia ley, más que de un modelo de distribución competencial, de una sistema “*de colaboración interinstitucional ordenada al cumplimiento del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada*”. En este punto hay que indicar que la ley define a las llamadas “*sociedades urbanísticas de rehabilitación*”.

---

<sup>186</sup> El artículo 37 de la Ley de la Región de Murcia da el concepto de este tipo de viviendas indicando que: “Son viviendas de promoción pública o social aquellas viviendas de titularidad pública que lleve a cabo, sin ánimo de lucro, la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, los ayuntamientos o cualquier entidad pública vinculada o dependiente de las anteriores y cuya adjudicación estará sujeta a un procedimiento público y reglado”.

- i) Desarrolla ampliamente los elementos de intervención en el mercado del suelo con la creación del Patrimonio Público de Suelo de la Comunidad Autónoma del País Vasco, verificándose así la posibilidad establecida ya en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, con el impulso de un instrumento legal imprescindible para lograr la satisfacción del derecho a la vivienda. En relación con él, se propone que los inmuebles que formen parte del Patrimonio Público de Suelo se mantengan, con carácter general, bajo titularidad pública y las viviendas resultantes se destinen preferentemente al alquiler, en orden al cumplimiento de la función social que les corresponde y evitar la despatrimonialización de la administración.
- j) Se desarrolla ampliamente los regímenes de protección haciendo especial hincapié a la rehabilitación de edificios y regeneración de áreas urbanas dotando de los medios jurídicos necesarios, como el caso del proceso de equitativa distribución de cargas y beneficios en el seno de la propiedad horizontal, la ocupación o venta forzosa en procesos de rehabilitación o regeneración urbana, la autorización de ocupación de suelos públicos para mejorar la accesibilidad o habitabilidad, las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de intervenir en la mejora de la envolvente de las edificaciones, la división de viviendas existentes y otros reiteradamente demandados en los mencionados procesos de recualificación del patrimonio edificado.

De lo indicado, nos interesa destacar dos aspectos concretos, la competencia de los ayuntamientos en materia de vivienda y las citadas sociedades urbanísticas de rehabilitación:

- 3. Competencias de los ayuntamientos: De acuerdo con el artículo 10, corresponden a los ayuntamientos las competencias de ordenación, promoción, gestión, adjudicación y control de los alojamientos dotacionales de su titularidad, así como de las viviendas, locales y anejos de régimen tasado municipal, ya sean de nueva construcción o derivados de planes específicos de rehabilitación y regeneración urbana.
- 4. Sociedades urbanísticas de rehabilitación: Se permite a las entidades locales podrán constituir sociedades urbanísticas de gestión o de rehabilitación para la ejecución de las medidas, acciones e intervenciones en materia de rehabilitación, regeneración y renovación urbana del patrimonio edificado, lo que podrán realizar también con el resto de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 47.

#### **b) Competencia para el diseño de la política municipal de vivienda. Planes de vivienda**

Los Ayuntamientos participan activamente en el diseño de la política de vivienda. Esta participación se concreta en la aprobación de una serie de medidas tendentes a incentivar la promoción de viviendas protegidas en sus

términos municipales. Se suelen concretar en los denominados “*Planes Municipales de Vivienda*”, además de la fijación en los Planes Generales de Ordenación Urbana de suelos de reserva o porcentajes de edificabilidad para su destino a viviendas protegidas, aunque algunas de estas previsiones han quedado hoy en suspenso por la regulación introducida en la normativa urbanística de ciertas Comunidades Autónomas, como es el caso de Castilla-La Mancha a través de la Ley 8/2014, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha y que modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

Como complemento de la competencia de vivienda de los Ayuntamientos en la legislación sectorial de vivienda, las CC.AA. regulan de forma expresa los mencionados Planes Municipales de Vivienda estableciendo un amplio contenido y concediéndoles múltiples funciones, no solo en su diseño sino también en su desarrollo. Analizaremos la legislación más destacada.

## **1.- Andalucía**

La normativa andaluza ha sido precursora en el otorgamiento a los Ayuntamientos de la competencia en la elaboración de una política propia de vivienda. En su actual Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, desarrolla ampliamente el contenido en materia de promoción de la vivienda protegida, tanto de los Planes Municipales de Urbanismos como de Vivienda. Los analizaremos por separado.

### a) Planes de Vivienda y Suelo

El artículo 11 establece con carácter general que la Administración de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos elaborarán sus correspondientes planes de vivienda y suelo, conforme a lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen. En la elaboración de los citados planes se fomentará la participación de los agentes económicos y sociales más representativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, se fomentará la colaboración con las asociaciones profesionales, vecinales, de los consumidores y de demandantes de vivienda protegida.

De una forma específica y referida a los “Planes municipales de vivienda y suelo” el artículo 13 establece la obligatoriedad y condiciones que deben reunir los mismos, indicando que los ayuntamientos los elaborarán y aprobarán de forma coordinada con el planeamiento urbanístico general, manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, debiendo ser revisados para mantener su adecuación a la realidad, como mínimo, cada cinco años, sin perjuicio de su posible prórroga, o cuando precisen su adecuación al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo.

Los planes municipales de vivienda y suelo tienen un amplio contenido; el mínimo exigido es el siguiente:

- La determinación de las necesidades de vivienda de las familias residentes en el municipio, al objeto de concretar la definición y cuantificación de actuaciones protegidas que se deban promover y las soluciones e intervenciones públicas que se deban llevar a cabo. Estas necesidades se determinarán teniendo en cuenta los datos contenidos en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida.
- Las propuestas de viviendas de promoción pública y su localización.
- Los alojamientos transitorios que se consideren necesarios y la determinación de los equipamientos que se deben reservar a tal fin.
- Las propuestas de actuaciones dirigidas a fomentar la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas y que mejoren la eficiencia de uso de dicho parque de viviendas.
- Las medidas tendentes a la progresiva eliminación de la infravivienda.
- Las propuestas de cuantificación y localización de las viviendas protegidas, en sus diferentes programas.
- El establecimiento de los procedimientos de adjudicación.
- Las medidas necesarias para el seguimiento y aplicación del Plan.
- Las restantes medidas y ayudas que se consideren necesarias para garantizar la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada.

Dichos planes se adecuarán a las características específicas del municipio e incluirán una programación temporal de las actuaciones que resulten necesarias para satisfacer las necesidades de vivienda en su correspondiente municipio. El planeamiento urbanístico municipal se realizará en coherencia con el contenido de los planes municipales de vivienda y suelo.

#### b) Determinaciones del planeamiento urbanístico en materia de vivienda

El planeamiento urbanístico, indica el artículo 10, promoverá la cohesión social en las ciudades y pueblos de Andalucía, como garantía de una adecuada integración urbana y para la prevención de fenómenos de segregación, exclusión, discriminación o asedio por razones socioeconómicas, demográficas, de género, culturales y religiosas o de cualquier otro tipo.

En concreto, el Plan General de Ordenación Urbanística, de acuerdo con la normativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo y los instrumentos de ordenación territorial, contendrá las determinaciones de ordenación, gestión y ejecución que sean precisas para cubrir las necesidades de vivienda establecidas en los planes municipales de vivienda y suelo. Para ello, entre otras determinaciones, clasificará suelo suficiente con uso residencial para su desarrollo y ejecución a corto y medio plazo y establecerá, en relación a las reservas de suelo con destino a vivienda protegida, la edificabilidad destinada a tal fin en cada área o sector con uso residencial, las previsiones de programación y gestión de la ejecución de los correspondientes ámbitos y, en los suelos con ordenación detallada, su localización concreta, plazos de inicio y terminación de las actuaciones. Asimismo, establecerá las

acciones de rehabilitación que favorezcan la revitalización de los tejidos residenciales y la recuperación del patrimonio construido, así como la eliminación de las situaciones de infravivienda existentes.

Los diferentes instrumentos de planeamiento de desarrollo deberán definir, en los suelos de reserva para vivienda protegida, los porcentajes de vivienda de las diferentes categorías establecidas en el correspondiente Plan Municipal de Vivienda y Suelo.

Para garantizar el referido contenido, la Consejería competente en materia de vivienda emitirá informe preceptivo, tras la aprobación inicial de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, sobre la adecuación de sus determinaciones al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo y a las necesidades de vivienda establecidas en el Plan Municipal de Vivienda. En el supuesto de que el planeamiento estableciera la ordenación detallada de las áreas o sectores, el informe se pronunciará además sobre los plazos fijados para el inicio y terminación de las viviendas protegidas previstas en las reservas de terrenos, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.3.c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación Urbanística de Andalucía<sup>187</sup>.

## 2.- Aragón

La citada Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, en su artículo 2 (Competencias en la programación pública de vivienda protegida) indica que: *“corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, las entidades locales y sus respectivas entidades instrumentales, conjunta o separadamente, la programación pública de vivienda bajo cualesquiera modalidades de protección de las reguladas por el Gobierno de Aragón conforme a esta Ley, directamente, mediante concierto o convenio con la iniciativa privada o por ésta libremente, en régimen de propiedad, arrendamiento, precario u otras modalidades de ocupación que permitan el acceso diferido a la propiedad”*.

---

<sup>187</sup> Artículo 7. Instrumentos de planeamiento y restantes instrumentos de la ordenación urbanística.

1. La ordenación urbanística se establece, en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales a que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio en los términos dispuestos por la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por los siguientes instrumentos de planeamiento:

a) Planeamiento general: Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes de Ordenación Intermunicipal y Planes de Sectorización.

b) Planes de desarrollo: Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales y Estudios de Detalle.

c) Catálogos.

2. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, las Ordenanzas Municipales de Edificación y las Ordenanzas Municipales de Urbanización contribuyen a la correcta integración de la ordenación urbanística y, en su caso, complementan la establecida por los instrumentos de planeamiento.

### 3.- Castilla y León

La Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, considera a los planes municipales de vivienda como el instrumento para la planificación y gestión eficaz del conjunto de actuaciones que en materia de vivienda desarrollan las entidades locales y contendrán las propuestas y los compromisos municipales en política de vivienda<sup>188</sup>. Dicho plan es obligatorio en los municipios con población igual o superior a 20.000 habitantes o que cuenten con Plan General de Ordenación Urbana para realizar políticas de concertación o de colaboración en materia de vivienda con la Administración de la Comunidad de Castilla y León, siempre que incluyan financiación o aportación de recursos económicos por parte de ésta.

La tramitación y aprobación de los planes municipales de vivienda debe ajustarse a lo que la legislación de régimen local establece respecto al régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos. El ayuntamiento debe comunicar el acuerdo de aprobación del plan municipal de vivienda a la Consejería competente en materia de vivienda y deberá ser objeto de publicación en el «Boletín Oficial de Castilla y León».

Además, el artículo 15 regula los “Planes de Vivienda en áreas rurales”, que podrán aprobarse cuando en una determinada área rural concurren motivos de índole territorial, económica, social o demográfica que afecten a varios municipios siempre que tengan características homogéneas. Estos planes contendrán las previsiones que la ley señala para los planes municipales de vivienda, adaptándose al ámbito territorial al que se refieren. Su aprobación corresponderá a la Consejería competente en materia de vivienda, previo informe de la Diputación o Diputaciones Provinciales correspondientes, a propuesta de los municipios afectados, conforme a lo dispuesto en la legislación local.

### 4.- Cataluña

La Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, es perfectamente clara en este sentido, en su artículo 8 (Competencias locales) al indicar que:

*“1. Los entes locales, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, ejercen las competencias de vivienda de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local, la legislación urbanística y la presente ley, sin perjuicio de la capacidad de suscribir convenios y concertar actuaciones con otras administraciones y agentes de iniciativa social y privada que actúan sobre el mercado de vivienda protegida y libre.*

*2. Además de las competencias de promoción y gestión que les reconoce la legislación de régimen local, los entes locales pueden concertar políticas propias de vivienda con la Administración de la Generalidad, en el marco de los instrumentos locales y supralocales de planificación establecidos por la presente ley y la legislación urbanística, y pueden solicitar la creación de*

---

<sup>188</sup> Artículo 12. Los Planes Municipales de Vivienda.

*consorcios u oficinas locales de vivienda para la gestión conjunta de funciones y servicios vinculados a la vivienda”.*

En el artículo 14 se regulan específicamente los llamados “Planes Locales de Vivienda” que determinan las propuestas y los compromisos municipales en política de vivienda y son la propuesta marco para la concertación de políticas de vivienda con la Administración de la Generalidad. Además de ello, contempla el “Plan Local de Vivienda Simplificado” y los “Planes Locales de vivienda de alcance supramunicipal”, imponiendo al Gobierno catalán el establecimiento de una línea de financiación específica para atender situaciones de dificultad justificada en relación con la elaboración de los planes locales de vivienda y el fomento de la redacción de planes supramunicipales.

El contenido de los “**Planes Locales de Vivienda**” es muy amplio, debiendo incluir los siguientes apartados:

a) El análisis y la diagnosis de la situación de la vivienda en el municipio. Este apartado, entre otros debe contener:

- El análisis y las previsiones demográficas y la diagnosis de las necesidades de vivienda de la población, con identificación de los segmentos de población con dificultades de acceso o precariedad en la tenencia, y el análisis de la situación de los sin hogar.
- El análisis del mercado de vivienda, con el estudio de la evolución y tendencias de la construcción de viviendas en el municipio y de los precios de mercado en las modalidades de compra de primera mano, compra de segunda mano y alquiler, y la diagnosis de la población que queda excluida del mercado por razón de sus ingresos.
- El análisis del planeamiento urbanístico y de su potencial de oferta de viviendas, con determinación de la cantidad, modalidades, régimen de acceso e iniciativa pública o privada de las reservas de techo para vivienda de protección oficial, y de suelo calificado o reservado destinado al sistema de vivienda dotacional que establece la legislación urbanística, y la diagnosis del grado de cobertura de las necesidades de vivienda de la población.
- El análisis del parque de viviendas, la diagnosis de las situaciones de infravivienda y de utilización anómala de las viviendas, y la diagnosis de los edificios de viviendas y de las viviendas que no cumplen las condiciones de calidad establecidas por la presente ley.
- El análisis del potencial de viviendas dirigidas a políticas sociales, en el caso de los municipios sujetos al mandato de solidaridad urbana establecido por el artículo 73.
- El análisis de los recursos e instrumentos municipales que se utilizan para llevar a cabo las políticas de vivienda, y la diagnosis de la necesidad de su mejora o ampliación.

b) Los objetivos, programas y estrategias de actuación que deben incluir:



- Las líneas de actuación vinculadas a la utilización de los instrumentos de política de suelo y vivienda establecidos por la legislación urbanística, con una referencia especial a la concreción o al aumento de las reservas para vivienda protegida, la calificación o la reserva de terrenos destinados al sistema urbanístico de viviendas dotacionales; a la utilización de los instrumentos de intervención sobre la edificación y el uso del suelo, y a la utilización y gestión del patrimonio público de suelo y vivienda.
- Las líneas de actuación no vinculadas a la política de suelo pero sí a la calidad del parque construido y a la rehabilitación, utilización y ocupación del parque de viviendas, incluida la definición de las posibles áreas de conservación y rehabilitación a las que se refiere el artículo 36.
- La definición de las posibles áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto a que se refiere el artículo 15.
- Las ayudas dirigidas a grupos de población con especiales dificultades de alojamiento para luchar contra la exclusión social.
- La definición y programación de las actuaciones concretas que deben llevarse a cabo en los seis años de vigencia del plan, que debe establecer las características técnicas y económicas, los beneficiarios, los agentes gestores y la programación temporal.
- Las previsiones de cuantificación de las viviendas destinadas a políticas sociales, de acuerdo con la tipología establecida por el artículo 74 para el cumplimiento quinquenal del mandato de solidaridad urbana, en el caso de los municipios que estén sujetos al mismo, y la justificación de la coherencia en relación con el objetivo final del artículo 73.1.

c) La evaluación económico-financiera de las actuaciones, en la que se debe establecer los siguientes mecanismos:

- Los que permitan articular la gestión del plan, analizando tanto la financiación pública como la privada disponibles. En cuanto a la financiación pública, deben proponerse los compromisos financieros que requieren un concierto con la Administración de la Generalidad.
- Los de seguimiento y evaluación del desarrollo del plan y los de establecimiento de indicadores de calidad de la gestión.

Los planes locales de vivienda tienen una vigencia de seis años, sin perjuicio de que pueda ampliarse el análisis y plantear actuaciones con un plazo más largo. Transcurridos los seis años, debe revisarse el plan.

La tramitación y aprobación de los planes locales de vivienda deben ajustarse a lo que la legislación de régimen local establece respecto al régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos. La tramitación debe incluir un período de exposición pública y mecanismos de participación ciudadana. La aprobación corresponde al pleno del ayuntamiento. Para concertar políticas de vivienda con el Gobierno, el ayuntamiento debe comunicar el acuerdo de aprobación del plan local de vivienda al departamento competente en materia de vivienda y debe enviarle un ejemplar del mismo. Dicho departamento puede

requerir al ayuntamiento, de forma motivada, que amplíe la documentación aportada o que modifique el plan atendiendo al cumplimiento de la legalidad, las disponibilidades presupuestarias y la protección de intereses supralocales.

Los municipios de menos de tres mil habitantes pueden aprobar un “*plan local de vivienda simplificado*”, en el que deben analizarse y diagnosticarse las necesidades de vivienda de la población, especialmente las de los colectivos con dificultad de acceso, y deben proponerse los objetivos y las líneas de actuación para atenderlas, teniendo en cuenta los instrumentos establecidos por la legislación urbanística y las ayudas y demás instrumentos establecidos por la presente ley.

Además de ello, en el n.º 13 del citado artículo 14 se regulan los “*planes locales de vivienda de alcance supramunicipal*” que pueden formular los ayuntamientos, para coordinar las políticas de vivienda, y que deben cumplir las siguientes directrices:

- a) La formulación de un plan local de vivienda supramunicipal requiere el acuerdo unánime de los ayuntamientos interesados. El acuerdo de formulación debe determinar el organismo que ha de redactarlo y las condiciones que regulan su redacción.
- b) Las determinaciones de un plan local de vivienda supramunicipal deben respetar las competencias y atribuciones propias de los entes locales, de acuerdo con las legislaciones sectoriales y de régimen local.
- c) La tramitación de un plan local de vivienda supramunicipal debe adecuarse a lo establecido por el apartado 10. La aprobación requiere el acuerdo unánime de los ayuntamientos afectados.

La Ley Catalana<sup>189</sup> desarrolla igualmente las distintas directrices que el planeamiento municipal debe contener respecto a la política de vivienda. Así en concreto:

- a) El planeamiento urbanístico debe ser coherente con las determinaciones de la planificación y la programación en materia de vivienda.
- b) En la calificación del suelo como residencial deben aplicarse los principios de respeto al medio ambiente, los de movilidad sostenible establecidos por la Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad, y los de integración de la vivienda en el entorno.
- c) Establecer el destino del suelo a vivienda de protección oficial, mediante la determinación de reservas y la calificación del suelo, de acuerdo con lo establecido en la normativa urbanística. En este sentido se indica que:
  - La calificación urbanística de suelo puede establecer que la edificación de uso residencial se destine total o parcialmente a vivienda de protección oficial, tanto en el caso de nuevas construcciones como en el de gran rehabilitación de los edificios existentes, pero debe respetar el

---

<sup>189</sup> Artículos 16 y 17. Directrices para el planeamiento urbanístico respecto a las viviendas y destino del suelo a VPO.

régimen jurídico de las viviendas preexistentes en los casos en que el derribo de un edificio sea debido a una operación de sustitución con realojamiento de los mismos residentes. Los planes que contengan dichas determinaciones deben incorporar un aplazamiento de la entrada en vigor, por un plazo de dos años, para garantizar la viabilidad económica de las operaciones en suelo urbano consolidado que se hayan concretado previamente a la aprobación del plan.

- Las revisiones de los planes de ordenación urbanística municipal, sin perjuicio de las reservas que deban efectuarse sobre el techo de nueva implantación, deben garantizar y justificar que, en el conjunto del plan, no se reduce el total de techo calificado anteriormente destinado a vivienda de protección oficial que resulta de la aplicación de las reservas que, a tal fin, establece la legislación urbanística, salvo que se justifique adecuadamente que se han producido cambios estructurales en la demanda de vivienda que permitan reconsiderar las calificaciones con dicho destino. En todo caso, este último supuesto tiene carácter excepcional debiendo respetarse siempre la duración de la sujeción al régimen jurídico de protección establecida en la calificación de las viviendas de protección oficial que estén edificadas.
- Las modificaciones puntuales del planeamiento urbanístico general que afecten a la calificación urbanística del suelo de vivienda de protección pública o de vivienda objeto de otras medidas de estímulo de la vivienda asequible, tienen carácter excepcional y deben justificarse adecuadamente tomando como base los cambios estructurales en la demanda de vivienda o la creación de sistemas urbanísticos de titularidad pública. En todo caso, estas modificaciones deben respetar la duración de la sujeción al régimen jurídico de protección establecida en la calificación de las viviendas de protección oficial.

### **c) Competencia para la promoción, administración y conservación de los parques de viviendas protegidas y suelos destinados a las mismas**

La normativa sectorial de vivienda y urbanismos igualmente considera a los ayuntamientos como competentes, por sí o mediante sus entes instrumentales, para la promoción de las viviendas como colofón del desarrollo y urbanización del suelo necesario de que son titulares, especialmente del Patrimonio Municipal de Suelo. Es la denominada promoción pública de vivienda.

Elemento fundamental para dicha promoción pública son los entes instrumentales, tanto sometidos a derecho público, como a derecho privado, especialmente las sociedades públicas y, específicamente, las sociedades urbanísticas. Dichos entes reciben la denominación de promotores públicos locales.

Esta competencia para la promoción de vivienda no solo se refiere a la de nueva construcción, sino también al mantenimiento y, cada vez más, a la rehabilitación del parque de viviendas existente. Igualmente en materia urbanística a la regeneración de áreas consolidadas, además de al desarrollo de nuevos sectores.

Es muy clara en este sentido la Ley reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, en su artículo 19, que bajo la denominación de “Financiación”, indica que: *“sin perjuicio de las obligaciones que puedan corresponder a las personas propietarias, los ayuntamientos participarán en la financiación de las actuaciones recogidas en los artículos anteriores destinando el porcentaje de ingresos del Patrimonio Municipal de Suelo que se determine en su Plan General de Ordenación Urbanística, en cumplimiento de lo especificado en el artículo 75 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía”*. Concluyendo que, además de ello, *“en los planes de vivienda y suelo, tanto autonómicos como municipales, se deberá incluir programas dirigidos a fomentar la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas, así como las medidas tendentes a la progresiva eliminación de la infravivienda y el chabolismo, mediante ayudas, subvenciones o actuaciones convenidas con las personas propietarias o inquilinas, en las condiciones establecidas en los planes”*<sup>190</sup>.

Igualmente en Aragón, la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, en su artículo 7 (Tipología de vivienda protegida) considera viviendas protegidas de promoción pública *“las promovidas directamente, en el marco de la programación pública de vivienda, por la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales, así como por los organismos públicos que de ellas dependan”*. Además es perfectamente claro el artículo 16 (Modalidades de intervención) cuando indica que la *“Administración de la Comunidad Autónoma, las entidades locales y sus organismos públicos podrán promover viviendas directamente, ya sea ejecutando directamente la construcción, adquiriendo viviendas de nueva construcción o usadas o rehabilitando viviendas”*.

La Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, que en sus artículos 54 y 55 reconoce claramente y regula la competencia pública para la promoción de vivienda y suelo, no solo por parte de la Administración Autonómica sino también por los entes locales, ya sea propia o instrumental.

#### *“Artículo 54.- Promoción pública de viviendas*

*1. La promoción pública de viviendas es una actuación sin ánimo de lucro, dirigida a facilitar el disfrute de vivienda para familias, personas y colectivos con escasos recursos económicos, mediante la promoción de viviendas de nueva construcción, rehabilitación, o adquisición de viviendas ya existentes, en las modalidades que se señalan y cuya concreción se determine reglamentariamente por la Generalitat. El destino de las viviendas tendrá por objeto la venta, el arrendamiento u otras formas de explotación de dichas viviendas justificadas por motivos de carácter social.*

*2. Modalidades de promoción pública:*

---

<sup>190</sup> Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

- a) *La promoción pública directa es la efectuada sin ánimo de lucro por la Generalitat y entidades locales, directamente por cada una, o mediante Convenios entre las citadas Administraciones.*
- b) *La promoción pública instrumental es la efectuada sin ánimo de lucro por las entidades autónomas y empresas públicas dependientes de la administración Autonómica y Local.*
- c) *Se considerará promoción pública asimilada la efectuada por entidades sin ánimo de lucro con fines sociales destinada a operaciones especiales de integración social con las autorizaciones, control y seguimiento de la Generalitat, y con las características, condiciones y ayudas que se regulen reglamentariamente.*

#### Artículo 55.- Promoción pública de suelo

*La Generalitat, directamente o mediante Convenios con las entidades locales, entidades autónomas y empresas públicas de ambas administraciones, podrá adquirir y preparar suelo con destino preferente a la promoción de viviendas con protección pública y la formación de patrimonios públicos de suelo y regulación del uso del derecho de superficie”.*

La Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, en su artículo 58 (Promoción de las viviendas de protección pública), considera que las viviendas de protección pública podrán ser de promoción pública o promoción privada y que tendrán la consideración de promoción pública “aquellas viviendas que sean promovidas por una Administración Pública o por entidades del sector público”.

Una vez promovidas las viviendas, como se ha indicado son competentes, para controlar que se cumpla el destino de las mismas, siendo los que adjudican las viviendas a las personas que reúnen las condiciones y acreditan su necesidad, elaborando previamente las listas de adjudicatarios. Adjudicadas las viviendas, son igualmente competentes para garantizar que el destino que se le da a la vivienda por su usuario sea el adecuado a su finalidad social y el cumplimiento de su normativa específica. Por último tienen competencias para la administración, conservación y, en su caso, la rehabilitación de los parques de viviendas cedidos en arrendamiento.

En esta línea, la Ley Canaria de Vivienda atribuye a los ayuntamientos “en el marco de la legislación autonómica” las siguientes competencias:

- a) Control sanitario de viviendas.
- b) Promoción y gestión de viviendas.
- c) Gestión, administración y conservación del parque público de viviendas de titularidad municipal. Previo convenio con el Instituto Canario de la Vivienda, o con el cabildo insular correspondiente, en su caso, los ayuntamientos y sus entidades instrumentales podrán asumir la gestión, administración y conservación del parque público de viviendas que no sea de su titularidad, radicado en su término municipal.

- d) Control de las condiciones de habitabilidad de las viviendas y su adecuación a la normativa reglamentaria que con tal fin establecerá el Gobierno de Canarias.

Con un carácter amplio y comprensivo tanto de la Vivienda como del suelo, se manifiesta la ya citada Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, en el párrafo 4.º del artículo 42 (Medidas de fomento) cuando autoriza a la Generalitat, las entidades locales y otras entidades públicas para convenir *“programas de intervención en áreas urbanas con la finalidad de coadyuvar a la regeneración y rehabilitación, y adecuar la oferta de vivienda para facilitar su acceso a los ciudadanos”*. Sin perjuicio de la obligación de destinar los bienes y recursos que integran los patrimonios públicos de suelo de conformidad con la legislación Urbanística a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, podrán dedicarse, *“además de a las finalidades previstas en la legislación urbanística, y con independencia de los requisitos exigidos por aquella, a inversiones en urbanización, espacios públicos y a rehabilitación, renovación y regeneración urbana... de acuerdo, en este último caso, con la normativa autonómica aplicable. Igualmente, podrán aplicarse a la adquisición de suelo para el desarrollo de equipamientos, infraestructuras y otras finalidades en desarrollo del planeamiento urbanístico y territorial”*.

Por último y como elemento esencial para garantizar el cumplimiento de la finalidad social de las viviendas protegidas, los entes locales son titulares de los derechos de adquisición preferente en enajenaciones de dichas viviendas.

Esta titularidad como colofón de su competencia en materia de vivienda es reconocida con carácter general por la normativa sectorial de vivienda de las CC.AA., como muestra de ello y sin ánimo de ser exhaustivo se pueden destacar las siguientes:

- En Aragón, la Ley de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, lo reconoce en su artículo 28.1.º que regula la opción de compra sobre viviendas protegidas, cuando establece que: *“Corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma y a la entidad local donde radiquen viviendas protegidas de promoción privada el derecho de opción de compra sobre las mismas. Tendrá preferencia la Administración de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la opción, salvo que se trate de viviendas de promoción privada concertada por Ayuntamiento o Comarca, en cuyo caso la preferencia corresponderá a la entidad local”*.
- Igual derecho concede a los ayuntamientos el artículo 15 de la Ley del Derecho a la Vivienda de Cataluña, *“para cumplir los objetivos de los planes locales de vivienda y la exigencia de incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales que establece el artículo 73, para facilitar la conservación y rehabilitación de edificios y para evitar la expulsión de ocupantes u otros procesos especulativos, pueden delimitar áreas en las que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública sobre edificios plurifamiliares enteros usados principalmente como vivienda y áreas en las que se puedan ejercer los*

*derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública sobre viviendas concretas*<sup>191</sup>. Estos derechos de tanteo y retracto se extienden a la transmisión de acciones o participaciones sociales de sociedades mercantiles cuyo objeto esté vinculado directa o indirectamente a la actividad inmobiliaria y que sean propietarias de alguno de dichos edificios o viviendas.

### **3.2.- OBJETO SOCIAL DE DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

#### **3.2.1.- Planteamiento**

Como sociedades públicas municipales y urbanísticas este tipo de sociedades tendrán, por un lado, las competencias de vivienda y urbanismo propias de los ayuntamientos, y, por otro, las competencias que la normativa sectorial de vivienda y urbanismo les atribuyen.

Ya se han analizado en profundidad las competencias en materia de vivienda, tanto las que reconoce la LBRL como la amplitud que de las mismas determina la normativa sectorial de las Comunidades Autónomas que son, en definitiva, las que tienen la competencia en esta materia.

En relación al urbanismo, se ha visto el contenido de las competencias que determina la LBRL, habiendo también visto en el Capítulo VI la determinación de dichas competencias en materia de urbanismo, que es amplísima.

En el presente apartado analizaremos las previsiones que en relación a la capacidad específica y concreta de actuación le reconoce a las sociedades urbanísticas la normativa sectorial, tanto la estatal, que como se ha visto tiene carácter de supletoria, como la urbanística de las CC.AA.

En base a esta capacidad de actuación que le reconoce la normativa sectorial y su determinación del objeto social de la sociedad en el expediente administrativo de constitución de la sociedad, la sociedad urbanística está legitimada para prestar todos aquellos servicios de competencia de la administración sin necesidad de expreso y concreto encargo, además de todas aquellas actividades económicas que cumplan los requisitos de su utilidad y beneficio y no impida la libre concurrencia.

#### **3.2.2.- Objeto social de acuerdo con la normativa urbanística**

La capacidad de actuación de las sociedades públicas en general y especialmente las urbanísticas es muy amplia, si bien ésta debe estar establecida en el objeto social fijado en los estatutos de las mismas. Esto es necesario pues, de acuerdo con la normativa mercantil, es el objeto el que determina la capacidad de actuación de la misma y, desde el punto de vista administrativo, al ser aprobado por la administración titular de las mismas,

---

<sup>191</sup> Cataluña, Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Artículo 15. Declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto en relación con los objetivos de los planes locales de vivienda.

determina el alcance concreto de la actuación del nuevo órgano, creado en virtud de su potestad de autogobierno.

Con carácter previo se puede indicar que el objeto social de estas sociedades suele concretarse fundamentalmente en los siguientes aspectos concretos:

- El urbanismo: comprende una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión, sino que se extiende a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de equipamientos.
- La vivienda: contempla no sólo la promoción de vivienda de nueva planta sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.
- La gestión de equipamientos públicos: a tal efecto las sociedades suelen gestionar, administrar y conservar equipamientos o dotaciones públicas propiedad de la administración, que se le encarguen o encomienden.
- La gestión de equipamientos servicios públicos locales: de esta forma puede realizar todo tipo de contratos y actividades tendentes a que los servicios públicos sean prestados de una manera íntegra y suficiente.
- La administración del Patrimonio Municipal de Suelo y patrimonio ordinario: las Sociedades Urbanísticas suelen administrar todo tipo de patrimonio de la administración titular que se le encomiende.

Las sociedades urbanísticas son sociedades mercantiles dependientes de las administraciones públicas, formando parte del denominado sector público. Antes se han indicado sus tres características esenciales: este indicado carácter público por su dependencia de una administración, su forma mercantil y su objeto urbanístico. En función de cada uno de estos aspectos le será de aplicación un conjunto de normas distintas, la administrativa, la mercantil y la urbanística.

- a) Normativa administrativa: En relación a su carácter público, en la medida que depende de una u otra administración, le será de aplicación distintas normas reguladoras de aquéllas.

La Ley de Bases de Régimen Local es clara en relación a las sociedades públicas locales, en su artículo 85 ter:

1. *“Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo”.*

Así, si se trata de sociedades urbanísticas municipales, se deberán constituir y actuar de acuerdo con la normativa de régimen local (Ley de Bases de Régimen local, Texto Refundido, Reglamento de Servicios, Ley de Haciendas Locales, etc.); si se trata de sociedades pertenecientes a



Comunidades autónomas, se aplicará la normativa de gobierno, la de patrimonio, etc.

También le será de aplicación distintas normativas que regulen sus relaciones con las entidades matrices, como la Ley 30/1992, en relación a las encomiendas de gestión, al igual que las que regulen sus relaciones con terceros, que si bien se encuentran sometidas al derecho privado, en determinados aspectos deben de establecerse distintas formas y procedimientos, así les es de aplicación en cierta medida la ley de Contratos de las administraciones públicas.

- b) Normativa mercantil:** En segundo lugar, por su forma societaria, le es de aplicación la normativa mercantil en cuanto a determinados órganos de gobierno, inscripción de acuerdo y apoderamientos, depósito de cuentas, etc. Así la Ley de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, el código de comercio, el reglamento de registro mercantil, etc.
- c) Normativa urbanística:** Por último, en relación a su objeto, les es de aplicación la normativa urbanística, pues como antes se ha indicado se trata de sociedades cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos.

Centrándonos en la normativa urbanística, hay que indicar que se trata de sociedades esencialmente de gestión urbanística y, como determina la Constitución y ha indicado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997, la gestión urbanística es competencia de las Comunidades Autónomas.

Partiendo de esta premisa, se debe analizar en primer lugar la normativa de las CC.AA., pero ocurre que éstas, como veremos, han regulado las sociedades de forma incompleta, con ciertas excepciones, por lo que se debe analizar la normativa urbanística del estado que se encuentra en vigor y que es de aplicación por el principio de supletoriedad, como ha reiterado el Tribunal Supremo<sup>192</sup>. Analizaremos esta normativa estatal, dejando el estudio de las de las Comunidades Autónomas para el final del tema.

La normativa principal de aplicación, como ya se ha indicado, es la urbanística de las Comunidades Autónomas, pero no todas han legislado en materia de Sociedades Urbanísticas, y las que lo han hecho, no todas han establecido el objeto de las sociedades, o lo han determinado de forma muy somera, por lo que se debe de acudir supletoriamente a las previsiones de la normativa estatal.

---

<sup>192</sup> Recientes sentencias del Tribunal Supremo han aplicado la normativa urbanística estatal en su carácter de derecho supletorio para analizar el régimen jurídico de las Sociedades Urbanísticas, en concreto las de 30 de septiembre de 1991, 17 de junio de 1990 y 2 de octubre de 2000.

### **a) Normativa Urbanística Estatal**

El Texto Refundido de la Ley del suelo de 1976 (R.D. 1346/1976) (TRSL), en su artículo 115 establece que el *“Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación”*.

El Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978) (RGU), en desarrollo de la Ley, reafirma la posibilidad de creación de Sociedades Urbanísticas por las distintas administraciones, ya en su exposición de Motivos, al establecer que estas sociedades se podrán crear para todos los fines previstos en el ámbito urbanístico. En su artículo 21 dispone que *“Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la Sociedad ya creada, se registrará por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable”*.

El Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales” (RSU), dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976, en el artículo 1.1.º establece que: *“El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas”*.

La sociedad urbanística puede crearse por la Administración para todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico, de acuerdo con la Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística (“sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico”).

De forma más específica, el artículo 3 del Decreto 1169/78, establece que su objeto social incluirá la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

1. Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
2. Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
3. Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Para la realización de dicho objeto social de la manera más eficaz y menos costosa para la Administración, el Decreto prevé que la Sociedad urbanística podrá:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho

común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.

- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La amplitud de competencias ha sido perfectamente corroborada por el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse por su claridad las recientes sentencias de la Sala Tercera, de 17 de junio de 1999 y 2 de octubre de 2000, que se refieren a sociedades valencianas, en concreto la del Ayuntamiento de Valencia AUMSA y la de la Generalitat, el Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. Igualmente por los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid en su Sentencia de 16 de julio de 2004.

#### **b) Normativa urbanística de las CC.AA.**

Las CC.AA., en su normativa, han regulado los posibles campos de actuación de las Sociedades Urbanísticas, siguiendo, en su gran mayoría, de forma más o menos literal la legislación estatal; sintetizaremos algunas de ellas.

- Andalucía: El artículo 90 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), indica que las Sociedades Urbanísticas, instrumentales o mixtas, podrán tener todos o algunos de los siguientes fines:
  1. Redacción, gestión y ejecución de instrumentos de planeamiento.
  2. Consultoría y asistencia técnica.
  3. Prestación de servicios.
  4. Actividad urbanizadora y edificatoria.
  5. Gestión y explotación de las obras resultantes.

En una línea muy similar, regulan sus objetos sociales Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, artículo 75), Canarias (artículo 92 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos), y Extremadura (Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial, artículo 113).

- Asturias: El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, indica en su artículo 14 (“Sociedades Urbanísticas”) que podrá particularmente encomendarse a las

sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico.
  - b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
  - c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.
  - d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas.
- Castilla y León: El Decreto 22/2004, de 29 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 407 en relación con el 404, podrán realizar las siguientes actividades:
    - a) El ejercicio y la gestión de las siguientes:
      - La programación, elaboración, ejecución, seguimiento y coordinación de instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.
      - El apoyo y asesoramiento en materia de urbanismo, incluida la elaboración de informes técnicos y jurídicos previos a la adopción de acuerdos administrativos.
      - La planificación, ejecución, gestión y conservación de los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas.
      - La gestión de expropiaciones previamente acordadas por la Administración competente, incluso asumiendo la condición de beneficiario de la expropiación.
      - La liquidación y recaudación unificada de tributos u otras prestaciones patrimoniales de Derecho público relacionadas con las competencias gestionadas.
    - b) La gestión, con titularidad fiduciaria de disposición, de los bienes de los patrimonios públicos de suelo de sus entidades partícipes, conservando éstas la titularidad dominical.
    - c) La gestión de actuaciones urbanísticas, tanto aisladas como integradas, pudiendo asumir la condición de urbanizador, ejecutar y

mantener la urbanización, así como promover y construir viviendas con protección pública.

d) La gestión y explotación de concesiones de servicios.

- Galicia: La Ley del Suelo de Galicia, Ley 9/2002, de 30 de diciembre, en su artículo 229.2 (“Sociedades Urbanísticas”), de forma concisa pero muy clara, indica que: *“Estas sociedades podrán tener por objeto el estudio, la promoción, la gestión o la ejecución de cualquier tipo de actividad urbanística, siempre que no implique ejercicio de autoridad”*.
- La Rioja: La Ley 2/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en el artículo 120 (“Sociedades Urbanísticas”) establece que:

*“Su objeto es la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, en especial la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública”*.

### **3.3.- ACTUACIONES CONCRETAS DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA**

#### **3.3.1.- Planteamientos previos**

Analizadas ya en las anteriores ponencias de las Sociedades Urbanísticas, su concepto, ventajas de su actuación y las relaciones entre éstas y su administración titular, analizaremos aquí la actuación de la sociedad en orden a promoción de vivienda, suelo y equipamientos y a la gestión de servicios públicos locales.

Como ya se ha reiterado, pueden realizar estas sociedades públicas locales una amplia gama de actuaciones, que deben de estar determinadas en su objeto social. En concreto tienen unas amplias competencias:

- a) En materia de urbanismo, una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión del suelo, dando lugar a la denominada actuación directa, sino también a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de todo tipo de suelo y equipamientos.
- b) En relación a la vivienda, no sólo la promoción de nueva planta, ya sea de protección oficial o libre, sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.
- c) También en materia de equipamientos públicos, no solo pueden realizarlos ellas mismas, sino que una vez edificados o promovidos suelen gestionar, administrar y conservar estos equipamientos u otras dotaciones públicas propiedad de la administración local que le sean encomendadas.
- d) Igualmente, se realiza la puesta en marcha o gestión de servicios públicos locales ya implantados. De esta forma puede realizar todo tipo de contratos y actividades tendentes a que los servicios públicos sean prestados de una manera íntegra y suficiente.

- e) Por último, se les encomienda la administración del Patrimonio Municipal de Suelo y del patrimonio ordinario del Ayuntamiento o entidad local de que se trate.

El amplio objeto social habitual de dichas sociedades, en la normativa de las Corporaciones Locales, está perfectamente determinado en la Ley de Bases de Régimen local que establece, en su artículo 85.1, que: *“1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”*. Además de ello, el artículo 25 que determina la competencia de los municipios indica que éstos ejercerán, en todo caso, las siguientes competencias:

*“d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales”*.

Ya se ha indicado que en la normativa urbanística tanto estatal como de las CC.AA. se establece esta amplia competencia, remitiéndonos a ello, especialmente al artículo 3 del Decreto 1169/78, de 2 de mayo, sobre *“Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales”*<sup>193</sup>.

Esta consideración del urbanismo y la vivienda y los demás aspectos indicados como servicios de competencia de las Corporaciones Locales, que emana de las normas de la Constitución, Régimen local y urbanística, ha sido ratificada por reiterada Jurisprudencia, que determina su alcance y contenido de la competencia en cada una de estas materias. Analizaremos estas cuestiones.

Tras estudio comparativo y haciéndose una síntesis de distintos estatutos de sociedades públicas, se puede establecer que las mismas pueden tener los siguientes objetos sociales:

---

<sup>193</sup> El citado artículo 3, como ya se ha indicado, establece:

1. . “Las Sociedades Urbanísticas tendrán por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

- a) Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
- b) Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de realización de obras de infraestructura urbana y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
- c) Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso.

2. . Para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente”.

- 1) Urbanismo, tanto en relación a los estudios urbanísticos como en relación actuaciones de gestión urbanística.
- 2) Promoción de vivienda, equipamientos así como actuaciones de administración o venta de inmuebles.
- 3) La gestión de servicios: La gestión de los servicios que le sean cedidos por el ayuntamiento u otra administración.

Se analizará con detalle.

### **3.3.2.- La gestión del urbanismo**

#### **3.3.2.1.- El urbanismo como función pública**

Todas las leyes del suelo que se han sucedido desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 y, en la actualidad, con el expreso reconocimiento de la Constitución española, configuran el urbanismo como actividad pública.

Ello implica que los sujetos que la llevan a cabo –directa o indirectamente- son sujetos administrativos, y particularmente, teniendo en cuenta la distribución de competencias de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo a partir de la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, se encomienda a los Ayuntamientos y a las Comunidades Autónomas, acudiendo dentro de sus fórmulas de actuación urbanística a entes como los Organismos Autónomos o a las empresas públicas.

Lliset Borrell<sup>194</sup> indica que cabe distinguir tres niveles de actividad pública, referidos al ámbito urbanístico, con sus propias peculiaridades organizativas:

- a) Actividad de ordenación (esencialmente referida a los planes de ordenación municipal o planes de delimitación de suelo urbano), que supone el ejercicio de una potestad administrativa mayor, indescentralizable e indelegable, y que está atribuida al Ayuntamiento en Pleno, y subsidiariamente, en caso de incumplimiento en la elaboración del Plan del Municipio o cuando éste haya sido suspendido o anulado, cabrá la sustitución de dicha potestad municipal por la administración Autonómica.
- b) Actividad de dirección, que también constituye una función pública de ejercicio de potestades administrativas de ejecución, como la aprobación de proyectos de reparcelación o el otorgamiento de licencias.
- c) Actividad material de ejecución de los planes, que supone la realización de la obra urbanizadora, permitiéndose en este caso formas privadas de gestión, al no implicar el ejercicio de autoridad.

---

<sup>194</sup> LLISSET BORRELL (2001).

Como prevé la normativa urbanística, esta última, la actividad de ejecución, comprende tres tipos de operaciones, la realización de actuaciones urbanizadoras, para ejecución material de las obras públicas que conlleven la dotación de los servicios mínimos previstos en la Ley en una o más parcelas (mediante la ejecución de unidades de actuación urbanizadoras, o mediante la urbanización por obra pública ordinaria); la ejecución de sistemas generales y las actuaciones edificatorias.

Son las actuaciones urbanizadoras “estricto sensu” o conocidas como sistemáticas, las que se desarrollan por medio de las unidades de actuación previstas por el Planeamiento, en las que los gastos de ejecución, incluido el beneficio empresarial del urbanizador, es de cuenta de los propietarios afectados.

Dicha actividad de ejecución será directa cuando la realice bien la administración actuante o bien alguno de sus organismos o empresas públicas, e indirecta cuando se realice por medio de un agente urbanizador privado, en el que se haya delegado dicha condición por medio de un procedimiento de pública concurrencia que introduzca la libre competencia sobre bases ciertas de igualdad, publicidad y transparencia abierta a todos los ejercientes de la libertad de empresa y, por tanto, sean o no propietarios del suelo afectado.

### **3.3.2.2.- Concepto de gestión directa**

Los Profesores José Luis Lorente y Fernando Romero establecen que cuando es la Administración la que adquiere el protagonismo de la gestión y ejecución, nos encontramos ante la gestión directa, bien a través de sus propios órganos o a través de empresas de la administración.

Por lo tanto, para la ejecución material de los planes de ordenación municipal y de sus instrumentos de desarrollo, una forma idónea para llevar a cabo tal finalidad la constituyen las Sociedades Urbanísticas que en ningún caso pueden ejercer funciones que impliquen el ejercicio de autoridad pública, pero que trata de hacer efectivos los principios de eficacia y eficiencia consagrados en los artículos 103 y 32.1 de la Constitución Española.

En este punto es clave reseñar que determinadas actuaciones quedan blindadas a la administración actuante. Dichas actuaciones son básicamente las de aprobación de instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística y las de ejecución de éstos, y las que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, sanción o expropiación. En este último caso solo a través de normas con rango de Ley se habilita a las Empresas Públicas a ser beneficiarias de Expropiaciones, pero nunca se adquiere la naturaleza de Administración para efectuar Expropiaciones en base a la utilidad Pública y el Interés Social.

Todas las actuaciones de mera gestión y ejecución de obra de urbanización, y las materiales, técnicas o reales, podrán ser desarrolladas por la propia administración o a través de sociedades Mercantiles cuyo capital pertenezca



total o mayoritariamente a la Administración actuante, o mediante la colaboración de sujetos privados, sean o no propietarios de suelo.

Por el contrario, la Gestión Indirecta implica que la administración se vale de un tercero para conseguir el cumplimiento de las determinaciones del planeamiento, entendiendo que esto implica la asunción de la gestión de un proceso urbanizador integral o completo por parte de ese tercero.

No hay que olvidar que la administración, por su propio estatuto subjetivo, siempre ha estado sometida al régimen general de la contratación pública, pudiendo utilizar cualquiera de los mecanismos que establece el derecho administrativo y todas sus potestades, incluida la expropiación, para ejecutar el planeamiento, pudiendo elegir la forma directa o indirecta de la prestación del servicio.

La Ley de Suelo del estado establece que la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a la iniciativa privada.

Por tanto, partiendo de esta gestión pública del urbanismo, como en cualquier otro servicio público más, la administración podrá prestarlo por sí misma o por medio de algunas de sus formas especiales de personificación, en cuyo caso se tratará de la prestación directa, o la realizará un tercero, un particular por encargo o concesión de la administración, dando lugar a la prestación indirecta del servicio<sup>195</sup>.

En el ámbito urbanístico, estos criterios, si bien con las especificidades que se analizarán, no sufren variación alguna, y así, la ejecución del planeamiento en general y la de las actuaciones integradas, en particular, será directa cuando la realice la propia administración, sus empresas u organismos; e indirecta cuando aquélla delegue esta condición en un particular, bien propietario del terreno (en cuyo caso nos encontramos ante el sistema de compensación) o seleccionado en pública concurrencia, que actuará como agente público (surgiendo así la figura del urbanizador).

### **3.3.2.3.- Caracteres esenciales de la gestión directa**

Los caracteres de la gestión directa los analizaremos en función de las diferencias existentes con la indirecta, pues como se verá tienen contenidos y finalidades distintas, partiendo de las definiciones antes indicadas. Los elementos de que nos podemos valer para establecer las características diferenciales son los siguientes:

- a) Financiación pública: La financiación de la gestión directa es pública, entendiendo por tal que los costes de la urbanización han de sufragarse por los propietarios del terreno; esto está perfectamente claro en los artículos 9 y 16 de la Ley 8/2007<sup>196</sup>, de suelo.

---

<sup>195</sup> El artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, es muy claro en el ámbito local.

<sup>196</sup> Igualmente se regula en el artículo 9 y de su Texto Refundido.

- b) Gestión por el sector público: Estas actuaciones son gestionadas por la administración, por sí misma o a través de sus organismos, entidades o empresas de “capital íntegramente público”. Por el contrario, la gestión indirecta la desarrolla un particular, propietario o no del terreno y, con carácter general, profesional del sector. No obstante ello, también puede realizarse la gestión indirecta mediante un sujeto público en el supuesto de no haberse reservado la gestión de forma directa.
- c) Inexistencia de proceso selectivo: Es una de las cuestiones que más ha preocupado en las legislaciones urbanísticas que siguen el sistema de urbanizador. Sí era posible la adjudicación directa del encargo de gestionar un suelo a una empresa pública por un ayuntamiento.

En la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística Valenciana (LRAU), al igual que en la LOTAU<sup>197</sup> castellano-manchega, no se establecía un procedimiento específico para el desarrollo de la gestión por la administración, sino que solamente establecía un procedimiento selectivo para la cesión de la condición al urbanizador privado. A nuestro entender ello no era necesario, porque de acuerdo con la teoría general del servicio público, la administración, sujeto de la actividad urbanizadora, era soberana para decidir en virtud de su potestad de autoorganización, si el servicio lo prestaba ella directamente, o en caso contrario, lo encomendaba a un tercero, un concesionario, que en el ámbito de esta ley se denominaba urbanizador.

Pues bien, incomprensiblemente, una de las cuestiones que durante la vigencia de la LRAU planteaba graves problemas, era el hecho de que desde determinados sectores se pretendía que incluso en el supuesto de gestión pública, se realizase un procedimiento selectivo, al igual que para el urbanizador privado. Así, algunos urbanistas consideraban que cuando la administración quería urbanizar, salvo una reserva expresa en el planeamiento, tenía que presentar un programa y someterlo, no solo a información pública para que se formularan las oportunas alegaciones, sino también a un procedimiento selectivo en el que cualquier particular pudiera presentar alternativas.

Esto revelaba un desconocimiento de la teoría general del servicio público, que como se ha dicho, establece que la administración, con su facultad discrecional, es la que debe decidir si el servicio se presta de forma directa o indirecta (sin olvidar que la condición de urbanizador no es sino una forma de concesión, forma indirecta de prestación del servicio), y además planteaba graves perjuicios a la propia administración. Uno de ellos era que, de acuerdo con la norma, el programa de gestión directa se presentaba con todo su contenido (técnico y económico-jurídico) de forma abierta, dando evidentes ventajas al aspirante privado.

Esta cuestión ha sido resuelta en la nueva normativa, tras la reiterada insistencia de las administraciones locales y los promotores públicos, quienes han perseverado en la consideración de que el procedimiento selectivo solo sea aplicable cuando se trate de programas de gestión de forma indirecta. En

---

<sup>197</sup> Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

primer lugar, en la hoy derogada Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LUV), se vinculaba el procedimiento selectivo a la gestión indirecta. En la actualidad, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, el procedimiento de gestión directa no es selectivo y por lo tanto las fases procedimentales son distintas. Lo destaca la Exposición de Motivos de la Ley, y el procedimiento es el determinado para la aprobación de los planes establecido en el capítulo III, del título III, del libro I, de acuerdo con el artículo 117.2 para los programas de actuación integrada, y del 168.3 para los de actuación aislada.

### 3.3.2.4.- Formas de gestión directa

Desde un punto de vista subjetivo, ya se ha indicado, la gestión directa es la que se realiza por la administración o los promotores públicos, el denominado sector público.

De acuerdo con las características y formas de actuación del sector público, puede establecerse una clasificación primaria de los distintos promotores públicos, entre aquellos sujetos que actúan sometidos al derecho público y los que realizan su actividad sometidos al derecho privado.

Entre los primeros, sometidos al derecho público, además de la propia administración pública, la Autonómica y la local, puede incluirse los organismos autónomos, como las gerencias de urbanismo, y las entidades empresariales locales.

Entre los segundos, los sometidos al derecho privado, se encuentran las empresas públicas, que en el ámbito urbanístico, desde la Ley del Suelo del 75 y el texto refundido de 1976, se han denominado "Sociedades Urbanísticas".

El régimen para unos y otros es distinto, pues a las Sociedades Urbanísticas no les está permitido realizar actos de autoridad que se encuentran reservados a la administración o a esas personificaciones sometidas al derecho administrativo.

En el campo de los servicios públicos locales, la LBRL lo deja perfectamente claro en su artículo 85.3 al indicar que: *"En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad"*.

En el derecho urbanístico se establece esta distinción con carácter general:

- a) **Gestión directa en régimen de derecho público:** La que realiza la propia administración o los organismos sometidos al derecho público. Así será necesario en todo caso que se realicen necesariamente en régimen de derecho público y de forma directa:
  - La tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento y los de ejecución de éstos.

- Las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, inspección, protección de la legalidad, sanción y expropiación.
- b) **Gestión directa en régimen de derecho privado:** La que realizan las Sociedades Urbanísticas, que podrán referirse a actuaciones no comprendidas en los supuestos antes indicados y en especial las relativas a la urbanización, edificación y rehabilitación, y las de mera gestión, así como las materiales y técnicas que podrán desarrollarse directamente a través de empresas públicas.

### **3.3.2.5.- Actuaciones concretas en materia de urbanismo**

Recordando lo nombrado en la primera de las ponencias, en materia de urbanismo podemos indicar las siguientes actuaciones concretas:

1. Estudios urbanísticos:
  - Redacción de planes urbanísticos de cualquier clase.
  - Redacción de instrumentos de gestión (Programas, Proyectos de Reparcelación).
  - Redacción de Proyectos de Urbanización o de obras ordinarias.
  - Redacción de informes en materia de disciplina urbanística (licencias, ruina, infracciones).
2. Actuaciones de gestión urbanística:
  - Actuación como urbanizador en actuaciones sistemáticas (desarrollo de unidades de ejecución) en suelos de nuevo desarrollo y cualquiera que sea su calificación (residencial, industrial terciario, etc.).
  - Actuaciones de revitalización en tejidos urbanos degradados (desarrollo de Planes especiales, programas de rehabilitación, reurbanización o revitalización urbana).
  - Actuaciones puntuales en suelo ya consolidado como complemento de urbanización o dotación.

### **3.3.3.- La promoción pública de la vivienda y equipamientos**

En este aspecto la actuación de las sociedades urbanísticas es muy amplia, en función de que se trate de uno u otro aspecto.

#### **a) Promoción de vivienda y edificios**

Las operaciones de promoción de viviendas protegidas o libres de nueva construcción o provenientes de la rehabilitación, ya se realice en suelos propios adquiridos o cedidos en derecho de superficie o concesión administrativa por la administración matriz, pues aun cuando, como se ha visto, desde la normativa estatal se pretende restringir esta competencia, la normativa sectorial de vivienda y urbanismo la amplía considerablemente.

1. Estudios y proyectos relativos a la edificación:
  - Proyectos de construcción de vivienda.
  - Proyectos de construcción de edificios no residenciales.
  - Planes de viabilidad económica de los mismos.
  - Planes y Estudios de seguridad y salud.
  - Proyectos de obras menores.
  
2. Promoción de viviendas (para la venta, en alquiler puro o con opción de compra u otras formas de cesión como el precario o el derecho de habitación):
  - Libres.
  - Protegidas en Régimen General.
  - Protegidas en Régimen Especial.
  - De promoción pública.
  - Rehabilitación de edificios y viviendas.
  
3. Promoción de edificios no residenciales (para la venta, en alquiler puro o con opción de compra u otras formas de cesión como el precario o el derecho de habitación) como garajes y trasteros no vinculados, locales comerciales y naves industriales.

#### **b) Promoción y administración de equipamientos**

Otra de las actividades que realizan las Sociedades Urbanísticas es la promoción y la administración y gestión de los equipamientos de distinta índole, en concreto:

- Actuaciones de promoción y construcción de nuevos equipamientos (edificios municipales, polideportivos, aparcamientos, mercados, cementerio).
- Gestión o administración de equipamientos que promueva.
- Gestión o administración de equipamientos que le sean encomendados por su administración matriz.
- Promoción y/o gestión de equipamientos asistenciales para colectivos específicos (ancianos, estudiantes, mujeres maltratadas...) destinados a arrendamiento, que constituyen una figura intermedia entre la residencia individual y la colectiva, previstos en los planes de vivienda, en terrenos dotacionales, cedidos en derecho de superficie o por concesión ordinaria o demanial.

#### **c) Actuaciones de administración o venta de inmuebles:**

Son distintas en función de la tipología del patrimonio a que afecten:

1. Patrimonio Público de suelo: Actuaciones relativas al Patrimonio público de suelo, ya se hayan adquirido de forma onerosa, por cesión gratuita o mediante aportación a capital de la administración matriz, o por adscripción directa como urbanizador.
  - La administración o gestión.
  - Enajenación.
  - Arrendamiento.
  - Cesión en derecho de superficie.
  
2. Patrimonio ordinario: Actuaciones relativas al Patrimonio inmobiliario ordinario de la administración matriz (bienes patrimoniales) ya se hayan adquirido de forma onerosa, por cesión gratuita o mediante aportación a capital de la administración matriz:
  - La administración o gestión.
  - Enajenación.
  - Arrendamiento.
  - Cesión en derecho de superficie.

### **3.3.4.- Gestión de otros servicios locales**

Es propio de este tipo de sociedades la gestión de cualquier servicio público - que constituya *ex novo* o ya se encuentren implantados- que por ley tenga atribuida la corporación local en virtud del artículo 25.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, así como la gestión, administración y conservación de los equipamientos públicos encomendados. Así, las empresas suelen gestionar cualquiera de los servicios mínimos obligatorios que el artículo 26 de la citada Ley establece que todo municipio debe prestar, así como aquellos otros servicios que las leyes estatales o autonómicas atribuyan a los municipios.

En concreto, y sin ánimo de ser exhaustivos, las sociedades asociadas a la AVS, suelen prestar todos o algunos de los siguientes:

- Recepción obligatoria de recogida selectiva de residuos urbanos, tratamiento y eliminación de los mismos de locales o establecimientos comerciales.
- Gestión de la red de transporte público urbano.
- Servicios de grúa municipal.
- Fomento y desarrollo de energías renovables, como la gestión y explotación de plantas fotovoltaicas u otros similares.
- Conservación de vías públicas, parques y jardines y servicios de limpieza viaria.
- Conservación del alumbrado público.
- Gestión, conservación y mantenimiento del mercado municipal.

- Gestión, conservación y mantenimiento del cementerio municipal.
- Gestión del ciclo integral del agua.
- Gestión y explotación de parking municipal.

Igualmente, como se ha indicado, nuestras sociedades realizan actuaciones relativas a la administración o venta de inmuebles que son distas en función de la tipología del patrimonio a que afecten.

Actuaciones relativas al Patrimonio público de suelo, ya se hayan adquirido de forma onerosa, por cesión gratuita o mediante aportación a capital de la administración matriz, o por adscripción directa como urbanizador. En concreto la administración o gestión, enajenación, arrendamiento o cesión en derecho de superficie.

Igualmente, actuaciones relativas al Patrimonio inmobiliario ordinario de la administración matriz (bienes patrimoniales), ya se hayan adquirido de forma onerosa, por cesión gratuita o mediante aportación a capital de la administración matriz: la administración o gestión, enajenación, arrendamiento y su cesión en derecho de superficie.

### **3.4.- EJERCICIO DE DICHAS ACTIVIDADES**

Tradicionalmente, se han establecido dos límites al ejercicio de la actividad por parte de la sociedad urbanística; por un lado el general de cualquier sociedad pública, de imposibilidad de ejecución de actos que supongan el ejercicio de autoridad y, por otro, la imposibilidad de ejecución directa de las obras por la misma, viniendo imposibilitada a realizar la ejecución material de las mismas, debiendo contratar a terceros, contratistas de obras, su realización.

- **No actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad**

En relación a la primera de las cuestiones, el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, es perfectamente claro al establecer en su párrafo 3.º que:

*“En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”.*

En la misma línea, el artículo 95.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), indica: *“Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa”.*

En esta clara línea se han manifestado igualmente las legislaciones de las CC.AA., así, sirva de ejemplo la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que en su artículo 90 determina

que las sociedades mercantiles de capital íntegramente público en ningún caso podrán realizar actividades que impliquen el ejercicio de autoridad. O la Ley del Suelo de Galicia, Ley 9/2002, de 30 de diciembre, en su artículo 229.2 (Sociedades Urbanísticas), que deja un amplio margen de actuación pudiendo ejecutar *“cualquier tipo de actividad urbanística, siempre que no implique ejercicio de autoridad”*. O el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, que en su artículo 9 da igualmente una amplia finalidad siempre que se cumplan dos circunstancias específicas; en primer lugar, no implique ejercicio de autoridad, y en segundo, cumpliendo lo dispuesto por la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

- **No ejecución directa de las obras por la sociedad**

Tradicionalmente, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, en su artículo 5.3 indica que:

*“La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente”*.

En la misma línea se manifiestan las comunidades autónomas, pudiendo destacar la Comunidad de Madrid, que en el artículo 75 de la Ley 9/2001 establece que las sociedades que gestionan el servicio de urbanismo, en ningún caso podrán proceder directamente a la ejecución material de las obras. O Canarias, que en el artículo 92 del Decreto Legislativo 1/2000 preceptúa que en ningún caso podrán las Sociedades Urbanísticas proceder directamente a la ejecución material de las obras.

Por el contrario, otras Comunidades Autónomas no han establecido esta limitación, por lo que se plantea la cuestión de si es posible que en ellas se ejecuten directamente las obras por la sociedad.

Analizando el tema, la prohibición es consecuencia de que estas sociedades, tradicionalmente, se han encargado de gestionar el servicio, estableciendo los distintos medios necesarios para la prestación del mismo, pero no ejecutando ellas las obras directamente o por administración.

En la actualidad, es de entender que nada impediría la ejecución material de las obras, con la nueva regulación establecida por el derecho Comunitario que, mediante encomienda de gestión, en las formas y supuestos que se analizarán en la siguiente ponencia, pueda efectuarse si se dispone de los medios materiales suficientes, se es medio propio de una administración y no existe expresa prohibición legal o en los estatutos sociales.



## **4.- ASPECTOS FORMALES**

### **4.1.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN**

#### **4.1.1.- Reformas introducidas por la LRSAL**

La LRSAL, en relación a la constitución de nuevas sociedades, establece dos aspectos que, aun cuando ya se han indicado, conviene recordar a los efectos de centrar los concretos aspectos procedimentales.

Por un lado una restricción en cuanto a la utilización de las formas societarias mercantiles, no solo en relación a la preferencia de la gestión indiferenciada o sometida al derecho público frente a las sociedades, sino también en cuanto a la pretendida imposición de un criterio de subsidiariedad en relación al sector privado; en contra ambos aspectos, como ya se ha analizado, de los principios constitucionales de autoorganización y de iniciativa pública en la actividad económica (artículos 38 y 128.2 de la Constitución).

Por otro lado, en cuanto al procedimiento formal de constitución de las sociedades, una confusa y redundante regulación que parece desconocer la realidad de la constitución de las sociedades con anterioridad a la propia norma y la existencia del reglamento de Servicios de Corporaciones Locales que establece un claro, completo y garantista procedimiento de constitución de estos entes instrumentales.

Analizaremos estos aspectos:

#### **a) Restricción de la constitución de sociedades públicas**

En cuanto a la decisión de constituir una nueva sociedad, se ha modificado el artículo 85 de la LBRL, en materia de prestación de servicios públicos, restringiendo la utilización de entes instrumentales sometidos al derecho privado, como las sociedades públicas, frente a las gestiones por la propia corporación o mediante el uso de entes sometidos al derecho público en su actuación.

Así, el nuevo artículo 85 indica que: *“Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberá tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión”.*

Además, el nuevo artículo 86 de la LBRL, en relación a la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas, restablece en gran medida el criterio de subsidiariedad del sector público en relación al sector privado de la normativa preconstitucional, pues indica que se podrá ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que en el expediente se acredite *“los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”*, además de estar garantizado el cumplimiento del objetivo de

estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera de sus competencias.

Hay que tener en cuenta que estos criterios restrictivos se refieren a la constitución de una nueva sociedad, pero no afectan a una sociedad existente ni al hecho de que se quieran iniciar o confiar nuevas actividades a la sociedad que se encuentren amparadas por su objeto social determinado en sus estatutos. Por ello, una sociedad ya constituida ejercerá las actuaciones municipales relativas a su objeto social y cuando deba prestarse una nueva actuación o realizar algún encargo nuevo de servicio público, incluido en el objeto de la sociedad (por ser de los previstos en la inicial memoria de constitución de la sociedad), no deberá aplicarse los nuevos criterios de restricción más allá de las lógicas justificaciones económico-jurídicas del encargo.

### **b) Confuso y redundante procedimiento de constitución**

Ante la lectura de la LRSAL y de los comentarios justificativos que sobre la misma se han realizado desde el Gobierno de la Nación, parecería que las sociedades se han constituido de una forma “asilvestrada”, es decir sin apenas justificación jurídica, técnica y mucho menos económica. Por ello, se impone una serie de criterios que, además de ser redundantes, no hacen sino empañar la claridad que en relación con la creación de las sociedades municipales establece el vigente Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales (RSCL) y varias leyes de régimen locales de las CC.AA.

Las sociedades públicas, hasta la publicación de la LRSAL, se han venido constituyendo de acuerdo con la referida normativa de régimen local tras una elaborada memoria con informes de los técnicos municipales, secretaría e intervención y con un amplio contenido técnico, social, económico y jurídico. Tras la aprobación de dicha memoria por el Pleno del Ayuntamiento, se realiza un procedimiento externo garantista que incluye la publicación y su exposición pública por un mes, como si de una ordenanza municipal más se tratase. Si bien con las especialidades en relación a las urbanísticas que posteriormente analizaremos.

Expediente que, aun cuando en principio se encontraba reservado el ejercicio de servicios con monopolio o iniciativa de actividades económicas, se ha generalizado para la constitución de todo tipo de sociedades, siendo el elemento que justifica el acto administrativo discrecional de constitución de una sociedad municipal de cualquier tipo, estableciendo sus condiciones económicas, sociales y jurídicas, destacando en este último aspecto la confección de sus estatutos, donde se regula detalladamente sus competencias, régimen de funcionamiento, órganos de gobierno, etc. Completándose el proceso con su elevación a público ante notario y su inscripción en el Registro Mercantil, previa la verificación o calificación del registrador.

Este expediente ha sido común tanto para las sociedades que realizaban actividades económicas como las de prestación de servicios, por el apuntado

hecho de que suelen realizar ambas prestaciones y la dificultad de diferenciación en muchos supuestos de una u otra actividad. Por ello, con buen criterio, la normativa ha reulado conjuntamente el expediente para uno y otro supuesto.

Es un claro ejemplo de la necesidad de la realización de una memoria/expediente, tanto para la prestación de servicios como para el ejercicio de actividades económicas y su amplio contenido, lo establecido en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que en su artículo 205 (Requisitos para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas) indica lo siguiente:

- “1. Los acuerdos de las entidades locales relativos a la prestación de servicios y al ejercicio de actividades económicas requerirán la tramitación de un expediente en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa para los intereses públicos locales.*
- 2. El expediente se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
  - a) Acuerdo inicial del Pleno. La adopción del acuerdo requerirá la elaboración previa por una comisión nombrada al efecto de una memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, la forma de gestión, la previsión de los ingresos y precio de los servicios ofertados y los supuestos de cese de la actividad.*
  - b) Exposición pública por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.*
  - c) Aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad.*
- 3. Cuando los servicios reservados se presten en régimen de libre competencia, bastará para su establecimiento el acuerdo del Pleno de la entidad, que determinará la forma de gestión del servicio”.*

Téngase en cuenta que para las adopciones de dichos acuerdos en el Pleno, deben de ser sometidos a informes previos, tanto de la Secretaría como de la Intervención municipal. A pesar de ello, con una confusa redacción, el nuevo párrafo introducido en la reforma indica que en la memoria deberá constar el *“asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados”*. No parece muy claro el significado, pues el *“asesoramiento recibido”* no se sabe si se refiere al interno de los técnicos municipales, que siempre se presta, o está requiriendo un *“informe externo”*. Por otro lado, qué se entiende o cuál es el significado del *“apoyo técnico”*, y el concepto *“publicitado”* a qué se refiere y dónde.

Hubiera sido mucho más adecuado si se hubiera querido ser preciso y exhaustivo en la regulación, no innovar la redacción y realizar de forma similar y actualizada la que ya se recoge en el citado Reglamento de Servicios o en Legislaciones Autonómicas que son muy claras y precisas.

Al igual que en la gestión de servicios, en los supuestos de iniciativa para el ejercicio de actividades económicas, la LRSAL modifica el artículo 86 de la

LBRL, introduciendo perjudiciales novedades aun cuando se ha dulcificado la redacción originaria.

Así, se suprime la clarificadora referencia al artículo 128.2 de la CE y se remite al principio de sostenibilidad financiera, limitando de forma severa el ejercicio de las actividades económicas de los entes locales, estableciendo para la realización de nuevas actividades una serie de limitaciones y condiciones de difícil cumplimiento, con requisitos poco claros e indeterminados en cuanto a su contenido y alcance, como la obligación de realizar “un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, intervención subsidiaria del sector público en relación al sector privado”.

La razón está clara para nuestro legislador y la expone con absoluta rotundidad en el Preámbulo de la Ley: *“Finalmente, para favorecer la iniciativa económica privada, evitando intervenciones administrativas desproporcionadas, se limita el uso de autorizaciones administrativas para iniciar una actividad económica a casos en los que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas”*. Habrá que ver qué entiende el legislador por “proporcionalidad” pues es un término bastante equívoco y esperemos que no se concrete e interprete en más argumentos para justificar la imposición de la citada subsidiariedad.

El nuevo párrafo n.º 1 del artículo 86 indica:

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

*Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».*

Con independencia de la reiteración de lo ya indicado en relación a la memoria de la gestión de servicios, esta redacción presupone de por sí que la actividad pública incide negativamente en el mercado y que afecta a la iniciativa privada, subyaciendo, si bien con un carácter más sibilino que los textos anteriores, el criterio de su subsidiariedad en relación con el sector privado.

Por otro lado, estos criterios jurídicamente indeterminados pueden hacer que el proceso del ejercicio de la actividad económica sea un verdadero “calvario judicial” para los ayuntamientos ante cualquier recurso o demanda por parte del sector privado.

Porque, qué se entiende por *“un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad*

*local sobre la concurrencia empresarial*”. Se está pretendiendo volver a la necesidad de la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada. Criterio al que ya tuvo que salir al paso el artículo 6.º del R.D. Ley de 14 de marzo de 1980, que ya determinó que no era precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, reiterando el criterio constitucional.

#### **4.1.2.- Procedimiento actual**

##### **4.1.2.1.- Planteamiento**

El proceso para la constitución de estas sociedades mercantiles, tras las modificaciones que se acaban de ver, no varía sustancialmente aun cuando se introducen elementos que inducen a confusión. Así, para la gestión mediante Sociedad Municipal, el nuevo artículo 85.2 establece una serie de condiciones, en concreto las siguientes:

- a) Memoria justificativa; debe elaborarse una al efecto, en la que quede acreditado que resultan más sostenibles y eficientes que las formas sometidas al derecho público.
- b) Se deberá tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.
- c) Deberá constar además en el expediente el asesoramiento recibido, que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados.
- d) Se recabará informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Como se aprecia, el tema no es muy claro, en relación al orden y contenido de cada uno de los requisitos y el procedimiento de cómo debe realizarse. No obstante ello, de acuerdo con la distinta normativa de Régimen local vigente, tanto estatal como de CC.AA., se puede establecer el siguiente contenido del procedimiento; se realiza en dos fases delimitadas en cuanto al tiempo, normativa de aplicación y sus efectos:

- a) Una primera “fase interna” que se realiza en la Corporación que va a constituir la empresa pública; como tal acto de un organismo público está sujeta al derecho administrativo, se encuentra perfectamente reglada y se plasma en el oportuno expediente administrativo, denominado expediente de municipalización o provincialización del servicio. En esta fase es importante el hecho de que en la memoria que se ha de realizar en el expediente, han de constar los estatutos de la referida sociedad.
- b) Una segunda “fase externa” que se realiza fuera ya de la Corporación, sometida al derecho privado, fundamentalmente al derecho mercantil. En esta fase se produce el otorgamiento de la oportuna escritura de

constitución de la sociedad, elevada a pública ante Notario, y su inscripción en el Registro Mercantil, previo examen de verificación y calificación por el Registrador.

#### **4.1.2.2.- Fase interna: Expediente administrativo**

Es un elemento esencial para la constitución de la sociedad la elaboración de un expediente administrativo en el que *“se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa para los intereses públicos locales”*<sup>198</sup>. Es fundamental dicho expediente pues en el mismo se justifica adecuadamente, como se requiere para todo acto administrativo discrecional, la necesidad y conveniencia de la adopción de esta forma de gestión o de la iniciativa en la actividad económica con el suficiente grado de concreción y los distintos elementos específicamente requeridos en cuanto a su sostenibilidad y estabilidad presupuestaria.

Este expediente, como se ha indicado, tradicionalmente se denominaba expediente de municipalización o provincialización del servicio, proceso que se regula primordialmente en la normativa estatal por el Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, artículos 56 a 64; en el Real Decreto, de 18 de abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local a través de su artículo 97, y asimismo en el artículo 86 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local. La aplicación de los preceptos del reglamento de servicios, como ya se ha indicado, se ha de tener en cuenta a la luz del principio de autonomía de los entes locales, por lo que algunos de los principios y requisitos que regulan, han de entenderse derogados o limitados por el referido principio constitucional.

Intentando conjugar los requisitos introducidos por la LRSAL, lo establecido en la normativa estatal y las distintas legislaciones de las CC.AA., salvo mejor criterio, el procedimiento podría ser el siguiente:

---

<sup>198</sup> La Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, indica en su Artículo 197 “Requisitos para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas”, indica lo siguiente:

1. “Los acuerdos de las entidades locales relativos a la prestación de servicios y al ejercicio de actividades económicas requerirán la tramitación de un procedimiento en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa para los intereses públicos locales”.
2. El expediente se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:
  - a) Acuerdo inicial del Pleno. La adopción del acuerdo requerirá la elaboración previa, por una comisión nombrada al efecto de una memoria comprensiva de los aspectos sociales, financieros, técnicos y jurídicos de la actividad, la forma de gestión, la previsión de los ingresos y precio de los servicios ofertados y los supuestos de cese de la actividad.
  - b) Exposición pública, por plazo no inferior a un mes, a efectos de reclamaciones y alegaciones.
  - c) Aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad”.

## **1.º.- Acuerdo del pleno de la corporación municipal que inicia el Procedimiento**

En este acuerdo se establecerá el deseo de la constitución de una sociedad y la realización de un estudio donde se analice su viabilidad, competencia, etc., designándose al mismo tiempo una Comisión especial.

La composición de la misma que se indica en el RSCL, usuarios, representantes de cámaras oficiales o similares, se entiende por la Doctrina más moderna (Arana García, 1997, págs. 46 y 47) que se ha de referir exclusivamente a concejales y técnicos municipales y no a todos los que originariamente se refería el artículo 56.

Estos acuerdos corresponde adoptarlos al Pleno de la Corporación (art. 50 del Real Decreto 2568/86, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales) con las siguientes características:

- Para constituirlo válidamente, con la asistencia al menos de 1/3 de sus miembros.
- El quórum requerido para la aprobación de la propuesta es el de mayoría simple, no exigiéndose uno especial al no estar incluido en ninguno de los supuestos del artículo 47 de la LBRL y arts. 90 y 99 del mismo Real Decreto.

## **2.º.- Constitución de la comisión y redacción de la memoria**

Seguidamente se constituirá la Comisión Especial, que será la encargada de redactar una memoria. El plazo para la redacción de la referida memoria será de 2 meses.

El contenido es muy amplio, el reglamento de Servicios le impone distintos contenidos:

- a) Social: (artículo 59) se determinará la situación del servicio, soluciones admisibles para remediar las deficiencias que en su caso existieren, así como si habría de reportar a los usuarios mayores ventajas respecto a la iniciativa privada o la gestión indirecta, y en el supuesto de estimarlas, las enumerará y evaluará. En la exposición deberán reflejarse los hechos concretos, expresados, a ser posible, con cifras y estadísticas.
- b) Jurídico: (artículo 60) este es muy importante pues se habrá de adjuntar un proyecto de Estatutos que, en su momento, será el instrumento esencial por el que se regirá la actuación de la sociedad creada. En concreto, además de los estatutos, en este apartado se incluirán los siguientes aspectos:
  - Características del servicio y su encaje en los preceptos que determinan la licitud de la municipalización o de la provincialización.
  - Justificación de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 46 y certificación literal de los acuerdos adoptados por la

Corporación al autorizar o conceder el servicio establecido si se pretendiere la implantación de monopolio.

- Determinación y razonamiento de la elección del sistema de administración del servicio entre los previstos por este Reglamento y esquema de la organización de la Empresa que hubiere de ser establecida.
  - Proyecto de Reglamento de prestación del servicio.
- c) Técnico: (artículo 61) contendrá, en el caso de que así se requiera, las obras de implantación y su mantenimiento, así como las bases del planteamiento técnico del servicio. En el caso de que se cuente con instalaciones existentes, su descripción técnica, estado de conservación y reformas para su adecuado rendimiento.
- d) Financiero: (artículo 62) se realizará el estudio general de los costes que traerá consigo y los medios previstos para su satisfacción. De una forma concreta se exigen los siguientes aspectos:
- Avance del presupuesto de ejecución de obras, instalaciones y reformas necesarias para un período de veinticinco años.
  - Proyecto de tarifas que hayan de regir una vez municipalizado o provincializado el servicio y razonamiento de su cuantía en comparación con las de las Empresas que hubieren de ser expropiadas o rescatadas.
  - Estudio comercial del servicio en el que, con el auxilio de datos estadísticos, se refleje el coste del sostenimiento, productos previsibles y beneficio probable.
  - Estudio del coste de la expropiación, en su caso, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 171 de la Ley (RCL 1951, 744) y concordantes de este Reglamento.
  - Fórmula financiera para conseguir los capitales que requiera el establecimiento del servicio, con estudio de la amortización de la Deuda que pudiera contraerse y sus posibles efectos en el Presupuesto ordinario de la Entidad.

En la memoria justificativa que deberá acreditar, además, por requerimiento de la LRSAL, que la forma de gestión directa por la sociedad pública es la más sostenible y eficiente que las formas sometidas al derecho público, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Igualmente deberá contar expresamente los siguientes extremos:

- a) El asesoramiento recibido técnico y jurídico.
- b) Los informes sobre el coste del servicio.
- c) Un informe de intervención valorando la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Como se observa tras el estudio de las dos normativas, el RSCL y la LRSAL, esta última hubiera debido actualizar la regulación del primero adecuando



especialmente la terminología y no realizar una regulación con desconocimiento del mismo que, como se ha indicado, es confusa y reiterativa.

### **3.º.- Exposición al público de la memoria**

Ultimada la memoria se expondrá al público junto con los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico-jurídico recibido, por un plazo no inferior a 30 días, durante los cuales estará de manifiesto en la secretaría de la Corporación, y podrán presentarse las observaciones pertinentes, tanto por personas físicas como jurídicas (art. 97 del Real Decreto, 782/86 en relación con el art. 63 del Reglamento de Obras Públicas y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955).

Además se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia. No obstante ello, hay autores (Hurtado Orts, 1994, pág.142) que incluyen, por la transcendencia de la decisión y por el hecho de que los posibles perjudicados por la competencia puedan estar informados al igual que en los instrumentos de planeamiento la conveniencia de publicar, además de en el tablón de anuncios de la corporación, en *“dos periódicos de tirada por lo menos provincial”*.

### **4.º.- Aprobación definitiva**

Transcurrido dicho período se realizará un nuevo Pleno de la Entidad Local para la resolución de alegaciones y aprobación definitiva del proyecto de constitución de la Sociedad y sus Estatutos, con el contenido y las obligaciones concretas para la gestión del servicio, pudiendo aprobarse incluso la propuesta de convenio a suscribir con la sociedad (art. 97 del TRRL y art. 86.2 de la LRRL).

#### **4.1.2.3.- Fase Externa: Escritura Pública e Inscripción**

Esta segunda fase, como ya se ha indicado, se encuentra sometida al derecho privado, fundamentalmente al Derecho mercantil y en concreto a la normativa aplicable a la sociedad.

Tradicionalmente se aplicaban, si se pretendía constituir una Sociedad Anónima (S.A.) la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, o una Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 23 de marzo de 1995.

En la actualidad el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). En concreto el artículo 20 (*“Escritura pública e inscripción registral”*) establece que *“la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”*.

#### **a) Elevación a escritura pública**

Con carácter previo es necesario obtener la correspondiente certificación negativa de la Dirección General de Registros y del Notariado, respecto a la

denominación que se le quiere dar a la Sociedad. Se suele obtener esta durante el anterior período, pero debido a que su duración es limitada, dos meses, es conveniente que se solicite una vez cierta la aprobación del expediente.

El TRLSC establece la siguiente regulación en relación al otorgamiento y contenido de la escritura de constitución:

- a) Otorgamiento: La escritura de constitución deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (artículo 21).
- b) Contenido: La escritura de constitución deberá incluir, al menos, las siguientes menciones:
  - La identidad del socio o socios.
  - La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.
  - Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.
  - Los estatutos de la sociedad.
  - La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.
  - Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.

Además de ello, si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

En la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución, salvo disposición contraria de los estatutos, darán comienzo las operaciones sociales.

#### **b) Inscripción en el Registro mercantil**

El Ayuntamiento, como único socio fundador, tiene las facultades necesarias para la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en los de la Propiedad y de Bienes Muebles, así como para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes.

La presentación de la escritura de constitución a la inscripción en el Registro Mercantil se realizará en el plazo de dos meses desde la fecha del otorgamiento, previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible.

La inscripción, de acuerdo con lo establecido en los artículos 94 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil<sup>199</sup> (RRM), se realizará abriendo una hoja específica a cada sociedad, en la que deberán inscribir obligatoriamente los distintos actos de trascendencia registral que afecten a las sociedades. En concreto, en el artículo 94 RRM establece que en dicha hoja se inscribirán obligatoriamente, entre otros, los siguientes actos que se destacan:

1. La constitución de la sociedad, que necesariamente será la inscripción primera.
2. La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital.
3. La prórroga del plazo de duración.
4. El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, aunque no fueren miembros del mismo.
5. Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.
6. La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad.
7. Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal o acumulado, de la sociedad y las medidas administrativas de intervención.
8. En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento.

Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica y la plena capacidad de actuar válidamente en Derecho.

#### **4.1.3.- Especialidades Sociedades Urbanísticas**

Las sociedades urbanísticas tienen una especialidad en relación a su procedimiento de constitución y es que, en principio, no es necesario tramitar el expediente administrativo de municipalización. No obstante ello, ha sido una cuestión que aun cuando está clara en la normativa y en las resoluciones jurisprudenciales, ha sido muy discutida en la Doctrina y que, en la actualidad, debe ser analizada con los condicionantes que ha introducido la LRSAL.

Seguidamente analizaremos esta cuestión, distinguiendo entre las distintas posturas doctrinales.

---

<sup>199</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

#### **4.1.3.1.- Tesis de la innecesiedad del expediente de municipalización**

Es la tesis tradicional, pues el análisis de la normativa específica aplicable considera que en los supuestos de Sociedades Urbanísticas, como excepción al principio general, no es necesario dicho expediente. En concreto:

- a) El Real Decreto 1169/78 indica que la constitución de sociedades urbanísticas no necesitará expediente de municipalización o provincialización, sustituyéndose por informe de la intervención y acuerdo de pleno.
- b) El artículo 6.º del R.D. Ley de 14 de marzo de 1980, dictado precisamente con la finalidad de agilizar la gestión urbanística, determina, igualmente, que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios, siempre que se trate de entidades en las que participen las Corporaciones Locales.
- c) En esta misma línea se manifiestan distintas CC.AA. Así, entre otras, en Castilla-La Mancha, el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (TRLOTAU).

Igualmente este planteamiento ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 1995, 17 de junio de 1998 y 2 de octubre de 2000, ya vistas.

También la Doctrina mayoritaria, entre otros Federico Castillo Blanco<sup>200</sup>, se manifiesta conforme con la exclusión de la necesidad del expediente en virtud del principio de especialidad y la lógica preeminencia de la normativa urbanística, norma especial, frente a la de régimen local, norma general.

#### **4.1.3.2.- Tesis que mantiene la necesidad del expediente de municipalización**

Hay autores, como Estanislao Arana García, que consideran necesario el referido expediente realizando una fundada justificación que seguidamente se expone.

El expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido, desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común exige para el ejercicio de cualquier potestad discrecional como, por ejemplo, la de iniciativa pública económica.

Este procedimiento administrativo específico será necesario, por tanto, para el ejercicio de todas aquellas actividades que se presten en concurrencia con la iniciativa privada, es decir, en libre concurrencia. Dichas actividades serán,

---

<sup>200</sup> CASTILLO BLANCO (1999).

principalmente, aquellas que no estén reservadas legalmente al Poder Público. A diferencia de los principios jurídicos y económicos vigentes con anterioridad a la Constitución de 1978, una Administración Local puede crear una sociedad mercantil para la prestación de una actividad que también desarrolle la iniciativa privada. Ahora bien, esta decisión tendrá que ser motivada, motivación que se cumple con el expediente regulado en el artículo 97 del Texto Refundido.

Al igual que en el caso anterior, nos encontramos con jurisprudencia del Tribunal Supremo que no aplica correctamente esta doctrina, eximiendo del cumplimiento de estos requisitos procedimentales a empresas que concurren con la iniciativa privada en el ejercicio de actividades económicas. Fundamentalmente, esta errónea interpretación ha tenido lugar en el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística.

Este tipo de sociedades llevan a cabo una actividad de dación de bienes al mercado producida, por tanto, en concurrencia con la iniciativa privada. En este caso, la entrega de bienes tiene lugar en el mercado inmobiliario, concretamente en el ámbito de la gestión urbanística.

Conforme a esta naturaleza, por tanto, serían extensibles a las sociedades municipales de gestión urbanística, los principios y requisitos ya comentados y exigibles a toda iniciativa económica local<sup>201</sup>.

#### **4.1.3.3.- Situación tras la LRSAL**

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

Además de ello, es muy importante que en los efectos de sectorización como sociedad que se financia con ingresos de mercado, la memoria contenga un adecuado estudio de viabilidad económica en un horizonte de cinco o más años, acreditando dicha financiación de mercado y el necesario equilibrio financiero de la actuación de la sociedad. Ello permitirá al interventor sectorizarla como sociedad de mercado.

Además, la realidad es que la mayor parte de las sociedades urbanísticas municipales se constituyen realizando el referido expediente administrativo.

---

<sup>201</sup> ARANA GARCÍA (1997), páginas 40 y ss.

En la actualidad, con independencia de estos criterios formulados, la LRSAL, como se ha visto, impone necesariamente a las sociedades locales la realización de distintas actuaciones administrativas previas a la constitución que determinan la necesidad de realizar un expediente que contenga una Memoria justificativa, que debe dejar acreditada la sociedad; resulta más sostenible y eficiente que las formas sometidas al derecho público. Debiendo constar además en el expediente de constitución, los reiterados aspectos del asesoramiento recibido, los informes sobre el coste del servicio, el apoyo técnico recibido y el informe del interventor en relación a la sostenibilidad financiera y la eficiencia de la misma.

## **4.2.- ASPECTOS ESPECÍFICOS PARA SU CONSTITUCIÓN**

### **4.2.1.- Tipología societaria**

La LBRL, en su redacción originaria, indicaba que la sociedad debe constituirse en *“una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada”*, de acuerdo con su artículo 85 ter. En esta misma línea lo confirma el artículo 103.1 del TRLRL y el 105 del Reglamento de Servicios, que en relación a las sociedades mixtas indica literalmente: *“Las Empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada”*.

La LRSAL adecua esta redacción originaria a la nueva normativa societaria e indica que la sociedad deberá adoptar *“una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio”*. Las dos formas fundamentales de constitución de este tipo de sociedades son la Sociedad Anónima (SA) y Sociedad de Responsabilidad Limitada (SL), de acuerdo con el artículo 1 del TRLSC, como ya se ha visto en el Capítulo V.

El Problema surge en relación con las sociedades urbanísticas por el hecho de que algunas comunidades parecen restringir la constitución, tal y como ya lo realizara el R.D. 1169/1978, exclusivamente a la forma mercantil de Sociedades Anónimas, como Asturias<sup>202</sup>, que impone la necesidad de que se trate de sociedades anónimas.

Por el contrario, otras comunidades se refieren en general a sociedades mercantiles sin establecer mayores precisiones, como Cataluña, Galicia, Madrid, Murcia y Navarra, o recogen específicamente tanto sociedades anónimas como de responsabilidad limitada, como en La Rioja y Castilla y León, en la que conforme a la legislación mercantil, las Administraciones públicas, sus entidades dependientes, las mancomunidades y los consorcios, pueden constituir de forma individual o conjunta *“sociedades anónimas o*

---

<sup>202</sup> El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, en el artículo 13, que bajo es epígrafe “Sociedades urbanísticas” indica que: “La sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad anónima”.

*sociedades de responsabilidad limitada, o bien participar en sociedades anónimas ya constituidas*<sup>203</sup>.

Por ello, últimamente se ha iniciado una tendencia a preferir las Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues tras la Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en 1995, estas sociedades se constituyen con carácter capitalista, con una dinámica de funcionamiento más simple que las anónimas, con mayor vinculación del accionariado (partícipes) y especialmente por la indudable ventaja en relación al tema de las aportaciones a capital no dinerarias.

Cuando se aportan bienes a capital, en la Sociedad Anónima se impone la obligación de su valoración por perito independiente designado por el Registro Mercantil, mientras que en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, no es necesario el nombramiento de dicho perito independiente, respondiendo de su valor los socios, resultando mucho más económico y más en nuestro caso, en que la valoración la pueden realizar técnicos municipales, como se analiza en el siguiente apartado.

#### **4.2.2.- Capital social**

La regulación contenida en el actual artículo 85 ter de la LBRL<sup>204</sup> ha variado sustancialmente entre la redacción inicial, que indicaba que debería “*ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma*”, con lo que la totalidad del capital debería ser propiedad, directa o indirectamente (a través de una previa sociedad). Ante esta regulación, la Corporación interesada debía de ser la propietaria exclusiva del capital de la empresa y no podía transferirlo a persona alguna ni destinarlo a otras finalidades (salvo en los supuestos de disolución de la Sociedad) ya que perdería la condición de empresa instrumental al no pertenecer el 100% a la Corporación Local.

La nueva redacción del citado artículo, dada por la LRSAL, modifica esta originaria redacción e indica que el capital “*deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad*”. La diferencia de una u otra redacción, con independencia del tema de la aportación directa o indirecta, es que en la segunda de las redacciones se da una mayor amplitud, no limitando la aportación de capital al Ayuntamiento como titular único del capital, dando entrada a considerar como sociedades instrumentales también las pertenecientes a distintos entes locales, en la línea que ya se verá de la moderna Doctrina Europea de considerar medio propio a sociedades que, teniendo todo el capital perteneciente al sector público, no pertenecen íntegramente al ayuntamiento o administración que le realiza una encomienda.

Analizaremos seguidamente distintos aspectos relativos al capital y su aportación.

---

<sup>203</sup> Artículo 407 (“Sociedades urbanísticas”) del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

<sup>204</sup> El artículo 85 ter, como se ha visto, fue introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

#### **4.2.2.1.- Cuantía mínima**

El capital, si se trata de una sociedad anónima, no podrá ser inferior a 60.000 euros, se expresará necesariamente en esta moneda y se dividirá en acciones. Por el contrario, si se trata, por el contrario, de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, deberá ser superior a 3.000 euros, expresado en dicha moneda y dividido en participaciones, no existiendo ya el antiguo tope máximo de capital, como ya se ha indicado. Esto queda perfectamente establecido en el artículo 4 (*Capital social mínimo*) del TRLSC.

Es de tal importancia la existencia y mantenimiento de este capital mínimo que, de acuerdo con el artículo 5 de dicho texto legal, no solo no se autorizarán escrituras de constitución de sociedad de capital que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido, sino que tampoco aquellas escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra, salvo que sea consecuencia del cumplimiento de una Ley.

#### **4.2.2.2.- Suscripción y desembolso**

El capital deberá, de acuerdo con el artículo 89 RSCL, estar totalmente suscrito y desembolsado en su integridad desde el momento de su constitución.

Esta característica es específica para las públicas, pues en las privadas el régimen es distinto en función de que se trate de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada:

- Las participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad de responsabilidad limitada deberán estar íntegramente asumidas por los socios, e íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social (art. 78 TRLSC).
- Las acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima, a diferencia de la anterior, deberán estar íntegramente suscritas por los socios, pero el desembolso inicial, basta con un 25% de dicho capital (art. 79 TRLSC).

#### **4.2.2.3.- Naturaleza de las aportaciones**

Con carácter previo hay que indicar que en las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, no pudiendo aportarse trabajo o servicios. Siendo nula la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad.

La aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.

Se contemplan en el TRLSC dos tipos de aportaciones específicas, las dinerarias y las no dinerarias.



Las aportaciones dinerarias deben realizarse en euros, no obstante ello, si fuese en otra moneda, debe determinarse su equivalencia en euros. Para su efectividad debe acreditarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante de la escritura de constitución o de ejecución de aumento del capital social o, en el caso de las sociedades anónimas, de aquellas escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos, deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella. Hay que destacar en este último caso que la vigencia de la certificación será de dos meses a contar de su fecha.

En el supuesto de aportaciones no dinerarias deberán describirse con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social. El régimen de obligaciones y responsabilidades del que realiza la aportación es distinto en función de la tipología:

- a) Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos.
- b) En la aportación de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.
- c) Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. También procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

En estos casos, de acuerdo con el artículo 133 del RRM, se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad o a la de aumento del capital social el informe del perito independiente depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil. En la inscripción se hará constar el nombre del experto que lo haya elaborado, las circunstancias de su designación, la fecha de emisión del informe y si existen diferencias entre el valor atribuido por el experto a cada uno de los bienes objeto de aportación no dineraria y el que a los mismos se le atribuya en la escritura. El Registrador denegará la inscripción cuando el valor escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un 20 por 100.

#### **4.2.2.4.- Valoración de las aportaciones no dinerarias**

En el supuesto de que en vez de dinero se aporten bienes, se requiere la valoración previa de los mismos. El régimen de valoración es distinto en el supuesto de que se trate de Sociedades Anónimas o de Sociedades de

Responsabilidad Limitada. En las Sociedades Anónimas el TRLSC establece la necesidad de un informe de valoración por perito independiente, salvo excepciones contempladas en el artículo 69, bienes que se aporten por perito independiente designado por el registro mercantil; por el contrario no se impone esta obligación para las Sociedades de responsabilidad limitada.

Es muy importante este tema para las sociedades públicas municipales, especialmente las urbanísticas, pues es práctica habitual que las mismas reciban terrenos como aportación a capital, bien en el momento de su constitución como posteriormente mediante ampliación de capital, por ser una fórmula fiscalmente más rentable que otros supuestos.

Analizaremos ambos supuestos.

#### **a) Valoración aportaciones en la SA**

En concreto, el TRLCS establece esta obligación en el artículo 67, que impone este informe tanto en la constitución como en los aumentos de capital de este tipo de sociedades. El informe será elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social.

El procedimiento se encuentra establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), componiéndose de las siguientes fases:

1. **Solicitud de designación de experto:** Se inicia mediante instancia por triplicado, dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes: denominación y datos de identificación registral de la sociedad, la descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, así como del número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida y la declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otra valoración de los mismos bienes, realizada por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.
2. **Nombramiento:** Presentada la instancia y practicado el asiento de presentación en el Libro diario dentro de los quince días siguientes, el Registrador designará, conforme a las normas que se dicten y, en ausencia de éstas, a su prudente arbitrio, un experto independiente, o varios en determinadas circunstancias, entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones. En la resolución por la que se nombre al experto o expertos independientes, determinará el Registrador la retribución a percibir por cada uno de los nombrados o los criterios para su cálculo.

3. **Comunicación del nombramiento:** El nombramiento se notificará al experto designado por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación. Igualmente se notificará al solicitante. En esta fase pueden producirse distintos supuestos:

- **Aceptación:** en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación deberá el nombrado comparecer ante el Registrador para aceptar el cargo, lo cual se hará constar por diligencia en la instancia archivada en el Registro. Transcurrido este plazo sin haber comparecido el designado, cualquiera que fuese la causa que lo haya impedido, caducará su nombramiento, procediendo el Registrador a efectuar un nuevo nombramiento.
- **Excusa del cargo:** El nombramiento se remitirá al solicitante y al experto, que deberá aceptar el cargo o si fuese incompatible excusarse inmediatamente ante el Registrador, quien, previa notificación a los interesados, procederá a la designación de otro nuevo. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los peritos por la legislación procesal civil.
- **Recusación:** Igualmente podrá ser recusado por los interesados, en cualquier momento, antes de la elaboración del informe, por el procedimiento específico regulado en el artículo 342.

4. **Emisión del informe:** El experto elaborará su informe por escrito razonado en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la aceptación del nombramiento, pudiendo el Registrador, a petición del propio experto, conceder un plazo mayor cuando concurren circunstancias excepcionales.

Si el informe no es emitido en el plazo concedido, caducará el encargo, procediéndose por el Registrador a un nuevo nombramiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido el experto por el incumplimiento de su mandato.

Emitido el informe, el experto entregará el original a la persona que hubiera solicitado su nombramiento y comunicará tal entrega al Registrador Mercantil que lo hubiera nombrado, quien lo hará constar en el expediente, que cerrará en ese momento mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará asimismo al margen del asiento de nombramiento.

El informe emitido por el experto caducará a los tres meses de su fecha, salvo que con anterioridad hubiera sido ratificado por el propio experto, en cuyo caso prorrogará su validez tres meses más, a contar desde la fecha de ratificación.

El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.

5. **Retribución del Experto:** La retribución la percibirá el experto directamente de la sociedad en cuyo nombre se hubiera solicitado el informe y, si ésta no se hubiera constituido, de quien hubiera firmado la solicitud. Con carácter previo, podrá solicitar provisión de fondos a cuenta de sus honorarios antes de iniciar el ejercicio de sus funciones.

Una vez emitido el informe del experto independiente se otorgará la escritura pública de constitución de la sociedad o la de ejecución del aumento del capital social. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos. El informe se incorporará como anexo a la referida escritura.

Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias.

El experto responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños que puedan causarles su errónea valoración, si bien quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada. La acción para exigir esta responsabilidad prescribirá a los cuatro años de la fecha del informe.

#### **b) Valoración aportaciones en la SL**

A diferencia de la SA, en la Sociedad de responsabilidad limitada no es necesaria la valoración de un experto independiente sino que se admite una valoración realizada por los administradores, en base a la que pueda realizar cualquier perito. No obstante ello, al igual que en la SA, puede realizarse por experto independiente si hay acuerdo para ello.

Este sistema para las sociedades mercantiles municipales es bastante más conveniente que el anterior y, de hecho, hace que sea uno de los aspectos más destacados a la hora de decidir la constitución de una SL en vez de una SA. Las razones por las que es más adecuada para la sociedad municipal son varias.

En primer lugar por el hecho de la facilidad que se tiene en un Ayuntamiento, pues los bienes se encuentran ya valorados en el inventario si son patrimoniales o se encuentran perfectamente valorados en los instrumentos de gestión urbanística si provienen de una actuación de esta clase, además de la facilidad de su actualización por medio de los técnicos o el arquitecto municipal, lo que evita el complejo procedimiento anteriormente visto. Por otro lado, las valoraciones muchas veces no son demasiado adecuadas al valor de repercusión del suelo destinado a vivienda protegida, lo que puede plantear problemas, no solo en el proceso de calificación de VPO sino también problemas a efectos fiscales.

Por último, y no es un tema menor, el ahorro económico que supone la valoración por los técnicos municipales, pues las valoraciones de inmuebles, especialmente de solares, tradicionalmente son caras.

En estos casos, al igual que en el supuesto anterior, una copia autenticada del informe del experto o, en su caso, del informe de los administradores, deberá depositarse en el Registro Mercantil y acompañarse como anexo a la escritura de constitución o ampliación del capital.

En la SL, de acuerdo con el artículo 73, los fundadores, las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura.

En caso de aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones. La acción de responsabilidad deberá ser ejercitada por los administradores, por los liquidadores de la sociedad, por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo, siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social, y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad. La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación. Los socios cuyas aportaciones no dinerarias sean sometidas a valoración pericial conforme a lo previsto para las sociedades anónimas, quedan excluidos de la responsabilidad solidaria.



## **CAPÍTULO IX.- COMPONENTE SUBJETIVO: ÓRGANOS DE GOBIERNO Y PERSONAL A SU SERVICIO. ANÁLISIS DE DISFUNCIONES**

### **1.- EL COMPONENTE SUBJETIVO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES**

#### **1.1.- TIPOLOGÍA**

En el ámbito subjetivo de las Sociedades Mercantiles Locales distinguiremos al objeto del estudio distintos ámbitos, por un lado los órganos de gobierno y sus miembros, por otro el personal ligado por contrato mercantil o laboral que se integra en la estructura u organigrama de la sociedad. Tanto unos como otros desarrollan dentro de su ámbito las funciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad de la sociedad pública, la prestación de un servicio público o el desarrollo de actividades económicas en interés de la población. Se analizarán de forma conjunta tanto las sociedades que adopten la forma de Sociedad Anónima (SA) como las de Responsabilidad Limitada (SL), destacando, cuando la normativa establezca alguna diferencia esencial entre ellas, en qué consisten las mismas.

En relación con los Órganos de Gobierno, como posteriormente se analizará, las sociedades Mercantiles Públicas y especialmente las locales, tradicionalmente han mantenido cierta especialidad en relación con las sociedades mercantiles privadas, por cuanto que estas últimas, de acuerdo con la legislación mercantil, se componían esencialmente de la Junta General y el órgano de administración, que podía encomendarse a una o varias personas, mancomunada o solidariamente, o, en su caso, al denominado Consejo de Administración.

Por el contrario, las sociedades mercantiles locales, tradicionalmente tenían impuesto por la normativa local tres Órganos de Gobierno. Así, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) determina en el artículo 90 que serán los siguientes:

- a) La corporación interesada, asumiendo las funciones de la Junta General.
- b) El Consejo de Administración.
- c) La Gerencia.

No obstante ello, como posteriormente analizaremos, esta imposición del RSCL se encuentra matizada por la normativa actual, pudiendo variar estos órganos, pero la realidad es que éstos suelen ser los habituales y los consideraremos como punto de partida.

Junto a los órganos de gobierno se encuentra, dentro del componente subjetivo, el personal de las sociedades, las personas individualizadas que forman parte de dichos órganos o colaboran con una u otra relación jurídica en la actividad de la misma. Estos son los siguientes:

- a) Integrantes de los órganos de gobierno: Son los integrantes, tanto de la Junta General, que son los propios concejales del Ayuntamiento que forman el Pleno, como especialmente los Consejeros o integrantes del Consejo de Administración de la sociedad.
- b) Directivos y profesionales vinculados por contratos mercantiles o de Alta Dirección: Son esencialmente los gerentes o aquellos que colaboran con el Consejo de Administración sin formar parte del mismo, como la figura habitual del “Secretario no consejero” o del “Letrado del Consejo de Administración”.
- c) Personal Laboral: El personal que, al igual que en el resto de sociedades se encuentra ligado a la sociedad por un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral, en cualquiera de sus modalidades o tipología.

Hay que precisar que en el presente apartado se analizarán los órganos de gobierno de las sociedades instrumentales, que como se ha reiterado se consideran las sociedades cuyo capital pertenece en su totalidad a la administración o a entes y sociedades dependientes de las mismas, dejando el estudio de los órganos de las empresas mixtas al Capítulo XI, donde de forma específica se analizan las mismas.

## **1.2.- SITUACIÓN TRAS LA LRSAL: CLASIFICACIÓN SOCIEDAD**

La LRSAL, como ya se ha visto en apartados anteriores, ha supuesto una profunda modificación en la situación de las Empresas Mercantiles Locales, aun cuando algunos de los aspectos no están ni muy claros en cuanto a su aplicación ni a su contenido y alcance.

Los efectos sobre el ámbito subjetivo del Sector Público Local, es decir, sus órganos de gobierno y sus miembros, así como el personal ligado por contrato mercantil o laboral, se establecen esencialmente en los siguientes apartados de la LRSAL, de acuerdo con las categorías de personal anteriormente establecidas:

- a) Integrantes de los órganos de gobierno: En relación a los miembros de las corporaciones locales, pues forman parte de los órganos de gobierno y las retribuciones que reciban de los entes instrumentales de la corporación local, el nuevo artículo 75 bis de la LBRL: *“Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales y del personal al servicio de las Entidades Locales”*.
- b) Directivos y profesionales vinculados por contratos mercantiles o de Alta Dirección: La Disposición adicional duodécima: *“Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno”*.



- c) Personal laboral: El artículo 103 bis. Masa salarial del personal laboral del sector público local.

En este sentido y con carácter previo, hay que destacar que el número 2.º de la citada Disposición adicional duodécima nos da como punto de partida la clave para afrontar el estudio de las distintas modificaciones y criterios para analizar los efectos generales a la mayor parte del componente subjetivo y la composición de los órganos de gobierno. Este apartado 2.º indica que será el Pleno de la Corporación local el que realice la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características:

- Volumen o cifra de negocio, número de trabajadores.
- Necesidad o no de financiación pública.
- Volumen de inversión.
- Características del sector en que desarrolla su actividad.

Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

- a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso. En este sentido, el n.º 4 de dicha Disposición establece que el número máximo no podrá exceder de:
- 15 miembros en las entidades del grupo 1.
  - 12 miembros en las entidades del grupo 2.
  - 9 miembros en las entidades del grupo 3.
- b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

Los efectos particulares en cada una de estas categorías se analizarán en el apartado del presente estudio correspondiente a los mismos.

No da la norma plazo para la realización de dicha clasificación, pero algún autor sugiere la fecha del 28 de febrero de 2014 para adecuarla a lo previsto en el n.º 6 de dicha disposición, que establece la adaptación de los contratos de directivos, pero ello no aparece claramente determinado en la referida Disposición. La realidad es que, en la actualidad, todavía hay muchas corporaciones locales que no han procedido a dicha clasificación.

Sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el sector público local difundirán a través de su página Web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros.

Además, las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en la LRSAL, en el

plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

Ejemplos de clasificaciones de sociedades mercantiles locales, hay varios, en concreto:

El Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, el 25 de abril de 2014, procedió a clasificar sus sociedades, además de adoptar los demás acuerdos necesarios en relación con el establecimiento del número máximo de directivos y sus retribuciones; por su interés se transcriben los cinco puntos del acuerdo:

*“PRIMERO. Clasificación de las entidades del sector público local del Ayuntamiento de Zaragoza.*

*Las entidades del sector público local del Ayuntamiento de Zaragoza, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, se clasifican en los siguientes grupos, con indicación del número máximo de miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles o de los consejos de los organismos autónomos:*

*1. Organismos autónomos:*

- a) Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas: Grupo 1. Máximo 15 miembros.*
- b) Patronato Municipal de las Artes Escénicas y de la Imagen: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- c) Patronato Municipal de Turismo: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- d) Instituto Municipal de Empleo y Fomento Empresarial: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*

*2. Sociedades mercantiles íntegramente municipales:*

- 1. Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- 2. Zaragoza Deporte Municipal, S.A.: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- 3. Sociedad Municipal Audiorama Zaragoza, S.A.: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- 4. Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, S.L.U.: Grupo 1. Máximo 15 miembros.*
- 5. ZGZ Arroba Desarrollo Expo, S.A.: Grupo 2. Máximo 12 miembros.*
- 6. Ecociudad Zaragoza, S.A.U.: Grupo 1. Máximo 15 miembros.*

*SEGUNDO. Número máximo de directivos.*

*El personal directivo de cada sociedad, organismo autónomo municipal o entidad dependiente incluidas, en su caso, Fundaciones, estará constituido por un solo cargo, que recibirá la denominación de Gerente o Director Gerente.*

TERCERO. *Retribuciones máximas de los órganos directivos y contratos de alta dirección de los organismos autónomos y sociedades mercantiles íntegramente municipales.*

*La cuantía máxima de Las retribuciones de los órganos directivos y contratos de alta dirección de los organismos autónomos y sociedades mercantiles íntegramente municipales, por equiparación con las correspondientes a los puestos de trabajo de los órganos directivos y funcionarios municipales, será la siguiente:*

- a) Gerentes de sociedades mercantiles y organismos autónomos municipales del grupo 1: Retribuciones máximas equiparables a los Directores Generales del Ayuntamiento de Zaragoza.*
- b) Gerentes de sociedades mercantiles y organismos autónomos municipales del grupo 2: Retribuciones máximas equiparables a los Jefes de Departamento del Ayuntamiento de Zaragoza.*
- c) Gerentes de sociedades mercantiles y organismos autónomos municipales del grupo 3: Retribuciones máximas equiparables a los Jefes de Servicio del Ayuntamiento de Zaragoza.*

CUARTO. *Adaptación del régimen retributivo y contractual de los órganos directivos y contratos de alta dirección de los organismos autónomos y sociedades mercantiles íntegramente municipales.*

*1. De conformidad con lo establecido en el artículo 13.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, los contratos del personal directivo de los organismos autónomos y sociedades mercantiles íntegramente municipales estarán sometidos a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.*

*2. Las retribuciones de los contratos de alta dirección se clasifican en básicas y complementarias. El porcentaje máximo de las retribuciones complementarias se establece en un 60% de la retribución, siendo el complemento variable de, al menos, un 10% del total de la misma.*

*3. La adaptación de su régimen retributivo no podrá producir incremento alguno de sus retribuciones finales, en relación a su situación anterior (incluidos los conceptos retributivos de antigüedad, en su caso, y dietas).*

*4. Para los contratos que en 2013 superaron las retribuciones máximas contempladas en este acuerdo, se establece un complemento anual personal transitorio (CPT), equivalente a las cantidades que perciben actualmente en concepto de antigüedad, siempre y cuando la suma sea inferior a las cantidades percibidas en 2013.*

*Dicho complemento personal transitorio será absorbido por cualquier mejora retributiva posterior. Los porcentajes determinados en el párrafo 2 se aplicarán excluyendo del cómputo el citado complemento.*

QUINTO. *Adaptación de estatutos.*

*De conformidad con lo establecido en el párrafo 6 de la disposición duodécima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, las entidades del sector público local del Ayuntamiento de Zaragoza adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en dicha Ley, y este acuerdo en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación. Igualmente y en el citado plazo, se efectuarán las modificaciones necesarias para adaptar los actuales contratos del personal directivo -Gerentes o Directores Gerentes- a la relación laboral de carácter especial de alta dirección señalada en la Ley 7/2012, del Estatuto Básico del Empleado Público, la estructura y cuantía de las retribuciones fijadas, y las atribuciones o funciones de los puestos”.*

El Ayuntamiento de Gijón sigue para la clasificación de las Empresas en su acuerdo de Pleno de 18 de julio de 2014, los criterios emanados de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión<sup>205</sup> sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, al considerarlo un criterio adecuado y con ciertas garantías. Siguiendo éste, clasifica los tres grupos de la siguiente forma:

- Grupo 1.º. Volumen de negocio mayor o igual a 2 millones de euros.
- Grupo 2.º. Volumen de negocio menos de 2 millones de euros y más de 1 millón de euros.
- Grupo 3.º. Volumen de negocio igual o inferior a 1 millón de euros.

Otros Ayuntamientos han usado un criterio más restrictivo, al utilizar la clasificación fiscal de las empresas que se recoge en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, que en su artículo 108 se entiende por empresa de reducida dimensión, aquella cuyo importe neto de cifra de negocios en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros.

---

<sup>205</sup> Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (Diario Oficial L 124, de 20.5.2003). La Presente Recomendación las define, pero indica que sólo es vinculante para determinadas materias, como las ayudas estatales y la aplicación de los fondos estructurales o de los programas comunitarios, especialmente el Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico. Sin embargo, la Comisión Europea recomienda encarecidamente a los Estados miembros, al Banco Europeo de Inversiones y al Fondo Europeo de Inversiones que la utilicen como referencia. Las medidas que se adopten a favor de las PYME presentarán así una mayor coherencia y serán más eficaces.

En concreto las microempresas y las pequeñas y medianas empresas se definen en función de sus efectivos y de su volumen de negocios o de su balance general anual.

- a) Mediana: Se define como tal una empresa que ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.
- b) Pequeña: Empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.
- c) Microempresa: Empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

## **2.- ÓRGANOS DE GOBIERNO**

### **2.1.- INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

La regulación de los órganos de gobierno, como ya se ha indicado, es una de las materias que siempre ha planteado más discusiones y conflictos en la Doctrina. La razón de ello es que su regulación fundamental se encontraba en el Reglamento de Servicios de Corporaciones (RSCL), norma preconstitucional pero aún en vigor, que establece distintas limitaciones en su composición y funcionamiento, lo que plantea ciertas dudas en relación a la autonomía y libertad de autoorganización de los entes locales preconizada por la Constitución de 1978<sup>206</sup>.

El RSCL establece los distintos órganos de la sociedad y las características y limitaciones de los mismos. En concreto, establece los siguientes criterios:

En primer lugar, determina los distintos órganos de gobierno obligatorios en las Sociedades Públicas municipales, que de acuerdo con el artículo 45, son los siguientes:

- La corporación interesada, asumiendo las funciones de la Junta General.
- El Consejo de Administración.
- La Gerencia.

Esta delimitación obligatoria planteaba distintos temas de discusión, en relación a cada uno de estos órganos obligatorios, por cuanto la normativa mercantil ha otorgado siempre mayor libertad en la constitución de las sociedades mercantiles. Así en relación a la Junta General, el hecho de que pudiera considerarse más adecuado que el pleno no fuera la junta general, como no lo es en las sociedades mixtas, y sí otro órgano del Ayuntamiento como la Junta de Gobierno. En relación al Consejo, la obligatoriedad de su constitución, pues la normativa mercantil prevé otras formas de administración de la sociedad como la designación de uno o varios administradores mancomunados o solidarios. Por último, la necesidad de nombrar un gerente de la sociedad, que no deja de ser un apoderado del Consejo, cargo que en las sociedades mercantiles no es obligatorio a diferencia de las públicas, pudiendo, en algunos supuestos, resultar más conveniente que designar un gerente, el que sus funciones las asuma un administrador o un consejero delegado.

En segundo lugar, el RSCL establece una serie de restricciones y limitaciones en relación al número y caracteres personales de los consejeros. En concreto el artículo 93 establece las siguientes condiciones:

- a) En relación al número de consejeros se indica que no excederá de 5 en municipios de menos de 20.000 habitantes, ni de 9 en el caso de que los habitantes del municipio sean más de ese número.

---

<sup>206</sup> El artículo 140 de la Constitución indica que: "la Constitución garantiza la autonomía de los municipios".

- b) Existe además una limitación cualitativa al nombramiento de consejeros, pues los miembros políticos, se entiende concejales, se encontraban limitados a un tercio de dicho consejo; el resto deberán ser técnicos o expertos.

La limitación en orden al número y cualidad de sus miembros, respondía a un criterio claro del RSCL en el sentido de establecer una triple clasificación de órganos en base a su adscripción técnica o política. La Junta es el ámbito político, en ella se reúnen todos los concejales. En el Consejo de Administración, con una naturaleza mixta político/técnica, se buscaba la entrada de un amplio componente técnico, profesionales liberales, técnicos, juristas, miembros de las Cámaras de Comercio, Cajas de Ahorro, etc., con la idea de que éstos den a los políticos una visión más cercana a la realidad de la actividad mercantil y comercial. Por último, un órgano eminentemente técnico, el gerente, profesional con la misión de realizar la ejecución de la política y acuerdos del Consejo y las labores de dirección de la sociedad con criterios eminentemente técnicos.

Las limitaciones específicas del Consejo, que en su origen tenía el objeto de convertir el consejo de administración en un órgano en el que predominaba más el componente técnico que el político, era criticada especialmente, pues si bien es loable desde un punto de vista de la tecnificación de las sociedades, planteaba distintos problemas de orden político. Ello es así pues no permite, por el contrario, establecer en el Consejo, si se considera conveniente, la misma distribución o representación de fuerzas políticas que las del Pleno, lo que era solicitado en muchos casos por los alcaldes en el momento de la constitución de las sociedades. El mantenimiento de la proporción facilitaba la gestión, pues discutido en profundidad y decidido un tema en el seno del consejo de administración, permitía que la aprobación del pleno (Junta General) no fuera sino un trámite, evitando distintos problemas y situaciones difíciles.

En relación a la evolución de dichas limitaciones que impone el RSCL, tanto en relación con la obligación del establecimiento de órganos concretos como en relación al Consejo de Administración, que no eran recogidas en ninguna otra norma legal, se puede establecer cuatro etapas sucesivas<sup>207</sup> tras la Constitución, que concluyen con la reciente reforma realizada por la LRSAL. Éstas son las siguientes:

**a) En una primera etapa**

La Doctrina consideraba que las limitaciones del título III del RSCL eran incompatibles con la autonomía de las Corporaciones Locales para la elección del mejor modo de gestión de sus propios servicios, según proclama el artículo 140 de la Constitución, por lo que ha de considerarse derogado en lo que

---

<sup>207</sup> El esquema del proceso histórico de la evolución de las limitaciones, ya se avanzaba en nuestro estudio, que ahora se completa y actualiza. Bueso Guirao, E. y Zurita Jiménez, M. Sociedades urbanísticas como promotoras públicas de vivienda, suelo y equipamiento, Boletín Informativo n.º 71. Julio de 2002. Asociación de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo. Valencia.

respecta a la existencia de los órganos obligatorios y al número máximo de miembros del Consejo de Administración, ya que dicho Reglamento es no solamente preconstitucional, sino que fue dictado en un régimen no democrático, totalmente incompatible con la legislación que regula las corporaciones democráticas de nuestros días.

Este tema se vio confirmado, especialmente, por el hecho de que los notarios elevaron a escritura pública y los propios registradores mercantiles no pusieron problemas a la inscripción de sociedades municipales que no habían cumplido dichas limitaciones desde la aprobación de la Constitución.

#### **b) En una segunda etapa**

Con la Resolución da la DGRN, de 6 de octubre de 1999, que determina la vigencia y la necesaria observancia de las limitaciones del artículo 93. No obstante ello, la Resolución solamente se refiere al número de componentes del consejo, no indicando nada en relación al criterio de composición del órgano rector, pero ello parece deducirse de la lectura de la misma, además, plantea el hecho de que deberá entenderse la obligatoriedad de todos estos órganos y su condición.

Esta tesis fue posteriormente confirmada, en cuanto a la adscripción de los consejeros, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 2000, en relación con la sociedad de Autobuses de Valladolid, Sociedad Anónima, y la Sociedad de abastecimiento de Aguas y saneamiento de esa ciudad, que declara la nulidad del Acuerdo de la Junta General de ambas sociedades por no modificar los estatutos sociales “sin respetar la calidad o adscripción de sus miembros a un tercio de miembros pertenecientes a concejales”.

#### **c) En una tercera etapa**

Con la publicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, el legislador se hizo eco de las críticas realizadas a la regulación del RSCL y establece una nueva regulación en el artículo 85 ter, 3.º de la Ley de Bases, que dispone:

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

Con ello la Doctrina opinaba que habían quedado eliminadas dichas limitaciones, tras la aparición de esta nueva regulación, por los siguientes motivos:

- La sentencia del Tribunal Constitucional 35/1992 dispone que cuando exista una Ley que regule la materia con el carácter de básica, la consideración de tal calificativo de lo dispuesto en un Reglamento sólo puede derivar de lo prevenido directa o indirectamente de la Ley.
- La normativa básica de las Corporaciones Locales viene dada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y por

el texto refundido de las disposiciones legales en vigor en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, bloque normativo que no contiene norma alguna que imponga la designación del Pleno como Junta General, el carácter obligatorio del gerente ni limitaciones numéricas o cualitativas de componentes del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de propiedad municipal.

Sentadas las premisas anteriores, con esta nueva regulación podrían establecerse los siguientes criterios:

1. Serán los estatutos los que determinen la designación y composición de la junta general, la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de los mismos, lo que otorga a sus constituyentes una mayor libertad que establecía el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, en virtud del principio de autoorganización de las corporaciones locales.
2. Desaparecen por tanto las limitaciones y el carácter obligatorio de los cargos regulados en el reglamento de servicios, por lo que la Junta General la formarán los miembros u órgano que determinen los estatutos, serán políticos o no los miembros del Consejo de Administración, y estos estatutos definirán la existencia o no de gerente.
3. El Reglamento de Servicios se aplicará de forma supletoria como norma reglamentaria, en el supuesto, muy improbable, de ausencia de regulación estatutaria.
4. Por último, en relación a la Junta General de la Sociedad, no existe problema en que sea la Junta de Gobierno en vez del Pleno; la razón de ello es la potestad de autogobierno que desarrolla y amplifica la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, norma de carácter legal frente a la reglamentaria.

#### **d) En una cuarta etapa**

Con la entrada en vigor de la LRSAL, se vuelve a establecer de nuevo limitaciones al número de Consejeros de las sociedades Mercantiles Locales. Para ello modifica la Disposición adicional duodécima de la LBRL, indicando que el Pleno de la Corporación local debe, en primer lugar, como se ha visto, realizar la previa clasificación de sus entidades dependiente que integran su sector público local en tres grupos. Y que en base a esta clasificación se determinará el número máximo de miembros del consejo de administración, que no podrá exceder de:

- a) Sociedades del Grupo 1.º: 15 consejeros.
- b) Sociedades del Grupo 2.º: 12 consejeros.
- c) Sociedades del Grupo 3.º: 9 consejeros.

No parece adecuada esta medida en el Sector Público Local. En primer lugar, por el hecho de que a diferencia de las Sociedades Públicas Estatales, los consejeros de las Locales, o no reciben dietas o éstas son muy reducidas (las



mismas que por asistencia a un Pleno, suele ser lo habitual), lo que en realidad supone un gasto mínimo y, en segundo lugar, por el impedimento de la libertad que hasta ese momento se tenía en función de las necesidades concretas y para poder establecer una configuración similar al pleno del ayuntamiento con las ventajas que se han apuntado anteriormente.

Nada dice la nueva Ley en relación a la composición de la Junta General ni del carácter político o no de los Consejeros; tampoco en relación a la gerencia. Estos aspectos, por lo tanto, se definirán en los estatutos, como indica el artículo 85 ter de la LBRL.

## **2.2.- LA JUNTA GENERAL**

### **2.2.1.- Régimen jurídico de su actuación**

La Junta General habitualmente es el Pleno del Ayuntamiento, lo que como se ha visto es lo que preconiza el RSCL.

En la actualidad, con la libertad que otorga el citado artículo 85 ter 3.º de la LBRL, los estatutos podrán prever que la Junta General no sea el Pleno y, como está siendo habitual en algunas grandes ciudades, sea la Junta de Gobierno la que supla al Pleno en esta función, claro está, siempre que en los estatutos prevean esta posibilidad en base a la potestad de autogobierno de las corporaciones locales.

El funcionamiento de la Junta General de la Empresa se acomodará, tanto se trate del Pleno de la Corporación o la Junta de Gobierno, al procedimiento y al régimen de adopción de acuerdos de las Entidades Locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades Anónimas en las restantes cuestiones sociales.

En esta línea indica Lliset Borrell que: *“la adopción de acuerdos se someterá al principio de colegialidad, en los términos de la legislación local, en cuanto a convocatoria, quórum de constitución, régimen de debates, quórum de votación, publicación y comunicación de acuerdos, etc.”*. Por ello, sigue indicando este autor, que: *“el régimen de impugnación de acuerdos, que forma parte del procedimiento administrativo, no se regirá por la Ley de Sociedades anónimas, concebido para la defensa de los socios minoritarios, sino por el régimen jurídico-administrativo concebido para la defensa del interés público y el respeto a los derechos privados”*<sup>208</sup>.

Como ha reiterado la Jurisprudencia, es en la Junta General donde se aprecia claramente la existencia de la dualidad público/privada de la Sociedad Mercantil Local y la naturaleza de actos separables de su actuación, así, en relación a la convocatoria, procedimiento y a la adopción de acuerdos al ser actos “ad intra”, la actuación de la Junta se somete a la normativa administrativa, y a la mercantil en el resto de cuestiones sociales o actos “ad extra”.

---

<sup>208</sup> LLISSET BORRELL (1999), Páginas 130 y 131.

La interesante STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002<sup>209</sup>, enjuiciando la posibilidad de impugnar un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Granada, constituido en Junta General de la sociedad “Emasagra, SA”, formula claramente este sistema dual al indicar:

*“En cuanto a la Junta General, siempre teniendo en cuenta el modelo preexistente, concurrían aspectos formales separables, de naturaleza administrativa, en relación con el procedimiento y régimen de adopción de acuerdos y, en consecuencia, la impugnación de estos últimos se sujetaba al Derecho Administrativo y era competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues no debe olvidarse el principio de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas, que hacen que sus actos constituyan un aspecto separable.*

*Además, la fuentes normativas que debían regir el funcionamiento de la sociedad, tal y como hemos visto, evidenciaban una separación entre el funcionamiento de la misma «ad extra», esencialmente mercantil, y algunos aspectos de funcionamiento interno, que el legislador aísla y separa de la Ley mercantil, invocando las normas que rigen la Administración local. Si a esto se añade que el interés público estaba fuertemente representado en la gestión de la sociedad, ya que satisfacía un servicio público esencial con reserva en favor de las Entidades locales, proclamada en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), y que para los supuestos de contratación por este tipo de sociedades, también se acude a la doctrina de los actos separables para el enjuiciamiento en sede jurisdiccional Contencioso-Administrativa, el resultado será, en principio, la posibilidad de revisar la actuación de esta sociedad en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos, conforme a los criterios establecidos en el artículo 92 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales”.*

En esta misma línea, en cuanto al régimen jurídico de su convocatoria y de la sesión de la Junta General, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 542/2001, de 6 de junio, es clara en el sentido de que ésta se debe ajustar a la normativa administrativa y ser enjuiciada su convocatoria de acuerdo con la misma y por el orden contencioso administrativo, en virtud del carácter de acto separado. En su Fundamento de Derecho Segundo indica:

*“SEGUNDO. La primera cuestión a resolver debe recaer sobre la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas municipales y en concreto de la entidad Gestión del Suelo de Oviedo S.A. (GESUOSA) toda vez que del pronunciamiento que sobre este punto se haga se derivará la existencia o no de un acto administrativo recurrible y la Jurisdicción competente para conocer del mismo, motivos invocados por las partes demandadas como causas de inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto administrativo impugnabile y falta de Jurisdicción de este Tribunal para conocer del mismo conforme a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 82 de la Ley*

---

<sup>209</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 132/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de febrero, Fundamento de Derecho Tercero.

*Reguladora de 1956 (RCL 1956, 1890 y NDL 18435) al entender que se trata de una sociedad anónima municipal que se rige por las normas del derecho privado y sujeta a la Jurisdicción Civil.*

*En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima de carácter municipal, en la que todo el capital y único socio titular lo es la Corporación Municipal, que persigue la prestación de servicios municipales en cuanto afecten a todo lo relativo al suelo, cuya Junta General es asumida por el Pleno de la Corporación y en la que la convocatoria, constitución y procedimiento y adopción de acuerdos se regirán por las normas que regulan las Sociedades Anónimas, según resulta todo ello de sus propios Estatutos, en consecuencia, el régimen aplicable a la misma viene determinado por sus propios Estatutos, por la Ley de Sociedades Anónimas y por la normativa reguladora de la material local, en concreto el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local que contempla a las sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local, como uno de los medios de gestión directa de los servicios públicos, el artículo 103 del Texto Refundido de las Disposiciones en Materia de Régimen Local, en el que se dice que se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y artículos 89 y ss. del Reglamento de Servicios que asimismo remite en su forma de actuar a las normas legales que regulan las compañías mercantiles, con las adaptaciones previstas en este Reglamento, señalando su artículo 92 que el funcionamiento de la Corporación constituida en la Junta General de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aplicándose las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas de las restantes cuestiones señaladas.*

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

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), en la Resolución de 12 de septiembre de 1985 indica, confirmando lo anterior, que “conforme al artículo 92 RSCL, en materia de procedimiento y adopción de

*acuerdos de la sociedad anónima municipal constituida en Junta General de empresa, no es aplicable la LSA, sino la LBRL y el ROF”.*

### **2.2.2.- Clases de Juntas**

Las Juntas Generales podrán ser ordinarias o extraordinarias, de acuerdo con el artículo 163 y ss. del TRLSC.

#### **2.2.2.1.- Junta General Ordinaria**

Es la Junta que debe realizarse necesariamente en el año, en concreto dentro de los 6 primeros meses de cada ejercicio y su finalidad es para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Deberá, de acuerdo con el artículo 164 del TRLSC, ser previamente convocada al efecto por los administradores, adjuntando el Orden del Día y poniendo a disposición de los accionistas la documentación necesaria para ello.

En relación a las Sociedades Mercantiles Locales hay que hacer dos precisiones, por un lado el hecho de que la convocatoria, como se ha visto, deberá reunir además las condiciones de la normativa de régimen local, pues no deja de ser un órgano administrativo constituido en Junta General.

En segundo lugar, se plantea un problema de plazo en el sentido de que la legislación de haciendas locales establece que: *“Los estados y cuentas de la entidad local serán rendidas por su presidente antes del día 15 de mayo del ejercicio siguiente al que correspondan. Las de los organismos autónomos y sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a aquélla, rendidas y propuestas inicialmente por los órganos competentes de éstos, serán remitidas a la entidad local en el mismo plazo”*<sup>210</sup>. Es decir, que habría que aprobar las cuentas generales antes de dicha fecha del 15 de mayo, para evitar incumplir el plazo de la Ley de Haciendas Locales.

Es importante la previsión del número 2 de este artículo 164 del TRLSC que considera que la Junta ordinaria *“será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo”*. Ello soluciona un problema grave que se había creado con la Sentencia de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2003, que impuso el criterio de que estas Juntas se habían de celebrar necesariamente dentro de los seis primeros meses desde el cierre del ejercicio social para censurar la gestión, aprobar cuentas y balances del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios (artículo 95 LSA). Así, se concluía que cuando no hubieran sido convocadas y celebradas en dicho plazo, sí en momento posterior, y no eran convocadas por la autoridad judicial, eran nulas y por lo tanto sus acuerdos carecían de eficacia, con el consiguiente problema que ello producía en orden a la impugnación de acuerdos y su

---

<sup>210</sup> Artículo 212. Rendición, publicidad y aprobación de la cuenta general del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

traslado al Registro Mercantil. Esta tesis que se separa de la mantenida por la Doctrina mercantilista mayoritaria y de la práctica habitual, como se ha visto, ya no es aplicable.

### **2.2.2.2.- Junta General Extraordinaria**

Será Extraordinaria, de acuerdo con el art. 165 del TRLSC, toda junta convocada con objeto distinto de la prevista para las ordinarias en el párrafo anterior. Suelen ser habitualmente las que designan o cesan a los consejeros, modifican y/o adaptan los Estatutos Sociales, o para el ejercicio de cualquier otra competencia de la misma que se determinará seguidamente.

Además, es habitual que se prevea la posibilidad de una **Junta General Universal**, reconocida en el artículo 178 que indica que: *“La Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión”*. Piénsese esta posibilidad en el supuesto de una previa celebración de un Pleno Municipal y la adopción de la decisión unánime de todos los concejales reunidos de constituirse en Junta General y la aprobación de un orden del día.

### **2.2.3.- Competencias de la Junta General**

Las competencias de la Junta General son muy amplias, las establecerán los Estatutos, si bien la normativa, tanto de Régimen Local como Mercantil, determina ampliamente aquellas que pueden ser asumidas. Así, el artículo 92 del RSCL ya indicaba que la Corporación, en funciones de Junta General de la Empresa, tendrá las siguientes facultades:

- a) nombrar el Consejo de Administración;
- b) fijar la remuneración de los Consejeros;
- c) modificar los Estatutos;
- d) aumentar o disminuir el capital;
- e) emitir obligaciones;
- f) aprobar el inventario y balance anual; y
- g) las demás que la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a la Junta General.

Siguiendo la remisión del RSCL, la normativa mercantil, en concreto el artículo 160 del TRLSC, determina que la Junta General debe deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el

ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La aprobación del balance final de liquidación.
- j) Cualesquiera otros asuntos que determine la ley o los estatutos.

Apuntadas estas posibles competencias, tras el estudio de distintos estatutos, Ángel Sánchez Martín y Rosendo Sánchez García, consideran que las habituales son las siguientes<sup>211</sup>:

- Nombrar al Consejo de Administración.
- Fijar la retribución de los Consejeros.
- Modificar los Estatutos Sociales.
- Aumentar o disminuir el capital.
- Emitir obligaciones y en general concertar operaciones de crédito.
- Proponer al Pleno la aprobación de las tarifas del servicio.
- Aprobar los Estados de previsión de gastos e ingresos anuales.
- Aprobar las Cuentas anuales, el Informe de Gestión y la Aplicación del Resultado.
- Determinación del número de Administradores, cuando los Estatutos establezcan el máximo y el mínimo.
- Fijación de garantías por parte de los administradores, o relevarles de ello.
- Separación de los Administradores.
- Adopción de acuerdo de ejercicio de la acción para exigir responsabilidad a los administradores.
- Concesión de facultades al Consejo.
- Nombramiento de Auditores de Cuentas.
- Distribución de dividendos y cantidades a cuenta.

---

<sup>211</sup> SÁNCHEZ MARTÍN Y SÁNCHEZ GARCÍA (1992).

- Acordar la transformación de la Sociedad.
- Otras facultades en los supuestos de disolución de la Sociedad y liquidación.

#### **2.2.4.- Convocatoria y adopción de acuerdos**

Como ya se ha reiterado, la convocatoria y el régimen de sesiones y la adopción de acuerdos es muy distinta de lo previsto en la normativa mercantil, por cuanto, como ya se ha visto, el artículo 92 del RSCL determina claramente que la Corporación constituida en la Junta General de la empresa acomodará su actuación *“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”*, siendo por tanto aplicables la normativa pública para la convocatoria, quórum de asistencia y demás aspectos del funcionamiento de las sesiones.

Existe una notable diferencia entre las sociedades públicas y las privadas en un elemento que es el relativo a las votaciones. Esto es así pues en las sociedades mercantiles los acuerdos se adoptan por *“la mayoría legal o estatutariamente establecida”*<sup>212</sup>. En la Junta General de una sociedad Pública Local existe un solo accionista que es el propio Ayuntamiento, pues los concejales no son accionistas, por ello su voto es orgánico, quiere decir ello que si siguiendo las mayorías internas fijadas para el pleno se consigue aprobar un asunto, éste habrá sido aprobado por la totalidad del capital.

En este sentido, la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 542/2001 de 6 de junio: *“resulta que no procedía la petición de Junta Ordinaria solicitada por los Grupos Municipales antes dichos al tratarse de una obligación del Alcalde, a celebrar dentro de los seis primeros meses, pudiendo aquéllos requerir su cumplimiento una vez transcurrido el indicado plazo o en su caso interesar la celebración de una Junta Extraordinaria a petición de más de una cuarta parte de los miembros, artículo 18 del Reglamento de Organización, al no estar previsto en los Estatutos y referirlo el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas a la titularidad del 5% del capital social de la que carecen los concejales, petición que no se ha producido en el caso de autos”*. Con ello queda claro que los concejales no son accionistas ni representan porcentaje alguno del capital social.

#### **2.2.5.- Retribución de sus miembros**

En relación a las retribuciones de la Junta General y también del Consejo de Administración, como ya indicábamos en el Boletín 93<sup>213</sup>, el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), determina los regímenes de incompatibilidades de orden retributivo con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes,

<sup>212</sup> Ley de Sociedades de Capital, artículo 159, Junta general.

<sup>213</sup> Boletín de AVS, n.º 86. “Sociedades Urbanísticas” (1), citado en nota anterior.

fundamentalmente cuando se tiene dedicación exclusiva. En concreto dispone lo siguiente:

Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales en su artículo 13<sup>214</sup> establece el régimen retributivo de los concejales que asistan a las reuniones de la Junta General.

En concreto en su párrafo 6.º establece la excepción a la regla general y permite que tanto los concejales con dedicación exclusiva como sin ella puedan percibir indemnizaciones por asistencias a las reuniones de las Juntas Generales de las Sociedades Públicas Locales. Hay que indicar que, aun cuando la retribución expresamente se refiere a los consejos de administración, la redacción amplia del precepto ha dado lugar a que se determinen estas retribuciones, soliendo establecerse por el pleno, órgano indicado para ello, las mismas indemnizaciones por asistencia a las juntas generales que para los plenos. En este sentido Mónica Domínguez y Blanca Rodríguez-Chávez<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Art. 13.1. "Los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que correspondan, en los términos que se determinan en los párrafos siguientes.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tendrán derecho a percibir retribuciones y a ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social los miembros de las Corporaciones Locales que desarrollen sus responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes.

3. El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación. En el caso de que tales ocupaciones sean remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local.

4. El Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno de la siguiente sesión ordinaria.

5. Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo.

6. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los organismos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma.

No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal.

<sup>215</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN Y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ (2013), páginas 2011 y ss.



Como se ha indicado, distintos miembros de las corporaciones locales, esencialmente concejales y el alcalde, forman parte de los órganos de gobierno y de ellos reciben retribuciones e indemnizaciones por asistencia a los mismos.

Ante ello se plantea la cuestión de si les afectan los límites que establece la LRSAL o no.

Como punto de partida, el nuevo artículo 75 bis de la LBRL: “Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales y del personal al servicio de las Entidades Locales”, establece que:

*“1. Los miembros de las Corporaciones Locales serán retribuidos por el ejercicio de su cargo en los términos establecidos en el artículo anterior. Los Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, atendiendo entre otros criterios a la naturaleza de la Corporación Local y a su población según la siguiente tabla:*

<b>Habitantes</b>	<b>Referencia</b>
Más de 500.000	Secretario de Estado.
300.001 a 500.000	Secretario de Estado -10%
150.001 a 300.000	Secretario de Estado -20%
75.001 a 150.000	Secretario de Estado -25%
50.001 a 75.000	Secretario de Estado -35%
20.001 a 50.000	Secretario de Estado -45%
10.001 a 20.000	Secretario de Estado -50%
5.001 a 10.000	Secretario de Estado -55%
1.000 a 5.000	Secretario de Estado -60%

*Los miembros de Corporaciones Locales de población inferior a 1.000 habitantes no tendrán dedicación exclusiva. Excepcionalmente podrán desempeñar sus cargos con dedicación parcial, percibiendo sus retribuciones dentro de los límites máximos señalados al efecto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

*2. ...*

*3. Solo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el Pleno de la misma.*

*4. En el marco de lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en el artículo 93.2 de esta Ley, las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado podrán establecer un límite máximo y mínimo total que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal al servicio de las Entidades Locales y entidades de ellas dependientes, en función del grupo profesional*

*de los funcionarios públicos o equivalente del personal laboral, así como de otros factores que se puedan determinar en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año”.*

Si bien la Ley de Presupuestos para 2014 (Ley 22/2013, de 23 de diciembre) no estableció nada en relación a los límites indicados en el anterior párrafo 1.º del artículo 75 bis, se ha subsanado dicha omisión en el recientemente publicado Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de “*reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas*”, que ya en su Preámbulo indica:

*“Asimismo, se procede a incluir una nueva disposición adicional nonagésima en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, para incorporar el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias.*

*El artículo 75 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, establece que los Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, atendiendo entre otros criterios a la naturaleza de la Corporación Local y a su población, recogiendo a continuación una tabla de referencias salariales referidas a las retribuciones de los Secretarios de Estado de la Administración General del Estado. Por tanto, resulta necesario que la Ley de Presupuestos contenga este límite. Dentro de los criterios considerados para fijar el límite se han tenido en cuenta todos los conceptos retributivos previstos en el artículo 22, relativos a los Secretarios de Estado.*

*Resulta imprescindible incorporar este límite en la Ley de Presupuestos para que pueda ser efectivo desde la primera nómina a abonar en el mes de enero, por lo que dados los calendarios de elaboración de nóminas de las entidades locales, su entrada en vigor debe resultar inmediata”.*

Y su artículo undécimo (Modificación de la ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014) añade una nueva disposición adicional nonagésima, que queda redactada como sigue:

**«Nonagésima. Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales.**

*De conformidad con lo previsto en el artículo 75 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y considerando lo dispuesto en el artículo 22 de la presente ley, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las*

*Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que, en su caso, tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, será el que se recoge a continuación, atendiendo a su población:*

<b>Habitantes</b>	<b>Referencia</b>
Más de 500.000	100.000 euros
300.001 a 500.000	90.000 euros
150.001 a 300.000	80.000 euros
75.001 a 150.000	75.000 euros
50.001 a 75.000	65.000 euros
20.001 a 50.000	55.000 euros
10.001 a 20.000	50.000 euros
5.001 a 10.000	45.000 euros
1.000 a 5.000	40.000 euros

*En el caso de Corporaciones Locales de menos de 1.000 habitantes, resultará de aplicación la siguiente escala atendiendo a su dedicación:*

<b>Dedicación</b>	<b>Referencia</b>
Dedicación parcial al 75%	30.000 euros
Dedicación parcial al 50%	22.000 euros
Dedicación parcial al 25%	15.000 euros»

El problema que se plantea es si estos límites afectan a aquellos que formen parte de los órganos de gobierno de los entes instrumentales y, por lo tanto, las retribuciones e indemnizaciones por asistencia se encuentran incluidas dentro de los mismos.

La cuestión no está clara pues podría entenderse que sí que se incluyen cuando el n.º 2 del artículo se refiere al límite “por todos los conceptos retributivos y asistencias”.

Por el contrario, podría sostenerse que no, pues no se indica expresamente que se extienda a las asistencias a los entes dependientes de los entes locales y cuando se ha querido especificar así se ha hecho, como lo hace el citado párrafo 4.º de la DA 12.ª de la LRSAL, que al referirse a los funcionarios públicos o personal laboral especifica las asistencias a *“las entidades locales y entidades de ellas dependientes”*. Más aún si se tiene en cuenta lo ya indicado del artículo 13 del ROF<sup>216</sup>, que en su párrafo n.º 6 establece un régimen especial para este tipo de retribuciones e indemnizaciones. En concreto indica que:

*“6. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las*

<sup>216</sup> Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

*sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal".*

No obstante ello, habrá que estar a la normativa de desarrollo que se vaya publicando.

## **2.3.- EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

### **2.3.1.- Carácter, composición y cargos**

#### **2.3.1.1.- Administración sociedades mercantiles públicas**

Las sociedades mercantiles podrán confiar su administración de distinta manera según se establezca en sus estatutos, bien a uno o varios administradores que pueden actuar de forma solidaria o conjunta o a un consejo de administración.

Esta configuración estatutaria es distinta en función del tipo de sociedad que se trate. En una sociedad anónima, si la administración conjunta se confía a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, deberá constituirse el consejo de administración. Por el contrario, en la sociedad de responsabilidad limitada, la libertad es más amplia pues en los estatutos sociales podrán establecerse distintos modos de organizar la administración, permitiendo que la junta de socios tenga la facultad de optar alternativamente por cualquiera de los administradores sin necesidad de modificación estatutaria.

La regulación de los Órganos de Gobierno es una de las cuestiones en las que las sociedades mercantiles públicas difieren más de las privadas, como se ha indicado en la introducción del presente capítulo. Pues bien, en el Consejo de Administración es donde se han dado tradicionalmente las mayores diferencias y limitaciones específicas de las sociedades públicas locales en relación a las privadas.

Esto es así pues el RSCL, en primer lugar, impone la constitución del Consejo de Administración, dejando vedada la posibilidad de que la administración pueda encomendarse a una o varias personas, o mancomunada o solidariamente. Por otro lado y como se ha visto, se impone un número máximo de consejeros que, aunque ha variado históricamente, sigue existiendo en la actualidad tras la LRSAL, lo que solo ocurre con las Sociedades Limitadas privadas y no con las anónimas. Por último se impone la citada limitación en relación a la calidad o adscripción de los consejeros, un tercio políticos y dos tercios técnicos.

Tras la Ley 57/2003 (Ley de Grandes Ciudades<sup>217</sup>), con la introducción del artículo 85 ter a la LBRL, que indica que serán los estatutos los que establecerán la forma de designación y el funcionamiento “*de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas*”, se plantea la necesidad del análisis, en primer lugar, de la posibilidad o no de formular alternativa al Consejo de Administración, dejando las otras cuestiones para el apartado siguiente.

En relación a la fórmula alternativa al Consejo, el tema parece estar claro por cuanto, pese a la libertad general otorgada a la regulación estatutaria que concede el artículo 85 ter, esta libertad se concreta a distintos aspectos del funcionamiento y designación de los órganos de gobierno; el artículo se refiere expresamente a la “*Junta General y al Consejo de Administración*”, a diferencia de la Gerencia que la omite, lo que parece dar por supuesta la necesaria existencia de ambos órganos de gobierno y más si se relaciona con el RSCL. No obstante ello, pensamos que podría ser conveniente conceder igualmente la posibilidad de que se utilice el sistema de administradores, sobre todo en empresas de pequeños municipios, por la facilidad de actuación y por el hecho del próximo control del Pleno/Junta General, lo que se difumina en grandes ciudades.

El Consejo de administración como órgano de administración social se caracteriza por las siguientes notas<sup>218</sup>:

1. Necesario, tanto para la existencia original de la sociedad como para su permanencia en el tiempo, puesto que en caso de paralización de los órganos sociales se incurre en una causa de disolución de la sociedad.
2. Permanente. Al margen de la frecuencia con que se produzcan sus reuniones en caso de haber adoptado forma colegiada, el órgano de administración lleva a cabo y es responsable del desarrollo cotidiano de la sociedad y de su marcha continuada.
3. Ejecutivo y de relación con el exterior. Frente a la Junta General -órgano decisor en el ámbito interno-, es a través del órgano de administración social como actúa la sociedad y son ejecutadas las decisiones de sus órganos colegiados.
4. Autónomo. Aunque legalmente no existe una delimitación precisa de las competencias atribuibles a cada uno de los órganos sociales, los administradores han de guardar cierta independencia respecto a las decisiones de la Junta General, ya que:
  - no quedan exonerados de responsabilidad por el hecho de que un acto lesivo haya sido acordado, autorizado o ratificado por la junta;
  - se les reconoce legitimación procesal para impugnar los acuerdos de la Junta General que estimen nulos o anulables;

---

<sup>217</sup> Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local.

<sup>218</sup> Memento Administradores y Directivos, on line, referencia n.º 25. Editorial Francis Lefebvre - El Derecho.

- están obligados a instar la disolución judicial de la sociedad cuando, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, la junta no adopta el pertinente acuerdo social o éste es contrario a la disolución.

### **2.3.1.2.- Composición**

En las Sociedades de Capital de naturaleza privada, con carácter general según el artículo 242 del TRLSC, su Consejo de Administración estará formado por un mínimo de tres miembros, no imponiéndose un máximo a las anónimas y sí a las de responsabilidad limitada, que no serán más de 12.

El número concreto de consejeros puede fijarse en los estatutos o bien éstos se limitan a establecer un número máximo y mínimo, correspondiendo en este caso posteriormente a la Junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes.

En las Sociedades públicas locales, como se ha visto, existe una serie de limitaciones, que analizada ya la primera, la posible alternativa al Consejo, se estudiarán las relativas al número y a su condición.

#### **A) Número de consejeros**

En relación a la limitación del número de consejeros, que se encontraba ya derogada, ha sido reintroducida como se ha visto por la LRSAL, que determina el número máximo en función de la previa clasificación del Ayuntamiento. Así el consejo podrá estar compuesto como máximo por 15, 12 o 9 consejeros en función de que se trate de sociedades del Grupo primero, segundo o tercero, respectivamente. Debiendo en los Estatutos Sociales determinar el número exacto, o en su defecto la Junta General cuando los primeros se hayan limitado a establecer un máximo o mínimo.

Esta limitación ha sido criticada por distintos sectores y, ya se ha dicho, no parece lógica si se tiene en cuenta que la mayor parte de los consejeros de las sociedades públicas locales, a diferencia de los consejeros de las privadas, o no cobran dietas o las que cobran son similares a las que se fijan por asistencia a plenos o comisiones y son de muy baja cuantía, lo que no supone ni quebranto ni ahorro significativo a la economía de la empresa. Además es contraproducente, si lo que se busca es reproducir el Peno por las ventajas antes indicadas, y más si se tiene en cuenta que en la actualidad existe una pluralidad de partidos frente al tradicional bipartidismo.

#### **B) Condición de los consejeros/Proporcionalidad**

La adscripción o cualidad de los consejeros definitivamente ha quedado derogada, por lo que la Junta General, con su potestad soberana decidirá el origen y calidad de los consejeros. La realidad es que en la actualidad, salvo contadas excepciones, los consejeros de las sociedades públicas municipales suelen ser concejales, salvo cuando se incluyen en la misma algunos técnicos como el Interventor del Ayuntamiento o el Secretario, que hace a su vez las funciones de secretario del Consejo. En otro caso, se suele, como se analizará

posteriormente, complementar el carácter político del consejo con la designación de un secretario no consejero y/o un letrado del mismo.

En este punto, se ha planteado la cuestión de si es necesario mantener en el Consejo de Administración de una sociedad la misma proporción política que en el Pleno municipal, es decir, nombrar proporcionalmente el número de consejeros en función de los distintos partidos políticos.

Como punto de partida se ha de indicar que ni el RSCL ni la LBRL, nada indican sobre si se debe guardar algún tipo de proporcionalidad. Las teorías que han surgido debido a ello son contrapuestas: La que pudiéramos denominar mayoritaria, que establece que no existe imposición alguna en relación a dicha proporcionalidad y que será la Corporación siguiendo el régimen de mayoría la que designará los que considere adecuados, concejales o no (en las proporciones establecidas) y de uno u otro partido, gobernante o no. Se basa ello en el hecho de que el consejo de administración es un órgano de naturaleza mercantil que tiene una finalidad de gestión de la empresa, no gozando de carácter público, y que por lo tanto el control político se realiza desde el Pleno. Por el contrario, algún sector doctrinal considera que el consejo de administración debe guardar la proporción política del Pleno, y ello por la analogía con la proporcionalidad que es exigible a las comisiones informativas de la Corporación.

No obstante estos planteamientos divergentes, la cuestión ha quedado zanjada tras la muy clara sentencia del la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997, que indica que dicha proporcionalidad no es ni legal ni necesaria. El Fundamento de Derecho Tercero establece en concreto:

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

*Sin embargo, no existe la identidad de razón que es preciso para aplicar a la composición del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de capital público municipal la proporcionalidad política del Pleno, y ello porque no cabe asimilar una sociedad mercantil, aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la gestión directa de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego, cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquello forme parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los Concejales; esa falta de identidad de razón se deriva además de la propia naturaleza de las sociedades mercantiles públicas como personas jurídicas distintas de la entidad local,*

*sociedades que integran entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho civil y mercantil; no hay, en el caso de las sociedades mercantiles de capital público municipal, personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública. Siendo ello así en modo alguno cabe aplicarle un régimen, en cuanto a la composición de su Consejo de Administración, que está expresamente contemplado o admitido para unos órganos administrativos y públicos (las Comisiones Informativas)”.*

En este sentido, la experiencia práctica y los estatutos de distintas sociedades consultadas acreditan la existencia de los dos posicionamientos o fórmulas en las sociedades públicas municipales: Por un lado, aquellas que como se ha indicado reproducen la composición del Pleno, estableciendo unos criterios de proporcionalidad, con la finalidad de que las tomas de decisión se realicen en una esfera más próxima, reducida y a puerta cerrada y una vez acordadas, en la Junta General, son aprobadas sin mayores problemas. Por otro, aquellas en las que se considera que el Consejo, para facilitar su actuación diaria, se debe de componer exclusivamente de miembros del partido que gobierna el municipio y, en su caso, sus socios de gobierno. Ambas soluciones plantean sus ventajas e inconvenientes, pero nosotros nos decantamos por el primer modelo para pequeñas poblaciones, en el que el debate suele ser más próximo y sereno; y el segundo para las poblaciones de mayor tamaño o en aquellos supuestos de mayorías absolutas por la facilidad de actuación del Consejo y de la toma de decisiones.

### **C) Nombramiento y duración en el cargo**

El artículo 93 del RSCL indica que los consejeros serán designados por la Junta General entre personas especialmente capacitadas y por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis.

Lo habitual es que su nombramiento sea para 4 años, que es la duración del mandato de los concejales electos de las corporaciones locales, soliendo establecerse además, en los estatutos, que, en el caso de los concejales, el cargo se pierda en el supuesto de la pérdida de tal condición. Así se suele indicar en los Estatutos que *“cesarán con la expiración del mandato corporativo”*.

El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil, haciendo constar la identidad de los nombrados. La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación, de acuerdo con el artículo 215 del TRLCSP.

El Reglamento del Registro Mercantil recalca que el nombramiento de los consejeros debe ser expresamente aceptado por éstos; por ello lo conveniente es que en la misma Junta General en la que se designen, los designados acepten expresamente el cargo y, constandingo expresamente en el acta, así se mencione en la certificación de la misma, evitando posteriores comparecencias.



El título inscribible para el nombramiento de administradores puede ser distinto, pues podrá practicarse mediante certificación del acta de la Junta General en que fueron nombrados, expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente, por testimonio notarial de dicha acta o mediante copia autorizada del acta notarial. También podrá inscribirse el nombramiento mediante escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y de la aceptación, pero como se ha indicado, si el nombramiento y la aceptación no se hubiesen documentado simultáneamente, deberá acreditarse esta última, bien mediante nueva certificación o escritura, bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada.

Transcurrido el plazo para el que fueron nombrados, continuarán en sus funciones hasta la designación de los nuevos consejeros. Se regula expresamente el supuesto de caducidad de su cargo que se produce cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior<sup>219</sup>.

### **2.3.1.3.- Estructura personal/cargos**

El consejo de administración tiene habitualmente la siguiente estructura: presidente, vicepresidente, vocales, secretario y, en su caso, vicesecretarios. Como posteriormente se analizará en otro apartado, en determinados supuestos existe una figura especial denominada Letrado asesor. Analizaremos las funciones de los distintos cargos del mismo.

#### **A) Presidente/Vicepresidente**

El Presidente suele ser generalmente en las sociedades públicas locales el alcalde, si bien en las urbanísticas es habitual también que lo sea el concejal de urbanismo. No obstante ello, hay sociedades en las que el presidente es un funcionario o un profesional vinculado al sector. Igualmente suele designarse un Vicepresidente que sustituye a aquél en caso de ausencia o incapacidad.

El TRLC establece en su artículo 529 sexies que, aun cuando se refiere a las sociedades anónimas cotizadas perfectamente, sirve de ejemplo para definir sus caracteres; indica que el presidente es “el máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración”. Sus facultades son muy amplias, pues además de las facultades otorgadas por la ley y los estatutos sociales<sup>220</sup> o el reglamento del consejo de administración, tendrá las siguientes:

---

<sup>219</sup> TRLSC, artículo 222. Caducidad.

<sup>220</sup> Un ejemplo de estatutos sociales con el artículo relativo a las funciones podría ser el siguiente: Artículo 20. Funciones del Presidente, Vicepresidente y Secretario.

1.- El Presidente de Consejo de Administración es el encargado de ejecutar los acuerdos del mismo y estará facultado para, haciendo uso de la firma social, representar a la Sociedad tanto en juicio como fuera de él, pudiendo comparecer sin necesidad de poder especial y previo ante toda clase de jueces y tribunales, corporaciones o entidades jurídicas públicas o privadas, así como ante el Banco de España y sus sucursales.

2.- En concreto, el Presidente estará facultado para:

a) Convocar los Consejos de Administración, señalando el Orden del día de los asuntos que han de tratarse en cada reunión.

1. Convocar y presidir las reuniones del consejo de administración, fijando el orden del día de las reuniones y dirigiendo las discusiones y deliberaciones.
2. Salvo disposición estatutaria en contra, presidir la Junta General de accionistas. En este caso hay que tener en cuenta que no podrá hacerlo si no se trata del Alcalde.
3. Velar por que los consejeros reciban con carácter previo la información suficiente para deliberar sobre los puntos del orden de día.

El Vicepresidente sustituirá en la totalidad de sus funciones al Presidente en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste para el ejercicio de sus atribuciones, así como para desempeñar las funciones de Presidente en los supuestos de vacante o hasta que tome posesión el nuevo Presidente.

## **B) Secretario/Vicesecretario**

El Secretario es la persona que redacta las actas de las sesiones y que reúne la capacidad certificante de la sociedad frente al Registro Mercantil, siendo éste el que incluso ostenta la facultad certificante en relación con las actuaciones de la Junta General, nombramiento o separación de Consejeros, modificaciones estatutarias, depósito de cuentas anuales, etc.

En la sociedad puede haber un secretario y, en su caso, uno o varios vicesecretarios, nombrados por el Consejo de Administración<sup>221</sup>. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros. Esta fórmula de secretario “no consejero” es muy habitual en las sociedades públicas locales, siendo designado para ello un Abogado en Ejercicio o un Técnico Municipal, en el supuesto de que no lo sea el Secretario de la Corporación.

- 
- b) Presidir y dirigir las deliberaciones y votaciones, decidiendo los empates con su voto de calidad.
  - c) Preparar, en unión de la Gerencia y del Secretario, las propuestas, memorias, cuentas, informes e inventarios que hayan de ser aprobados por el Consejo.
  - d) Ordenar la ejecución de los acuerdos del Consejo.

3.- El Vicepresidente sustituirá en la totalidad de sus funciones al Presidente en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste para el ejercicio de sus atribuciones, así como para desempeñar las funciones de Presidente en los supuestos de vacante o hasta que tome posesión el nuevo Presidente.

4.- El Secretario desempeñará las siguientes funciones:

- a) Convocar las sesiones por orden del Presidente y dar cuenta de los asuntos que existan, solicitando antes los antecedentes necesarios a la Gerencia para formalización del Orden del día.
- b) Asistir a las sesiones, levantando acta de las mismas, que firmará con el Presidente y serán extendidas en el Libro de Actas correspondiente.
- c) Expedir, con el Visto Bueno del Presidente, las certificaciones de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración.
- d) Todas aquellas que le atribuya la legislación mercantil vigente en la materia.

<sup>221</sup> TRLSC. Artículo 529 octies. Secretario del Consejo de Administración que, aun cuando se refiere a sociedades cotizadas, nos sirve de referencia.

El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:

1. **Funciones de secretaría de actas:** El secretario debe conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.
2. **Funciones de Preparación de los Consejos de Administración:** Suele, junto con la gerencia de la sociedad, asistir al presidente para la preparación de los consejos, elaboración del Orden del Día y que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.
3. **Función de control de legalidad:** El secretario vela por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.

Además, en esta labor de control de legalidad en las Sociedades Mercantiles Públicas, el Consejo de Administración es habitualmente el “Órgano de Contratación”, actividad de preparación, control, asesoramiento y certificación que se desarrolla en un doble plano:

- a) **Ámbito interno o de relación con la entidad matriz:** Por ser el órgano decisorio de la Sociedad y el que debe aceptar los distintos encargos y/o encomiendas de Gestión del Ayuntamiento, el Secretario del Consejo suele colaborar con la Secretaría Municipal en la determinación, formulación y contenido de los distintos acuerdos en los que se concretan dichos encargos, así como la preparación de la documentación que debe de acompañar a los mismos al objeto de que puedan ser aportados, debatidos y aprobados por el Consejo de Administración.
- b) **Ámbito externo:** De puertas afuera, el carácter de “Órgano de Contratación” hace que sea el Consejo de Administración el que, en primer lugar, apruebe los distintos procesos de contratación de la sociedad, debiendo para ello aprobar previamente los pliegos de contratación y toda la documentación necesaria para ello. En segundo lugar, es posteriormente el Consejo el que, a propuesta de la Gerencia o de la Mesa de Contratación, aprueba la adjudicación y ordena la suscripción del contrato con el adjudicatario. En esta función, el Secretario del Consejo suele revisar y colaborar en la preparación de la distinta documentación de la. Teniendo la capacidad de certificación de los acuerdos del Consejo de Administración frente a los distintos organismos de publicidad de las adjudicaciones, como los diarios oficiales (Boletín de la Provincia, DOCV, BOE o DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Esta función se ve especialmente acentuada en aquellas sociedades que por no ser impuesto por Ley, no tienen Letrado asesor del consejo.

### **2.3.2.- Convocatoria y régimen de actuación**

Siguiendo lo establecido en la normativa mercantil y en muchos estatutos y ante la falta de una regulación específica en relación a las sociedades mercantiles locales, se puede establecer el siguiente régimen de actuación:

#### **2.3.2.1.- Convocatoria**

El consejo de administración será convocado por su presidente o el que haga sus veces y se reunirá en sesión ordinaria con una periodicidad trimestral. Además se reunirá siempre que lo disponga su Presidente o lo solicite al menos una tercera parte (1/3) de sus componentes, en cuyo caso se convocará por su Presidente para reunirse dentro de los quince días siguientes a la petición. La convocatoria se hará siempre por escrito (carta, télex, telegrama o telefacsímil), dirigido personalmente a cada consejero, con una antelación mínima de dos días hábiles a la fecha de la reunión.

En la convocatoria se determinará los puntos a tratar en el orden del día.

No será precisa convocatoria alguna cuando, estando presentes todos los Consejeros, acuerden por unanimidad la celebración del consejo y su orden del día.

#### **2.3.2.2.- Asistencia y validez en la constitución**

En relación al quórum de asistencia que es necesario que concurran la mayoría de los consejeros<sup>222</sup>. No obstante ello, el artículo 247 del TRLSC establece una distinción que puede plantear algún problema a sociedades constituidas con anterioridad al mismo, pues distinguen entre las SA y SL, así:

1. En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales.
2. En la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales.

Consecuentemente con ello, el consejo quedará válidamente constituido cuando asisten a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales. Los estatutos no pueden fijar un quórum de constitución inferior. Sí es posible, en cambio, establecer un quórum reforzado de asistencia en los estatutos sociales o en el reglamento de régimen interior. En relación al quórum citado, debe establecerse las siguientes precisiones:

---

<sup>222</sup> SOCIEDADES MERCANTILES. Memento Práctico, Editorial Francis Lefebvre, 2012/2015, al que seguiremos en esta exposición.

- El quórum fijado ha de darse en el momento inicial de la constitución del consejo, por ello si en el momento de una votación concreta uno o varios abandona la sesión, no afecta a la validez de la reunión.
- En el supuesto de no concurrir ese quórum, que es condición de validez de la reunión, determina la nulidad de la sesión y la de los acuerdos adoptados en la misma.
- La exigencia de dicho quórum se encuentra referenciada al número de consejeros previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento, y no a los vocales con cargo vigente<sup>223</sup>.
- El secretario no consejero, por el hecho de no ser realmente un de los consejeros, no se incluye en el cómputo para la constitución.

El Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representantes, la mitad más uno de sus componentes, quórum que se ha de mantener durante toda la sesión.

En relación a la expresión “la mitad más uno de los componentes”, que aparece en muchos estatutos anteriores al TRLSC, planteaba ciertos problemas. El Memento de Sociedades Mercantiles de 2011<sup>224</sup> indicaba que “para la mayor parte de la doctrina, en aquellos casos en que el resultado de dividir por dos el número de consejeros no arroje una cifra exacta, aquel debe ser redondeado por defecto (STS de 4-2-72; RJ 394; AP Salamanca 25-9-06; AC 2373; DGRN 19-10-67, 25-5-98; RJ 4458)”. Poniendo el ejemplo de que en el caso de un Consejo de Administración de 15 miembros, la mitad (7,5) más uno son 8,5. En este caso el Consejo quedaría válidamente constituido con la concurrencia de 8 de sus miembros.

Hoy día el Memento Mercantil indica en relación a ello que: *“Antes de la refundición en la LSC, la LSA, art.139, hablaba de «la mitad más uno de sus componentes». Ello planteaba problemas en caso de número impar de consejeros pues siempre quedaban fracciones, sin que estuviera claro si el redondeo debía hacerse por defecto o por exceso (...) Ahora la LSC, art. 247.2, soluciona las dudas al decir que, para quedar válidamente constituido será necesaria la asistencia, presentes o representados, de la mayoría de sus vocales. Por ello, y obviando ahora los problemas de fracciones, para la válida constitución del consejo es suficiente con que sean más los consejeros asistentes que los ausentes”*<sup>225</sup>.

El Gerente, habitualmente se encuentra habilitado para asistir a las sesiones del Consejo de Administración con voz y sin voto, pudiéndose, además, autorizar también a cualquier otra persona no Consejero para asistir con voz pero sin voto a sus sesiones. Piénsese en el Interventor, Secretario, Arquitecto municipal u otros técnicos municipales o no que puedan aportar informes o consideraciones de interés para la adopción de los acuerdos, teniendo voz pero no voto.

<sup>223</sup> Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado, de 31 de julio de 2014.

<sup>224</sup> SOCIEDADES MERCANTILES. Memento Práctico, Editorial Francis Lefebvre, 2011. N.º 1005.1.º.

<sup>225</sup> Memento Mercantil, obra antes citada. Constitución n.º de referencia 1005.

### **2.3.2.3.- Representación**

La representación para concurrir al Consejo habrá de recaer necesariamente en otro Consejero. No existe un criterio legal establecido para el conferimiento de la representación; en muchos estatutos se suele establecer que debe concederse por escrito dirigido al Presidente y deberá ser conferida para cada sesión expresamente.

### **2.3.2.4.- Régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos**

#### **A) Sesiones del Consejo**

De acuerdo con el artículo 245 de la LSC, el consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre y serán los estatutos los que establecerán el régimen de organización y funcionamiento del mismo que deberá comprender las reglas no solo para la convocatoria y constitución sino también el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría.

Recogiendo la regulación de distintos estatutos de sociedades municipales, el procedimiento es el siguiente:

1. Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de asistentes expresando el carácter y representación de cada uno.
2. El presidente del Consejo dirigirá las deliberaciones, concediendo la palabra primero a los que la hayan solicitado por escrito y después a los que la piden verbalmente en la reunión, y siempre por riguroso orden de petición dentro de esa preferencia.
3. Cada uno de los puntos del orden del día será objeto de votación por separado. Salvo los acuerdos en que la ley exija la mayoría reforzada, éstos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes<sup>226</sup>, decidiendo en caso de empate el voto del Presidente, quien a su vez dirigirá las deliberaciones y votaciones. El Consejo podrá adoptar acuerdos, sin sesión, mediante votación por escrito, si ningún Consejero se opone a este procedimiento.
4. Los Acuerdos adoptados serán inmediatamente ejecutivos, salvo disposición legal en contrario.

#### **B) Actas de las sesiones y su registro**

Con las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración, el Secretario confeccionará un acta de la sesión, que deberá reunir las siguientes circunstancias<sup>227</sup>:

---

<sup>226</sup> TRLSC, artículo 248.- Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima. 1. En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. 2. En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento.

<sup>227</sup> Art. 97 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, que aun cuando se refiere a las circunstancias y requisitos respecto de las actas

- Fecha y lugar en que se hubiere celebrado la reunión.
- Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria.
- El nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro.
- Un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia. En este punto es de destacar que las actas mercantiles, a diferencia de las de los órganos del Ayuntamiento, deben de ser concisas, no debiéndose realizar en las mismas más que un breve resumen de lo acontecido y las intervenciones en las que se hubiera solicitado expresamente su constancia.
- El contenido de los acuerdos adoptados.
- El número de miembros que ha votado a favor del acuerdo. Siempre que así lo solicite quien haya votado en contra, se hará constar la oposición a los acuerdos adoptados.
- La forma de aprobación del acta que se realizará según se indica en la escritura social. A falta de previsión específica, el acta deberá ser aprobada por el propio órgano al final de la reunión o en la siguiente.

Una vez que conste en el acta su aprobación, será firmada por el Secretario del órgano o de la sesión, con el Visto Bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente. Cuando la aprobación del acta no tenga lugar al final de la reunión, se consignará en ella la fecha y el sistema de aprobación.

Tradicionalmente el libro de actas era un libro “físico”, pues la normativa exigía que las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevaran a un libro de actas. Actualmente se ha cambiado a formato “telemático”, de acuerdo con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que indica en su artículo 18 (Legalización de libros) que:

*“1. Todos los libros que obligatoriamente deban llevar los empresarios con arreglo a las disposiciones legales aplicables, incluidos los libros de actas de juntas y demás órganos colegiados, o los libros registros de socios y de acciones nominativas, se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación en soporte electrónico y antes de que trascurren cuatro meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio.*

*2. Los empresarios podrán voluntariamente legalizar libros de detalle de actas o grupos de actas formados con una periodicidad inferior a la anual cuando interese acreditar de manera fehaciente el hecho y la fecha de su intervención por el Registrador.*

*3. El Registrador comprobará el cumplimiento de los requisitos formales, así como la regular formación sucesiva de los que se lleven dentro de cada clase y certificará electrónicamente su intervención en la que se expresará el correspondiente código de validación”.*

---

exigidos a los exclusivos efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, sirven perfectamente de referencia para su confección.

Consecuencia de ello, a partir del ejercicio 2014 los libros son telemáticos, debiendo aperturarse y cerrarse como se hacen actualmente los demás libros de contabilidad. Mandando el registro en un documento de todas las actas firmadas, cada año antes del 30 de abril o en los siguientes 4 meses en caso de ejercicios que no se correspondan con el año natural. Los libros temáticos, al igual que los físicos, podrán ser distintos para la Junta General y el Consejo de Administración.

Ante las dudas y los problemas suscitados por el cambio de formato (qué sucede con los libros físicos y cuándo se deben de cerrar, que sucede si se han transcrito actas referidas a 2014, forma de cierre) y presentación para su legalización, se procedió a dictar una instrucción que aclaró muchos aspectos dudosos, es la *“Instrucción de 12 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”*.

Aquellos libros de actas que constaban legalizados en soporte papel y en blanco podrán incluir actas hasta la fecha de cierre de su ejercicio social, y como fecha tope el 31 de diciembre de 2013. En dicha fecha se debió proceder al cierre del libro mediante la correspondiente diligencia, para poder empezar el nuevo ejercicio social 2014 por el sistema telemático.

No obstante ello, si se han pasado al Libro actas de 2014 transcritas por error y, claro está, son de fecha posterior al 31 de diciembre de 2013, en este supuesto no deben anularse ni mucho menos arrancarse las hojas correspondientes a las mismas. Las actas se quedan como están y la diligencia de cierre se realiza en el libro tras la transcripción de la última. El hecho de que queden en el libro no es óbice para que en la comunicación al Registro del libro Telemático de 2014 se incluyan las actas de ese año, aun cuando algunas o todas ellas se encuentren ya transcritas en el libro físico.

Ello queda claro tras las informaciones del propio Registro y la cláusula Sexta de la citada instrucción:

*“Los libros encuadernados en blanco y ya legalizados sólo podrán ser utilizados para contabilidades, contratos y actas de ejercicios abiertos antes de 29 de septiembre de 2013. Una vez finalizado este último ejercicio social, se procederá al cierre de los mismos mediante diligencia que se acreditará, en el primer envío telemático de dichos libros, con la incorporación de un archivo que incluya la certificación del órgano de administración que haga constar dicha circunstancia, todo ello a los efectos del artículo 334.2 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 18.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Si en dichos libros se han transcrito con posterioridad al cierre del ejercicio social citado, asientos contables, contratos o actas de un ejercicio posterior, se procederá igualmente al cierre del libro en cuestión, trasladando dichos asientos, contratos o actas, al libro correspondiente que deberá enviarse telemáticamente”*.



Hay otra cuestión que suscita problema y es el hecho de que haya actas de ejercicios anteriores a 2014 que no se encuentren pasadas al libro, por no existir éste o porque cuando se han querido pasar se han agotado los folios y el Registro no ha legalizado nuevas hojas. ¿Qué se hace con ellas?

Como punto de partida hay que decir que no se puede legalizar nuevas hojas ni tampoco se puede incluir actas de ejercicios anteriores a 2014 en el registro telemático. En la Instrucción, estos extremos quedan perfectamente claros en base a las siguientes cláusulas:

**“Cuarta.**

*No podrán legalizarse para los ejercicios iniciados a partir del 29 de septiembre de 2013, libros encuadernados en blanco para su posterior utilización o libros no encuadernados, también en blanco, y formados por hojas móviles.*

**Quinta.**

*Respecto de ejercicios iniciados a partir del 29 de septiembre de 2013, tampoco será posible la legalización de libros en soporte papel o en soporte electrónico de cualquier tipo no presentados por vía telemática”.*

En estos casos, deberá guardarse convenientemente firmadas por los asistentes e, incluso, podría protocolizarse notarialmente, pero no tienen la fuerza probatoria de las actas de los libros legalizados o los telemáticos.

Pese a la claridad de la Instrucción de 12 de febrero, por Auto n.º 84 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>228</sup>, se ha suspendido cautelarmente la misma. El auto judicial afirma que la legalización de libros sirve a la consecución del fin de dotar de mayor seguridad jurídica al tráfico mercantil y, para ello, lograr una adecuada publicidad registral. Sin embargo, el auto menciona que ello no puede hacerse sin atenerse a las garantías suficientes y sin considerar los efectos perjudiciales que probablemente se producirían si no se suspendiese la Instrucción en este caso, pues el efecto que se ocasionaría sería justamente el opuesto, vulnerándose la seguridad jurídica y causando un perjuicio de imposible cuantificación, tanto a los sujetos particulares como al propio sistema empresarial y mercantil español.

### **2.3.3.- Competencias y su delegación**

Con carácter general es del Consejo de Administración la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en la LSC y en los estatutos.

El RSCL, en su artículo 94, establece de forma amplia que *“el Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta General y al Gerente”.*

---

<sup>228</sup> Auto N.º 84, de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2015. Pieza de Medidas Cautelares 259/2015 - 02 (Procedimiento Ordinario).

Ante dicha amplitud, y a título de ejemplo, puede transcribirse aquí el contenido de unos estatutos bastante exhaustivos de una sociedad urbanística municipal, que en un artículo denominado “COMPETENCIAS Y FUNCIONES DEL CONSEJO” determina:

1.- *“Corresponde al Consejo de Administración las más amplias facultades para el cumplimiento y desarrollo del objeto social, salvo lo que por Ley o Estatutos está reservado a la Junta General de Socios. Asimismo corresponde al Consejo de Administración la representación de la Sociedad en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la empresa.*

2.- *En particular serán atribuciones del Consejo de Administración:*

- a) *La dirección, gestión y administración superior de la Sociedad.*
- b) *Ejecutar los acuerdos y seguir las directrices fijadas por la Junta General.*
- c) *Ejecutar las directrices establecidas por la Junta General sobre la política del personal de la empresa.*
- d) *Acordar el ejercicio y desistimiento de acciones y cuantas materias no estén expresamente reservadas a la Junta General o al Presidente.*
- e) *Formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados.*
- f) *Autorizar toda clase de contratos, adquisiciones y suministros, fijando las condiciones generales que hayan de regir tales contrataciones.*
- g) *Nombramiento y cese del Gerente.*
- h) *Contratar con cualquier entidad y organismo estatal, paraestatal o particular los empréstitos, operaciones de préstamos, créditos, etc., que puedan ser necesarios para el desarrollo de las actividades encomendadas a la Sociedad.*
- i) *Celebrar toda clase de actos y contratos, adquirir, comprar, permutar, vender y arrendar bienes, muebles e inmuebles, y constituir y cancelar derechos reales e hipotecas.*
- j) *Requerir los asesoramientos técnicos y/o jurídicos que sean necesarios en cada ocasión para mejor marcha de la Sociedad, con arreglo a los preceptos legales en vigor.*
- k) *Delegar todas o parte de sus facultades, salvo las que legalmente no pueden ser objeto de delegación.*
- l) *Resolver el empleo y colocación de las reservas y fondos disponibles.*
- m) *Autorizar el otorgamiento y formalización de las escrituras y documentos que sean necesarios para la consecución del fin social, con las cláusulas y requisitos que estime oportunos.*
- n) *Arbitrar fondos por medio de cuentas corrientes de crédito u otras operaciones análogas, con o sin garantía de bienes sociales.*

- o) Aprobar y proponer a la Junta General la aprobación de los Reglamentos de Servicios y de Régimen Interior que puedan ser necesarios.*
- p) Llevar a la práctica los acuerdos de la Junta General por sí o a través de la Gerencia.*
- q) Ejercer todas las atribuciones que se desprenden de los Estatutos y de los acuerdos que adopte la Junta General, así como entender en todo aquello que afecte a la marcha de la Sociedad, cuya administración se le encomienda.*
- r) Otorgar poderes para pleitos con facultad de absolver posiciones en Juicio.*
- s) Someter a juicio de árbitros o de amigables componedores cualesquiera cuestiones en que esté interesada la Sociedad.*

*La precedente enumeración de facultades no limita las que competen al Consejo de Administración para dirigir y gobernar el negocio social, en todo cuanto no esté expresamente reservado por la Ley o por estos Estatutos, a la competencia privativa de la Junta General de Socios”.*

Es habitual en las sociedades públicas municipales la existencia de un consejero delegado, al que se le otorgan o “delegan” con carácter permanente distintas facultades del Consejo; otras veces incluso, en las sociedades con consejos de administración amplios se crean comisiones ejecutivas. La figura está prevista en el artículo 249 del TRLSC, al indicar que el consejo de administración “podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas”. Surge así la figura del Consejero Delegado.

Para esta delegación las condiciones requeridas en el consejero delegado han variado recientemente por la Ley 31/2014<sup>229</sup>, que ha dado nueva redacción al artículo 229 del TRLSC; son las siguientes:

1. Con carácter previo, es necesario que no se encuentre expresamente prohibido por los estatutos.
2. Requerirá voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.
3. Es necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el quórum antes indicado. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro, no pudiendo percibir retribución

---

<sup>229</sup> Modificado por el artículo único, n.º 24 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. Además, este contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

4. Deberá elevarse a escritura pública, no produciendo efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

No obstante ello, el consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades<sup>230</sup>:

- a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
- b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.
- c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230.
- d) Su propia organización y funcionamiento.
- e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la Junta General.
- f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.
- g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.
- h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del Consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.
- i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la Junta General.
- j) La convocatoria de la Junta General de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.
- k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.
- l) Las facultades que la Junta General hubiera delegado en el Consejo de Administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

### **2.3.4.- Estatuto del Consejero**

El estatuto del Consejero es relativamente complejo, pues se encuentra establecido por la normativa mercantil que debe complementarse con la administrativa, que en este aspecto se encuentra especialmente desarrollada por la normativa surgida de la crisis y de reestructuración del sector Público,

---

<sup>230</sup> Artículo 249 bis del TRLSC, introducido por el artículo único 25 de la citada Ley 31/2014.

especialmente en relación a los aspectos económicos, de responsabilidad e incompatibilidades.

### **2.3.4.1.- Deberes**

Es importante el análisis del conjunto de deberes que asumen los consejeros cuando voluntariamente aceptan el cargo, pues demasiadas veces en las sociedades públicas anteponen los intereses del partido al que representan frente al de lealtad a la sociedad, y ello puede causarles graves responsabilidades, no solo civiles, respondiendo con su patrimonio, sino también penales.

La responsabilidad de los administradores deriva directamente de las obligaciones y deberes generales o específicos que les impone la ley y, potestativamente, los estatutos (arts. 225 y ss. Del TRLSC). Son deberes de los administradores con carácter general:

#### **A) Deber de diligencia**

Los administradores deben desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. A tal fin deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225).

El deber de diligencia se configura como una pauta de conducta y como una fuente general de obligaciones que conlleva intrínsecamente un deber de vigilancia activa y continuada de los órganos y personas en quienes hubieran delegado sus facultades colectivas o individuales. Además deberá actuar de la manera más adecuada para dar cumplimiento a los fines e intereses de la sociedad.

Los artículos 225 y 226 de la LSC imponen de forma expresa a los administradores un deber de informarse diligentemente sobre los asuntos de la sociedad y especifican el modo de proceder exigible a un representante actuando con la direccionalidad empresarial exigida.

#### **B) Deber de lealtad**

Deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

A los administradores les son exigidas en relación al deber de lealtad las siguientes obligaciones:

- a) Obligación de respetar y velar por el interés de la sociedad, y por tanto como prohibición de actuar en contravención del mismo.
- b) La prohibición de aprovecharse de las actividades, la información o el nombre de la sociedad, o de sus funciones en la misma, en beneficio propio o de un tercero (de aquí se deriva la obligación que contempla la propia ley de informar a la sociedad de cualquier actividad, participación, cargo o función que el administrador desarrolle u ostente en otra sociedad de objeto idéntico, análogo o complementario).
- c) La obligación de informar y abstenerse en el caso de que el administrador incurra en una situación de conflicto de interés.
- d) Secreto, por cuanto los administradores deberán abstenerse de divulgar las informaciones confidenciales que conozcan en el marco del ejercicio de su cargo.

En el caso de infringir el deber de lealtad, sin perjuicio del ejercicio de las acciones correspondientes, podrá ejercitarse frente al consejero desleal las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

Esta referencia a los deberes de diligencia y de lealtad ha de completarse con los deberes que la ley y los estatutos pueden imponer específicamente a los administradores, como puede ocurrir con el deber de convocar la Junta General en diferentes supuestos, el deber de formular las cuentas anuales, etc.

### **2.3.4.2.- Responsabilidad**

#### **A) Planteamiento general**

El conjunto de deberes del Consejero lleva inherente un amplio régimen de responsabilidad en caso de su incumplimiento; esta responsabilidad es de muy variada índole, como se analizará<sup>231</sup>.

Así, el artículo 236 de la LSC consagra el principio de responsabilidad de los administradores y establece expresamente que: *“Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”*. Como consecuencia lógica de la esfera de deberes y obligaciones impuestos a los administradores, éstos responderán de la infracción de aquéllos y vendrán obligados a resarcir el daño causado.

La responsabilidad ordinaria o civil se produce de acuerdo con las siguientes reglas:

---

<sup>231</sup> En este apartado se seguirán distintas consideraciones del Informe emitido por Esteban Arimany y Raimon Tagliavini de Uría Méndez, en febrero de 2013, a partición de AVS.

1. La responsabilidad es tanto frente a la sociedad y los socios, como frente a los acreedores sociales.
2. Debe provenir de actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Presuponiéndose la culpabilidad salvo prueba en contrario, siempre que el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.
3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.
4. Se extiende igualmente a los administradores de hecho<sup>232</sup>.
5. Tiene carácter solidario respondiendo todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

La responsabilidad civil de los administradores es exigible mediante la acción social y/o mediante la acción individual.

- a) La acción social de responsabilidad, artículo 238 de la LSC; su finalidad es resarcir a la propia sociedad por el incumplimiento por los administradores de las obligaciones propias del cargo.
- b) La acción individual de responsabilidad, artículo 241 de la LSC; a diferencia de la anterior, busca resarcir de forma independiente e individualizada a los accionistas o a terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

El plazo general de prescripción de todas las acciones de responsabilidad que se diriman contra los administradores de sociedades mercantiles, será de cuatro años contados a partir de la fecha del cese en el cargo de administrador.

Frente a este sistema bastante duro, al establecer la responsabilidad solidaria de los componentes del Consejo, es habitual, en la actualidad, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra esta contingencia.

## **B) Supuestos de responsabilidad**

Son diversas las causas de responsabilidad o supuestos generadores de la responsabilidad de los administradores, si bien centrándonos en los casos relacionados con la gestión económica son dos los fundamentales; en primer lugar, los derivados de la concurrencia de causas de disolución y, en segundo lugar, los derivados de la situación de concurso de la empresa.

---

<sup>232</sup> De acuerdo con el artículo 236.3, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

## 1.- Responsabilidad por causa de disolución.

El artículo 367 de la LSC establece un supuesto específico de responsabilidad de los administradores en relación con la concurrencia de causas de disolución que precisan de la intervención de la Junta General para resultar efectivas. De manera expresa el precepto dispone:

*“1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.*

*2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que este supuesto de responsabilidad es un supuesto de responsabilidad especial, que se aparta del régimen de responsabilidad civil de los administradores. Se dice que ésta es una norma de responsabilidad cuasi objetiva porque, si bien es cierto que no precisa la concurrencia de un daño causado como consecuencia de la acción culpable del administrador, en realidad la sanción de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales se fundamenta en la infracción por parte del administrador de unos deberes específicos (convocatoria de la Junta General, solicitud de disolución judicial o concurso de la sociedad), sin que le sea exigible un resultado concreto (es decir, quedará exonerado de responsabilidad aquel administrador que justifique haber cumplido con las obligaciones que le imponen los artículos 364 y siguientes, pese a no llegarse a producir por otros motivos la disolución de la sociedad o ser declarado el concurso).

En relación con su régimen jurídico, conviene destacar los siguientes aspectos:

1. El plazo de dos meses para convocar la Junta General deberá contarse desde que los administradores tuvieron conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución. En caso de disolución debida por pérdidas, el conocimiento lo es de la referida situación patrimonial, cosa que en cualquier caso ocurrirá, a más tardar, en la fecha de formulación de las cuentas anuales, pero que en la mayoría de las situaciones empresariales sucede probadamente con anterioridad a ese plazo.
2. La solicitud en plazo de la declaración de concurso por los administradores desactiva la responsabilidad por falta de disolución de la sociedad, si bien seguirá siendo de aplicación el régimen de responsabilidad concursal de los administradores de conformidad con sus propias reglas.



3. La responsabilidad de los administradores deberá obviarse en el supuesto de que, en los plazos contemplados, un tercer interesado hubiera solicitado la disolución judicial de la sociedad.
4. Los administradores no responderán si en los plazos establecidos, para convocar la Junta General, o para instar la disolución judicial o el concurso, desaparece o se remueve la causa de disolución de la sociedad, es decir, se ejecutan medidas de restitución patrimonial.

En las sociedades públicas, en relación a este supuesto, hay que destacar dos previsiones específicas en la normativa administrativa. Por un lado las previsiones contenidas en la DA 9.ª del PLRSAL, estudiada en el Capítulo V del presente estudio, que tanto en el párrafo 2.º que considera causa de disolución de sociedades que “desarrollen actividades económicas” y se encuentran en una “peculiar” situación de “desequilibrio financiero” y las previstas en el párrafo 4.º que afectan a las sociedades de 2.º escalón. Al referido apartado nos remitimos<sup>233</sup>. En segundo lugar, lo prevenido en el artículo 103.2 del TRDLVRL que dispone que: *“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”*.

## **2.- Responsabilidad Concursal.**

En el caso de concurso de acreedores se analiza por el juez encargado del mismo si los administradores actuales y los que ocuparon el cargo durante los dos años anteriores a la declaración de concurso han actuado conforme a lo exigido por la normativa mercantil y no depende de ellos esta situación, o, por el contrario, son responsables o causantes de la misma.

El régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores viene establecido por el artículo 172 bis de la Ley Concursal. Así, en caso de liquidación o calificación del concurso como culpable, se permite al juez del concurso condenar a todos o algunos de los administradores, de derecho o de hecho a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial. En concreto en su párrafo 1.º indica que: *“Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit”*.

El concurso podrá ser declarado como culpable en los casos previstos en los artículos 164 (concurso culpable) y 165 (presunciones de culpabilidad).

En el primero de los supuestos, en el caso del 164, el concurso se calificará como culpable sin admitir prueba en contrario cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o

---

<sup>233</sup> El estudio de estas causas de disolución específica se encuentra en el Capítulo V.º.

hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
3. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
4. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
5. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
6. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso, el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
2. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.
3. Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
4. se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

Por el contrario, si los administradores de derecho o de hecho de las sociedades municipales de vivienda han ejercido su cargo de forma diligente y conforme a la ley y no han incurrido en ninguno de los supuestos que determinan la culpabilidad del concurso, no tiene por qué derivarse responsabilidad alguna contra ellos ni en sede civil ni en sede mercantil.

Según Alberto Palomar<sup>234</sup>, en la mayoría de casos en los que empresas públicas municipales han solicitado concurso, éste ha sido calificado como fortuito: *“Son ya varias las empresas públicas municipales que han solicitado — y obtenido— la declaración de concurso de acreedores, calificándose éste como fortuito en la gran mayoría de los casos reseñados”*.

### **2.3.4.3.- Retribución**

En las Sociedades de Capital, indica el artículo 217, el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración. La realidad es que, con carácter general, los administradores perciben remuneración por esta actividad. Es algo totalmente lógico si se considera el amplio régimen de responsabilidades que asumen al aceptar el cargo.

Considerada la conveniencia de la remuneración, ésta debe fijarse en los estatutos sociales que determinarán el concepto o conceptos retributivos. La LSC establece una amplia gama de posibilidades que podrán consistir, entre otras, en una o varias de las siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador, y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

En relación a las sociedades públicas municipales, el criterio no varía y respecto a la retribución, deberá constar expresamente en los estatutos. Debiendo entenderse, de acuerdo con el artículo 13.6 del ROF, que los miembros de las Corporaciones Locales, aun cuando perciban retribuciones por dedicación exclusiva, si bien no podrán obtener un segundo “sueldo” sí “podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal...”.

A tal efecto, en la mayoría de los Estatutos de las sociedades municipales suele remunerarse mediante “dietas por asistencia”, en base a la siguiente fórmula determinada en los Estatutos: *“La Junta General Ordinaria establecerá cada año o con validez para los ejercicios que la propia Junta decida, la*

---

<sup>234</sup> Palomar Olmeda, Alberto. “La Administración en tiempo de Crisis”, Editorial Aranzadi, 2012. Página 865.

*remuneración de los consejeros, dentro de los límites establecidos por la Ley. Dicha cuantía consistirá en una cantidad fija por dietas de asistencia a las reuniones del Consejo*". Fijándose en el Pleno correspondiente bien una cantidad alzada bien aprobando la misma que por asistencias a plenos o comisiones municipales.

Es por lo tanto el régimen el siguiente:

- a) Si no tienen dedicación exclusiva: Podrá tener una retribución pero ello deberá constar expresamente establecido en los estatutos.
- b) Si tienen dedicación exclusiva: podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal.

No obstante ello, en alguna normativa de Comunidades Autónomas, como la reciente Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, que prohíben la retribución de los consejeros, en concreto en su artículo 82, se indica que: *"cuando el objeto social de la sociedad mercantil local de capital íntegramente público sea la prestación de servicios públicos y el Pleno de la entidad matriz actúe como Junta General, designando como consejeros o administradores a sus miembros, éstos no podrán recibir retribución alguna por tal concepto"*.

En cuanto al órgano que fija concreta y numéricamente la remuneración, es preciso distinguir desde el punto de vista mercantil dos supuestos:

- a) Si la retribución consiste en una participación en beneficios, ninguna atribución compete a la junta, ya que el porcentaje de dicha participación debe estar concretado.
- b) En los demás casos, ante el silencio legal al respecto, parece que es el propio órgano de administración el órgano competente, dado que si la fijación de la retribución de los administradores estuviera atribuida a la Junta General de accionistas, no sería obligatorio que constase en la propia memoria que deben realizar los administradores y que debe ser aprobada por la propia Junta General (AN 13-4-05, Proc 352/02).

No obstante ello, como se ha visto, el RSCL, en relación a las competencias de la Junta General indica que, entre otras, compete a este órgano no solo nombrar el Consejo de Administración sino también la fijación de la remuneración de los Consejeros.

Entendemos que en este tema, en base a la potestad de autogobierno de las corporaciones locales establecida en la Constitución, y siendo el RSCL preconstitucional, como ya se ha visto en otros aspectos, ante la falta expresa de previsión de la normativa mercantil y si así se ha previsto en los estatutos, salvo en el supuesto de la retribución consistente en la participación en beneficios, respetado los límites presupuestarios, pueda el Consejo fijar las retribuciones concretas de los consejeros.

### **2.3.5.- Otros miembros del Consejo**

Ya se ha indicado anteriormente que es muy habitual la existencia de un secretario no consejero en las sociedades públicas locales, que no es un consejero como tal sino que se trata de un miembro auxiliar de los consejeros que cumple las funciones del secretario que anteriormente se han indicado. Se trata de un cargo técnico pero de confianza, nombrado por el Consejo de Administración, por lo que puede ser cesado en cualquier momento por el propio Consejo. Por último, hay que indicar que siendo abogado en ejercicio puede perfectamente asumir las funciones del Letrado asesor del Consejo, como seguidamente se analizará.

El Letrado asesor del Consejo de Administración es una figura tradicional que, pese a que su normativa reguladora se remonta al año 1975, se encuentra en vigor en la actualidad, siendo aplicable tanto a las sociedades públicas como privadas que reúnan determinadas características. Es una figura que se fundamenta en la necesidad de garantizar que los acuerdos del Consejo se adopten respetando la legalidad vigente, impidiendo la adopción de acuerdos irregulares que den lugar al ejercicio de acciones de impugnación frente a los tribunales y garantizar así la corrección de la vida jurídica de la sociedad.

Estas dos figuras se analizarán con profundidad en el apartado 3.º de este Capítulo VIII, al establecer el régimen jurídico del personal.

## **2.4.- LA GERENCIA**

### **2.4.1.- Carácter**

En el presente apartado se analizará la gerencia como órgano de la sociedad, por cuanto así ha sido conceptualizado tradicionalmente por la normativa administrativa de aplicación, dejando para el apartado 3.º de este Capítulo VIII aspectos más específicos en relación al régimen jurídico como personal directivo de la sociedad.

Ya se ha visto en apartados anteriores que es un órgano eminentemente técnico, aun cuando es un cargo de confianza del Consejo, por cuanto en su traducción al derecho privado aparece como un apoderado general o factor del Consejo de Administración. En este sentido es claro el artículo 106.3 del RSCL que indica que el cargo de Gerente *“recaerá siempre en persona especializada”*.

La gerencia tradicionalmente, y como se ha visto, ha sido un órgano obligatorio para las sociedades municipales al ser impuesto por el RSCL en su artículo 90, al indicar que: *“la dirección y administración de la Empresa estará a cargo de los siguientes órganos: 3.º La Gerencia”*.

En la actualidad, tras la reforma de 2003, la gerencia no es uno de los órganos que se recogen expresamente en el párrafo 3.º del artículo 85 ter, que solo habla de la Junta General y el Consejo de Administración, indicando que serán

los propios estatutos de la sociedad los que determinen *“los máximos órganos de dirección de las mismas”*.

Quiere decir ello que, en base al principio de autoorganización de los entes locales, serán los estatutos los que determinen la existencia de este Órgano de Gobierno o no. En este sentido, al ser un órgano de los recogidos expresamente en el RSCL, en la memoria deberá justificarse la razón de su omisión, debiendo consecuentemente darse las razones para que consideren mejor otra forma de dirección técnica de la sociedad.

Es decir, no es un órgano obligatorio, salvo que los estatutos lo conceptúen como tal, en cuyo caso deberá ser designado por el órgano encargado para ello, habitualmente el Consejo de Administración o la Junta General. Si se ignora esta obligación, se puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento.

No obstante lo indicado, a nuestro entender, aun cuando no es un órgano obligatorio, sí es *“altamente recomendable”* en las sociedades mercantiles públicas en general y en las urbanísticas es imprescindible la figura de un técnico que, de acuerdo con las instrucciones del Consejo de Administración, dirija con criterios profesionales la sociedad. Es importante por ello que, aun cuando suele ser un profesional de la confianza del Consejo y especialmente de su Presidente, sea seleccionado con criterios de *“mérito y capacidad”*. Esto es algo que siempre desde AVS se ha asesorado en la constitución de una sociedad local y se ha manifestado expresamente a los órganos políticos, técnicos y cuerpos nacionales de los Ayuntamientos que se encontraban en dicho trámite.

El carácter técnico de dicho cargo ha dado lugar a que en muchas sociedades municipales ha habido muchos gerentes que han continuado en sus cargos pese al cambio político de los municipios propietarios de la sociedad. Esto justifica no solo la conveniencia de esta figura técnica sino que potencia el carácter de necesaria continuidad que debe tener este tipo de sociedades, en las que, no puede olvidarse, su objeto es la promoción de vivienda o el desarrollo urbanístico de nuevos suelos o sobre la ciudad ya consolidada, actividad que se dilata mucho más allá de los 4 años de legislatura municipal.

Por otro lado, el carácter técnico hace que debe de considerarse conveniente contar para ello con una persona con experiencia en el desempeño de gerencias de sociedades, en nuestro caso, promotoras de vivienda o urbanísticas o gestoras de servicios, o un profesional (técnico, económico o jurídico) en íntimo contacto con el sector. No consideramos adecuada la tendencia de alguna normativa estatal que considera que para ello lo adecuado es un funcionario del grupo *“A”*. Ello es así pues lo que se busca con este tipo de sociedades es adoptar modos o formas del sector privado en el actuar de la administración, lo que es difícil de conseguir con un gerente de perfil funcional.

Consecuentemente con lo indicado, actualizando y completando los criterios de Ángel Sánchez Martín y Rosendo Sánchez García<sup>235</sup>, se puede considerar que son características de la Gerencia las siguientes:

- a) Se trata de un órgano social, cuya actividad se imputa directamente a la Sociedad.
- b) Su designación corresponde al Consejo, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa.
- c) Es un órgano único, de tal manera que no puede haber más de una gerencia.
- d) Es un órgano de carácter técnico.
- e) Con carácter general, su vinculación con la sociedad se produce mediante un Contrato laboral de “Alta Dirección”, si bien existen otros supuestos en los que esta vinculación se produce mediante un contrato laboral ordinario, incluso un contrato mercantil.

#### **2.4.2.- Funciones de la Gerencia**

Las facultades de la gerencia se determinan no solo en los Estatutos Sociales, sino que estas facultades son habitualmente complementadas por los poderes que se le suelen otorgar en escritura pública, que se debe inscribir en el Registro mercantil.

De acuerdo con los distintos estatutos sociales de sociedades mercantiles locales consultados, puede establecerse que, además de las que le delegue el Consejo de Administración, suele ejercer las siguientes facultades más o menos estandarizadas:

- a) Dirigir y supervisar la ejecución de los acuerdos del Consejo y ejecutarlos ella misma.
- b) Firmar los contratos autorizados por el Consejo.
- c) Proponer al Presidente los Asuntos a incluir en el Orden del Día de las reuniones del Consejo.
- d) Establecer políticas y directrices sobre las actividades básicas de la Empresa, que someterá a la aprobación del Consejo de Administración.
- e) Establecer la política de personal que considere más adecuada con los criterios que marque el Consejo de Administración.
- f) Establecer directrices para la elaboración de los presupuestos y programas de actuación de la Sociedad.
- g) Proponer al Consejo las líneas generales de política comercial y financiera de la Empresa.
- h) Vigilar el desarrollo de las actividades de la Sociedad.

---

<sup>235</sup> Sánchez Martín, Ángel y Sánchez García, Rosendo: “Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales” INAP/CEMCI N.º 46, Granada, 1992.

- i) Ejercer la Jefatura directa e inmediata de todo el personal contratado por la Sociedad.
- j) Organizar, dirigir y vigilar la realización de las actividades y distribuir el trabajo con plenas facultades, para encomendar a cada empleado las funciones que considere convenientes en cada caso, de acuerdo con su situación laboral.
- k) Acordar la apertura o cancelación de las cuentas corrientes generales en cualquier entidad bancaria, señalando los requisitos para la apertura de dichas cuentas, así como la disposición de fondos que acuerde el Consejo de Administración.
- l) Preparar la información necesaria acerca de los asuntos de que deba tratar el Consejo a requerimiento del Secretario.
- m) Llevar la firma de la correspondencia, recibos, talones, transferencias, facturas y, en general, cuantos documentos sean necesarios para el desarrollo de sus funciones en ejecución de los acuerdos del Consejo.

### **3.- PERSONAL A SU SERVICIO**

#### **3.1.- INTRODUCCIÓN**

##### **3.1.1.- Planteamiento inicial**

Tradicionalmente las Empresas Mercantiles Públicas, en relación al personal a su servicio, por su claro carácter laboral, no han tenido demasiados condicionantes en relación a su contratación ni a sus retribuciones, sino todo lo contrario, siempre han tenido una amplia libertad para su contratación y despido cuando ha cesado la necesidad del mismo. Esta libertad de actuación ha sido uno de los elementos fundamentales que han permitido a las sociedades dar cumplimiento de su finalidad y su adaptación a las necesidades cambiantes de la actividad para lograr la eficacia en la prestación de los servicios públicos que justifica su existencia.

Si la sociedad tenía que desarrollar una nueva actividad que requería la contratación de un cierto número de personal por el tiempo necesario para la realización de la misma, se contrataba el personal necesario que cesaba en dicha actividad vencido el tiempo del contrato o cumplida su actividad. Para ello se acudía sin mayor problema a la legislación laboral con sus distintos tipos de contrato y modalidades de contratación de muy variada naturaleza.

Además de esta libertad en el establecimiento de nuevas relaciones laborales o contratos de trabajo, en materia de salario tampoco existían más limitaciones que las propias de la legislación laboral y especialmente los convenios colectivos. Así se podría fijar con cierta libertad el salario, actualizarlo o modificarlo y con independencia de lo previsto para el personal funcionario. El límite lógicamente lo imponía la necesidad del equilibrio financiero y que las cuentas de las sociedades no dieran pérdidas. Solamente se encontraban



límites retributivos establecidos por los propios ayuntamientos con la finalidad de adecuar y equiparar las retribuciones del personal de las sociedades públicas municipales a las del resto del personal laboral de la corporación.

Este panorama cambia radicalmente con la reciente crisis económica en la que, al igual que para el resto de las administraciones, se establece unas amplias limitaciones, no solo para la fijación y modificación de las retribuciones del funcionariado y demás empleados públicos, sino también para el Sector Público estatal, autonómico y local, tanto en relación con los directivos como con el personal laboral, y también en relación a su número, restringiendo de forma estricta las nuevas contrataciones.

Esta línea se inicia con la denominada “Reestructuración del Sector Público Local” que tiene su origen en los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las Entidades Locales, de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012. “El primero, más genérico, definido como acuerdo marco con las Entidades Locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, establecía la aprobación por parte de dichas entidades de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. El segundo, definido como acuerdo de reordenación y racionalización del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, perseguía disciplinar la actividad de las Administraciones Públicas sin menoscabo de la calidad de los servicios que prestan. Para ello consideraba como eje principal las medidas de reducción de la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización”<sup>236</sup>.

A partir de estos acuerdos, la primera norma de gran calado es el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que dio lugar a la Ley 3/2012, de 6 de julio y se concluye con la LRSAL, como posteriormente analizaremos con detalle.

El resultado para el sector público local es demoledor; como se analiza en otros apartados del presente estudio se busca su eliminación para favorecer al sector privado. Consecuentemente con ello, las medidas sobre el personal son muy perjudiciales, pues se cambia radicalmente el régimen que tenían hasta entonces y se produce los siguientes efectos:

1. Limitación de los componentes de los órganos de gobierno, su número y retribuciones.
2. Se modifica su régimen jurídico los Directivos, limitando igualmente su número y retribuciones. Además se facilita su despido al reducir drásticamente sus indemnizaciones por este concepto.
3. En relación al personal laboral, se facilita su despido mediante la aplicación de los EREs y la suspensión de su contrato de trabajo, se limitan sus retribuciones y su actualización, suprimiéndose incluso pagas

---

<sup>236</sup> Preámbulo de la LRSAL.

extras y, por último, se prohíbe la contratación de nuevo personal salvo excepciones muy justificadas. Además, se limita su libertad de selección.

### **3.1.2.- Evolución durante la crisis**

#### **3.1.2.1.- Real Decreto-ley 3/2012 y Ley 3/2012**

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que posteriormente con alguna variación se convirtió en la Ley 3/2012, de 6 de julio, es la primera reforma de calado en relación al ámbito subjetivo del Sector Público. Se destaca una serie de medidas que contiene el RDL que afectan específicamente al Sector Público en general (Disposiciones Adicionales 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) y especialmente al Estatal (Disposición Adicional 8.<sup>a</sup>), que como se verá también es aplicable en determinados aspectos al resto del sector público.

**a) Disposición adicional segunda. “Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público”.**

Se introduce, ante las incertidumbres planteadas, la posibilidad de introducir el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, considerado como tal el contemplado en el artículo 3.1 del TRLCSP. Ello se realiza mediante la adición de una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Pudiéndose concluir que los EREs se podrán aplicar tanto a las sociedades mercantiles públicas, como entidades empresariales, organismos autónomos u otros organismos sometidos al derecho público, local, autonómico o estatal. Posteriormente se analizará con el detalle necesario.

**b) Disposición adicional tercera. “Aplicación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en el Sector Público”.**

Se añade una disposición adicional vigésima primera al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo con el siguiente contenido:

*«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».*

El citado artículo 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la *“Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”*.

Aquí el tema es más complejo que en el supuesto anterior, como posteriormente se analizará, pues la norma solo se aplicará a aquellos integrantes del sector público que sean calificados como productores de mercado.

**c) Disposición Adicional Octava. *“Especialidades de los contratos mercantiles y de Alta Dirección del Sector Público”*.**

La norma introduce una serie de medidas que afectan directamente a los derechos por despido del personal directivo, en la Disposición Adicional Octava relativa a las extinciones de contratos mercantiles y de Alta Dirección del sector público estatal. Así en el caso de desistimiento del empresario se reduce considerablemente la indemnización a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades, no pudiéndose pactar o incluir ninguna cláusula que suponga una indemnización superior. Posteriormente se analizará con detalle.

### **3.1.2.2.- Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo**

El Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, en el que se regulan distintos aspectos del Sector Público Estatal, que aun cuando no es directamente aplicable al sector público local, sienta el germen de los distintos aspectos posteriormente introducidos en el Local, por distinta normativa y especialmente por la LRSAL.

Los aspectos concretos que regula en relación al Sector Público Estatal, en esencia, son los siguientes:

1. El régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.
2. Se determina que la estructura organizativa no pueda pasar de un número máximo de miembros.
3. Junto a estos dos principios, también se recoge el principio de transparencia, mínimo exigible tanto a las entidades como a sus máximos responsables y directivos, aplicándose así los criterios de buen gobierno que cumplen las sociedades cotizadas o las entidades financieras.

Su Preámbulo deja claras cuáles son las razones de la norma al indicar que se dicta en desarrollo de la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que incluye *“criterios racionales y lógicos de ajuste en las remuneraciones de los máximos responsables y directivos del sector público”*

*estatal. Con esta medida, en la situación actual de crisis económica, se pretende contribuir a la estabilidad económica y al interés general y bien común de los ciudadanos”, proporcionando, además, “un tratamiento uniforme al extender el régimen retributivo que prevé a todas las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación”.*

De acuerdo con ello, el artículo 1 (objeto) indica: *“El presente real decreto tiene por objeto regular el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades del sector público estatal, garantizando los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en su gestión”.*

Como se observa en el citado artículo 1, se refiere al personal directivo del Sector Público Estatal, estableciéndose en la norma una serie de precisiones en relación tanto al ámbito objetivo, qué entidades lo componen, como al subjetivo o personal, quién se considera directivo.

## **A) Ámbito de aplicación**

El RD es de aplicación al Sector Público Estatal, integrado por las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a excepción de la letra d) del mismo apartado del citado artículo. Dicho Sector Público Estatal se clasifica en distintos grupos, siguiendo la complicada clasificación de la citada Ley General Presupuestaria, en concreto:

- a) Sector público empresarial, que se integra por las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. Integran dicho sector:
  - Las entidades públicas empresariales.
  - Las sociedades mercantiles estatales.
  - Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, no incluidas en el sector público administrativo (determinadas entidades estatales de derecho público y consorcios).
- b) El resto de entidades del sector público estatal previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, excepto la Administración General del Estado. En concreto los siguientes sectores: el “sector público administrativo” y el “sector público fundacional”, con las especialidades reguladas en dicho artículo.
- c) La Administración General del Estado.

Los sujetos específicamente afectados los determina su artículo 3 (Definiciones), que determina quién es considerado Directivo y Máximo responsable; a los efectos del mismo:

- a) **Máximo responsable:** el Presidente ejecutivo, el consejero delegado de los consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno

o administración de las entidades previstas en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 del RD (Sector Empresarial) con funciones ejecutivas o, en su defecto, el Director General o equivalente de dichos organismos o entidades.

En las sociedades mercantiles estatales en las que la administración no se confíe a un consejo de administración, será máximo responsable quien sea administrador.

**b) Directivos:** son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos del sector empresarial y resto de entidades del sector público empresarial.

Cuando las funciones de Presidente y Director General o equivalente sean ejercidas por dos personas diferentes, la dependencia podrá tener lugar indistintamente respecto del Presidente o del Director General o equivalente. En todo caso se considerarán directivos a los que se atribuya esta condición en su legislación reguladora. No tendrán la consideración de máximo responsable o directivo quienes estén vinculados a la entidad por relación funcional.

El Régimen de Contratación también se impone en el RD, estableciendo criterios distintos para los que sean máximos responsable que reúnan la condición de administradores o formen parte de los consejos de administración, y aquellos que no lo formen y directivos.

a) Máximos responsables administradores o que forman parte del consejo de administración.

Quienes asuman las funciones de máximo responsable de las sociedades mercantiles estatales, formando parte de su consejo de administración o siendo administradores en ausencia de consejo de administración, estarán vinculados profesionalmente con las mismas por contrato mercantil, que se registrará (parece ser que de forma jerárquica) por lo dispuesto:

- 1º. Disposición Adicional Octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, anteriormente vista.
- 2º. El presente Real Decreto 451/2012.
- 3º. Estatutos Sociales.
- 4º. Directrices emanadas del órgano de administración y en su caso de la Junta General u órgano equivalente.
- 5º. Legislación civil y mercantil que resultare de aplicación.
- 6º. Por la voluntad de las partes.

b) Resto de máximos responsables y los directivos.

Estarán vinculados profesionalmente por un Contrato de Alta Dirección que se registrará por lo dispuesto en:

- 1º. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- 2º. Este Real Decreto.
- 3º. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, en cuanto no se oponga a este Real Decreto.
- 4º. Por la voluntad de las partes.

Se entiende que Gerentes o Directores de las Sociedades Públicas se incluyen en este apartado.

Además de ello, el RD establece una serie de cuestiones relativas al régimen de contratación de dicho personal, en concreto:

- Modelo de contratos: El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprobará los modelos de contratos mercantiles y de Alta Dirección a los que se refiere este real decreto, que contarán con el informe previo de la Abogacía del Estado del departamento (Disposición Adicional Primera).
- Adaptación de contratos: El contenido de los contratos celebrados, con los máximos responsables y personal directivo, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, deberá ser adaptado a los términos establecidos en este real decreto antes del 13 de abril de 2012. La adaptación no podrá producir ningún incremento retributivo para los máximos responsables o directivos en relación a su situación anterior (Disposición Adicional Segunda).
- Modificación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. La Disposición final primera añade un apartado 4 al artículo 1: «4. El presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral».

## **B) Clasificación del sector público empresarial**

El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas es el que debe realizar la clasificación de las entidades, conforme a su naturaleza y a los criterios que posteriormente analizaremos, estableciendo tres grupos del 1 al 3, atendiendo a criterios como el volumen o cifra de negocio, el número de trabajadores de la sociedad, la necesidad o no de financiación pública, el volumen de inversión o las características propias del sector en el que desarrolla su actividad.

Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

- a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso.
- b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

### **B1.- Criterios de clasificación**

Son distintos en función de que se trate del Sector Público Empresarial o el Resto de Entidades del Sector Público Estatal, según la clasificación que ya hemos visto en el Capítulo Vº de este estudio.

a) Sector Público Empresarial: Serán clasificadas en grupos, atendiendo a sus características, con arreglo al conjunto de los siguientes criterios:

- Volumen o cifra de negocio.
- Número de trabajadores.
- Necesidad o no de financiación pública.
- Características del sector en que desarrolla su actividad: complejidad, sector estratégico, internacionalización.
- Volumen de inversión.

b) Resto de Entidades del Sector Público Estatal: Serán clasificadas en grupos, atendiendo a sus características, con arreglo al conjunto de los siguientes criterios:

- Necesidad o no de financiación pública.
- Volumen de actividad.
- Número de trabajadores.

### **B2.- Organización/número de miembros órganos directivos**

Salvo disposición legal en contrario, el número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno o administración de las entidades no podrá exceder de:

<b>Grupo de empresa</b>	<b>Número de consejeros</b>
Grupo 1	15
Grupo 2	12
Grupo 3	9

Fundamentalmente, a los efectos de esta modificación, la Disposición Final Tercera (Adaptación de estatutos y normas de funcionamiento) indica que las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o

normas de funcionamiento interno a lo previsto en este real decreto, en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

### B3.- Retribuciones

Las retribuciones salariales a fijar en los contratos mercantiles o de Alta Dirección, se clasificarán en básicas y complementarias.

- 1) **Retribuciones básicas:** Incluirá la retribución mínima obligatoria que fijará el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en función del grupo en que se sitúe la entidad. La retribución básica, que constituye la retribución mínima obligatoria, se fijará por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en función del grupo en que se sitúe la entidad, no pudiendo exceder, en cómputo anual, de los siguientes importes:

Grupo de empresa	€ anuales
Grupo 1	105.000
Grupo 2	80.000
Grupo 3	55.000

- 2) **Complementarias:** A esta cantidad básica se le sumará un complemento de puesto y, si así se dictaminase, un complemento variable.

- El complemento de puesto: Retribuye las características específicas de las funciones desarrolladas o de los puestos directivos desempeñados; será asignado por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, con arreglo a los siguientes criterios: 1.º Competitividad externa, entendiéndose por tal la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia. 2.º Estructura organizativa dependiente del puesto. 3.º Peso relativo del puesto dentro de la organización. 4.º Nivel de responsabilidad. El complemento de puesto no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.
- El complemento variable: Tendrá carácter potestativo y retribuye la consecución de unos objetivos previamente establecidos, conforme a parámetros evaluables por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, por lo que su percepción se halla condicionada a la consecución de unos objetivos.

El complemento variable no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.

### B4.- Otras cuestiones retributivas

El RD regula otras cuestiones relativas a la retribución:



- Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total.
- Asistencias: La percepción de las retribuciones que se regulan en el presente real decreto será incompatible con el cobro de indemnizaciones por asistencias, a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 27 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, por concurrencia a las reuniones de los órganos de gobierno o administración de organismos públicos y de Consejos de Administración de sociedades mercantiles estatales. Para fijar su cuantía, el Ministro de Hacienda y las Administraciones Públicas tendrán en cuenta la clasificación de las entidades que resulte de los criterios.
- Compensación económica: No se considerarán indemnizaciones por extinción, del apartado dos de la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, las compensaciones económicas establecidas legalmente por razón de incompatibilidad vinculada al cese en el cargo.

Por excepción, la estructura y la cuantía de las retribuciones de los máximos responsables y directivos que estén asimilados a efectos retributivos a altos cargos de la Administración General del Estado, se ajustarán a lo dispuesto para los mismos, con independencia de la naturaleza mercantil o de alta dirección del contrato que, en su caso, les vincule con la entidad.

## **C) Transparencia**

El artículo 10 (Transparencia) indica que sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto difundirán a través de su página Web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos profesionales de los máximos responsables y directivos.

Las retribuciones que perciban los máximos responsables y directivos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

### **3.1.2.3.- La LRSAL**

La LRSAL, como se ha visto e indica su Preámbulo, realiza una revisión del conjunto de las entidades instrumentales que conforman el sector público local, una racionalización de sus órganos de gobierno y una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación con la Administración. Es cierto que en gran medida sigue los criterios orientadores que, como se ha visto, fija el Real Decreto 451/2012 para el Sector Público Estatal.

La LRSAL, en relación a los órganos de gobierno y sus miembros, así como el personal ligado por contrato mercantil o laboral, establece las categorías de

personal del Sector Público Local, que son las que analizaremos en los siguientes apartados, en concreto:

- a) Integrantes de los órganos de gobierno.
- b) Directivos y profesionales vinculados por contratos mercantiles o de Alta Dirección.
- c) Personal Laboral.

El Pleno de la Corporación local realizará la clasificación atendiendo a las siguientes características: Volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad. Establecida la clasificación, el contenido que debe tener, es el siguiente:

- a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades cuyo número máximo, ya visto, no podrá exceder de:
  - 15 miembros en las entidades del grupo 1.
  - 12 miembros en las entidades del grupo 2.
  - 9 miembros en las entidades del grupo 3.
- b) La Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, fijando el las retribuciones básicas y con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

Las medidas de austeridad de la nueva ley en relación al ámbito subjetivo, como indica Ricardo Rivero *“han de aplicarse en las sociedades mercantiles, regulando con bastante detalle tanto el número máximo de miembros en los órganos de gobierno en la nueva redacción de la Disposición adicional duodécima de la Ley de bases. Igualmente se contempla la transparencia necesaria de estos datos y la extinción de los contratos mercantiles de alta dirección, como se establecen topes de sueldos y limitaciones del personal eventual en la Disposición Transitoria Octava y Disposición Transitoria Undécima”* (RIVERO ORTEGA .2015)

### **3.1.3.- Tipología actual**

Tras analizar la evolución histórica, los criterios establecidos por la normativa para el Sector Público Estatal, con ciertas aplicaciones de la misma al Local y lo establecido por la LRSAL, se puede establecer el siguiente esquema del personal de las Sociedades Públicas Municipales en función de su naturaleza y régimen jurídico:

#### **1. Miembros de órganos de gobierno**

- a) **No directivos:** Los componentes de los órganos de gobierno que no ejercitan actividades de autonomía y responsabilidad o ejecutivas, son los concejales que forman parte de la Junta General y/o Consejo de Administración, y los consejeros que no reúnen el citado carácter

político, como funcionarios o profesionales nombrados consejeros. En dicho caso se encuentra igualmente el Secretario del Ayuntamiento o el que lo sea del Pleno. Estos miembros de los órganos de gobierno no tienen la consideración de directivos. Carecen de retribución salvo las dietas e indemnizaciones por asistencias a las reuniones. Son nombrados libremente por el órgano del que dependen, debiendo aceptar su cargo, siendo todo ello elevado a escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil. Existe una excepción a esto último cuando la Junta General es el Pleno del Ayuntamiento, en la que por ministerio de la ley lo son todos los concejales que lo forman sin necesidad de nombramiento específico alguno.

- b) **Directivos:** Son aquellos que, además de la función propia como miembro de los mismos, ejercitan actividades con autonomía y responsabilidad propia actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable; son esencialmente el Presidente ejecutivo y los Consejeros delegados. En estos casos esta responsabilidad habitual puede acompañarse de una retribución adicional o no. En el supuesto de que se encuentren ligados por contrato con el órgano, lo están mediante contrato mercantil, su designación es libre debido a su carácter de cargo de confianza por parte del órgano que los ha nombrado, debiendo especificarse la concreta delegación y elevarse a instrumento público e inscribirse en el Registro Mercantil, como ya se ha visto.
- c) **Otros cargos no directivos:** Se trata de profesionales que colaboran o auxilian al Consejo de Administración; los dos supuestos típicos son los ya indicados de Secretario no Consejero o Letrado asesor del Consejo de Administración. Al igual que los consejeros directivos, su designación es libre debido a su carácter de cargo de confianza. En el caso del Secretario no consejero, su nombramiento y aceptación debe elevarse a instrumento público e inscribirse en el Registro Mercantil.

## **2. Directivos no integrantes de órganos de gobierno**

- a) **Directivos no integrantes de órganos de gobierno:** Cuando no existe el Consejo de Administración, es el caso del Administrador o Administradores que ejercitan actividades con autonomía y responsabilidad propia, que como se ha visto, podría admitirse en las sociedades locales, pero justificándose en el expediente ante la previsión de existencia del Consejo de Administración, que realiza el artículo 85 ter de la LBRL. Se suele tener un contrato mercantil que les liga a la sociedad. Son designados libremente por su carácter de confianza por parte de la Junta General, debiendo especificarse, en el caso de que sean varios, su actuación mancomunada o solidaria, o especificando las concretas actuaciones de cada uno de ellos. Igualmente su nombramiento debe elevarse a instrumento público e inscribirse en el Registro Mercantil.
- b) **Gerentes/Directores-gerentes:** Se encuentran vinculados con Contratos de Alta Dirección, en base al Real Decreto 1382/1985, de 1 de

agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Existiendo en la actualidad cierta polémica en relación al mantenimiento o no de la absoluta libertad de nombramiento por el Consejo de Administración, como posteriormente se analizará.

3. **Personal Laboral**: Formado por los mandos intermedios que no reúnen el carácter de directivos y el resto del personal de la sociedad. Se encuentran ligados por contrato laboral y su tradicional libertad de selección está, en la actualidad, sujeta a discusión en la doctrina, tras el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>237</sup>. Igualmente lo analizaremos.

Esta clasificación no tiene carácter exhaustivo, pues la realidad es que se puede dar distintos supuestos y denominaciones si se analizan los distintos estatutos y normativas de aplicación, pero la realidad es que con independencia de su denominación, las funciones inherentes a cada tipología son esencialmente las indicadas.

No obstante ello, para facilitar su estudio sistemático seguiremos, en relación al estudio del personal de las sociedades, otro esquema que homogeneiza más los que establece la LRSAL, si bien separando en apartados distintos los directivos que no forman parte de los Órganos de Gobierno y los profesionales que colaboran con dichos órganos, por tener un régimen jurídico distinto. Con ello se estructura el personal en las siguientes categorías:

- a) Personal Directivo: Donde distinguiremos, por un lado, a los integrantes de los órganos de gobierno (Presidentes y Secretarios ejecutivos y consejeros delegados) y Administradores en ausencia de Consejo de Administración y, por otro, a los vinculados por Contratos de Alta Dirección como los Gerentes de las sociedades.
- b) Profesionales colaboradores con los órganos de Gobierno: El Secretario no consejero y el Letrado asesor.
- c) Personal laboral.

## **3.2.- PERSONAL DIRECTIVO**

### **3.2.1.- Directivos integrantes de órganos de gobierno y administradores**

#### **3.2.1.1.- Determinación**

Los directivos; siguiendo la clasificación anterior, se puede distinguir entre los que son integrantes de los órganos de gobierno y aquellos otros que no reuniendo dicha cualidad, por no existir dicho órgano, ejercen labores de dirección y los que se encuentran vinculados por Contratos de Alta Dirección.

Los primeros son aquellos directivos que integran los Órganos de Gobierno, fundamentalmente el Consejo de Administración, pero no solo, junto a los

---

<sup>237</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

demás compañeros del mismo, realizan las labores propia de su función como consejero, sino que además ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del propio órgano o de su Presidente.

Tras el estudio de diversas sociedades, se observa los siguientes supuestos típicos:

- a) En primer lugar el llamado “Presidente Ejecutivo”, que asume no solo labores de Presidencia del Consejo, sino que además realiza actividades propias de un consejero delegado.
- b) Los Consejeros delegados, en segundo lugar, que son aquellos que tienen delegadas con carácter permanente, de acuerdo con los condicionamientos anteriormente analizados para las mismas, distintas funciones específicas propias del Consejo de Administración.
- c) Junto a ellos, a veces, aparece la figura del Secretario que pudiéramos denominar ejecutivo, que es aquel consejero que, además de las labores propias del cargo realiza actividades delegadas del Consejo.

Además, a efectos de estudio, aun cuando no forman parte de Órganos de Gobierno, se incluyen los administradores cuando se contemple en los Estatutos Sociales que la administración de la sociedad no se realizará por el Consejo de Administración y sí por uno o varios Administradores mancomunados o solidarios.

### **3.2.1.2.- Selección y contratación**

Partiendo de la base de que los Directivos de una Sociedad Municipal Pública son cargos que bien se producen por su condición de concejal o por una relación de confianza, permaneciendo en los mismos mientras dura ésta, el régimen de selección de dichos directivos es variado; en primer lugar, los que forman parte de la Corporación Municipal por ser concejales, está claro que han sido elegidos por los ciudadanos y designados por el propio Consejo de Administración, en el caso del Presidente ejecutivo o consejeros delegados, o bien por la Junta General en el caso de Administradores. En este caso no se exige requisito alguno, salvo el genérico de ser una persona capaz y adecuada al puesto en base a su preparación o conocimiento.

Aquellos directivos que no forman parte de la Corporación se deben seleccionar siguiendo criterios de mérito y capacidad, pero no es necesaria una convocatoria pública al tratarse de una relación de confianza; en este sentido, aún hay sociedades que, siguiendo los criterios del RSCL<sup>238</sup>, los buscan entre personas de relevancia profesional o social de la población.

---

<sup>238</sup> En este sentido, el artículo 57 del RSCL, establecía que los miembros técnicos de la Comisión especial que ha de proponer la memoria de constitución de la sociedad, serán, entre otros, según los casos:

1.º. Uno o más Licenciados, Arquitectos o Ingenieros de la respectiva especialidad, los cuales, cuando se trate de poblaciones inferiores a 20.000 habitantes, podrán ser sustituidos por un Aparejador o Ayudante con título oficial.

En estos casos, la relación contractual es diversa, pues existe desde delegaciones específicas sin retribución alguna y que se concretan en una escritura de poder, a verdaderos contratos, que habitualmente son mercantiles. Aun cuando se ha visto algunos vinculados por Contratos laborales de Alta Dirección.

No obstante ello, aun cuando no existe un contrato físico, en virtud del carácter no formalista del derecho mercantil, si en el nombramiento están claros sus obligaciones y derechos y éste es aceptado por el Consejero, elevándose a título público e inscribiéndolo posteriormente, se encuentra perfectamente vinculado el directivo a la sociedad, no siendo necesario el contrato escrito.

En relación a ellos y su vinculación con la sociedad, la LRSAL se limita a indicar el régimen retributivo. Por ello, para analizar su régimen jurídico hay que acudir a la normativa estatal, que como ya se ha visto es aplicable en cierta medida por expresa imposición, especialmente la Disposición Adicional Octava de la Ley 3/2012, en relación a los temas de resolución de los contratos e indemnizaciones.

Estableciendo, por tanto, ese paralelismo entre el régimen determinado en la normativa estatal y el régimen de los contratos de directivos locales, podría determinarse que estarán vinculados profesionalmente con las sociedades por designación expresa del consejo y, en su caso, contrato mercantil, que, adaptando las previsiones del Real Decreto 451/2012, previstas para el Sector Público estatal, se registrará de forma jerárquica por lo dispuesto en:

1. Disposición Adicional Octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, anteriormente vista, en los aspectos aplicables al Sector Público Local, en concreto los apartados 2.º, 4.º número 2 y 5.º, que luego se desarrollarán.
2. Estatutos Sociales.
3. Directrices emanadas del órgano de administración y, en su caso, de la Junta General u órgano equivalente, cuando no exista Consejo de Administración.
4. Legislación civil y mercantil que resultare de aplicación.
5. Por la voluntad de las partes.

Además de ello, si estuvieran vinculados por Contratos de Alta Dirección, se registrarán igualmente por éstos en cuanto no se opongan a lo anteriormente visto, y cuyo contenido desarrollaremos posteriormente.

---

2.º. Uno o más Licenciados en Derecho, y en este último supuesto, uno de ellos Abogado del Estado, designado por el Jefe de la Abogacía del Estado de la Provincia.

3.º. Uno o más técnicos financieros, con título de Licenciado en Ciencias Económicas o Intendente mercantil.

4.º. Uno o más Médicos.

### **3.2.1.3.- Retribución**

Para los Directivos, la Disposición adicional duodécima (*“Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno”*) de la LRSAL, establece distintos aspectos concretos:

#### **A) Tipos de retribuciones**

Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de Alta Dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

- Retribuciones básicas. Serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.
- Retribuciones complementarias. Comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

Las retribuciones en especie que en su caso se perciban, computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total.

#### **B) Cuantía máxima**

La retribución total no podrá superar los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El problema es que, en este caso, la Ley de Presupuestos, al igual que para los miembros de la Corporación, no ha fijado la cuantía máxima o límites, pero a diferencia de la anterior no se ha subsanado la omisión con la inclusión en el reciente Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero.

El artículo 20 de la Ley de Presupuestos para 2014 solo establece que *“en el año 2014, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2013, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”*.

Esta limitación no solo afecta a los contratos laborales de nuestras empresas, sino que de igual forma se encuentran limitados los incrementos de personal ligado por contrato mercantil. Así, el párrafo 10.º del artículo indica literalmente: *“Los límites establecidos en este artículo serán de aplicación a las retribuciones de los contratos mercantiles del personal del sector público”*.

Por ello, aun cuando algún autor ha considerado que se le aplican los límites establecidos para los miembros de la corporación, esto no se especifica en la norma.

La Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, ya en su Preámbulo es muy clara en relación a este tema, indicando que, como ha sido en anteriores ejercicios, la repercusión que el mandato constitucional de estabilidad presupuestaria y la actual situación de nuestra economía tienen sobre el personal al servicio del sector público, se refleja en el Capítulo I, relativo a los «Gastos del personal al servicio del sector público», que tras definir lo que constituye «sector público» a estos efectos, establece, con carácter general, que no habrá incremento de las retribuciones de este personal en 2015 respecto a las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2014. Por lo tanto, en 2015 los empleados públicos tendrán dos pagas extraordinarias, en los meses de junio y de diciembre. Tampoco podrán realizarse aportaciones a planes de empleo ni contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con las excepciones que se prevén. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

Esto se concreta en el artículo 20, que establece que en el año 2015 las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2014, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

En relación con la actualización de las retribuciones de los Directivos y personal con contrato civil o mercantil desde la Ley de presupuestos para 2013 en adelante y como se verá posteriormente, sus retribuciones están, al igual que las del personal laboral, “congeladas” en la Disposición Adicional 25.

### **C) Publicidad**

Las retribuciones que perciban los miembros de los citados órganos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

### **D) Efectos**

La extinción de los contratos mercantiles o de Alta Dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso.

### **E) Adaptación de los contratos existentes**

El párrafo 6 indica que el contenido de los contratos mercantiles o de Alta Dirección celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberá ser adaptado a la misma en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor.



Por último, se indica expresamente que la adaptación no podrá producir ningún incremento en relación a su situación anterior.

### **3.2.1.4.- Extinción relación**

La duración del cargo de los directivos que forman parte del Consejo de Administración, está claro que no será mayor que para el que fue nombrado como consejero. En relación a los administradores que no forman parte del Consejo de Administración, existen ciertas diferencias entre la SA y la SRL. Así, mientras el cargo de administrador de la SA es esencialmente temporal, en el ámbito de la SRL, por el contrario, se establece como regla general la del ejercicio del cargo por tiempo indefinido.

En las sociedades públicas locales, como ya se ha indicado, para este tipo de cargos suele establecerse en los estatutos una duración acorde con la legislatura de la corporación, así o se indica que el nombramiento es para cuatro años o que se pierde tal condición cuando se pierda la vinculación con el Ayuntamiento.

Para que dicho plazo quede claro, establece la normativa mercantil que en la inscripción del nombramiento de los administradores se ha de indicar el plazo para el que, de acuerdo con las normas legales o estatutarias, hubiesen sido designados.

Llegado el vencimiento del plazo para el que fueron nombrados, de no producirse su reelección, los administradores cesan en su cargo. Sin embargo, el mero transcurso del plazo de nombramiento no tiene eficacia automática. Para evitar que la sociedad quede repentinamente privada de su órgano de gestión y representación, se hace necesario compatibilizar los principios de temporalidad del cargo y el principio de estabilidad y permanencia del órgano de administración<sup>239</sup>.

En tal sentido, el cómputo del plazo no se efectúa de fecha de nombramiento a fecha de expiración del plazo, sino de Junta a Junta, de manera que el nombramiento del cargo de administrador caduca cuando, vencido el plazo:

1. se haya celebrado la primera Junta General siguiente; o
2. haya transcurrido el plazo legal para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior, sin que la misma haya procedido a la reelección o sustitución del administrador.

La conclusión del plazo legal o estatutario fijado para el ejercicio del cargo, no impide que los administradores puedan ser reelegidos una o más veces.

---

<sup>239</sup> Memento Administradores y Directivos, on line, referencia n.º 502 a 516. Editorial Francis Lefebre - El Derecho.

## **3.2.2.- Vinculados por Contratos de Alta Dirección: El Gerente**

### **3.2.2.1.- Determinación**

Son los Directores, Gerentes o Directores-Gerentes de las sociedades. Éstos habitualmente están vinculados por un Contrato de Alta Dirección en base al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

De acuerdo con esta norma se considera personal de alta dirección a *“aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”* (art. 1.4.º).

Estableciendo, al igual que los anteriores, un paralelismo entre el Sector estatal y el Local, ante la ausencia de norma específica y siguiendo el criterio del RD 451/2012, hay que indicar que estarán vinculados profesionalmente por un Contrato de Alta Dirección, que se regirá por lo dispuesto en:

1. Los apartados específicos de aplicación al sector público local (2.º, 4.º número 2 y 5.º) de la DA octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Siendo nulas de pleno derecho “las cláusulas de los contratos mercantiles o de Alta Dirección a que se refiere la presente disposición que se opongan a lo establecido en la misma” (n.º 4. Control de legalidad).
2. El Real Decreto 1382/1985, regulador de los Contratos de Alta Dirección, que a su vez tiene la siguiente prelación de fuentes en su artículo 3, en concreto:
  - a) La voluntad de las partes, con sujeción a las normas del RD y a las demás que sean de aplicación.
  - b) Las demás normas de la legislación laboral común, incluida el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en el RD, o así se haga constar específicamente en el contrato.
  - c) En defecto de regulación en el RD o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

### **3.2.2.2.- Selección**

Hay que partir del hecho de que el Gerente o Director es una figura técnica que se encuentra vinculada habitualmente por un Contrato de Alta Dirección, como se ha visto, viniendo ello impuesto por la normativa tanto local como laboral.

Es elemento consustancial al Contrato de Alta Dirección la nota de confianza, ello como hemos visto, lo deja perfectamente claro el RD 1382/1985, que indica claramente que: *“la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes”*.

Si este carácter de confianza es utilizado específicamente para facilitar la extinción de la relación cuando ésta se pierde, en justa reciprocidad, este carácter debe de marcar la elección del Gerente. Por ello, consideramos que este puesto de confianza debe ser seleccionado siguiendo criterios de mérito y capacidad, pero no es necesaria una convocatoria pública al tratarse de una relación de confianza. Criterio que viene avalado, además, por el hecho de que las sociedades buscan actuar con criterios mercantiles, y es contrario a cualquier práctica mercantil el hecho de que el gerente, apoderado general del Consejo, no tenga una plena y completa confianza con aquél. Lo contrario iría en contra de la eficiencia y de la búsqueda de optimación en la gestión pública, en base a criterios de actuación privados.

Por ello, la práctica histórica y actual es que los Gerentes de las Sociedades Públicas Locales se nombran directamente por el Consejo de Administración, entre técnicos capacitados y de su confianza, al ser la pieza clave y fundamental para el adecuado funcionamiento de la sociedad. Este carácter de la necesaria búsqueda de un técnico adecuado para la gerencia, ha sido una preocupación constante que desde AVS se ha transmitido a los municipios cuando se nos ha consultado o se ha participado en la constitución de sociedades locales, y han sido muchas. Como se ha insistido, “la política” se debe de terminar en el Consejo de Administración, dando entrada a la técnica en la gerencia.

En relación a ello, el Tribunal Constitucional que ha analizado el tema ha formulado una teoría perfectamente clara en relación a los ceses de estos altos cargos, se plasma en que el cese de éstos puede ser perfectamente acordado libremente, como libre fue su nombramiento, así se asimila al gerente a los altos cargos de la administración o incluso al personal de libre designación, literalmente se concluye: “La misma libertad que hay para designar hay para destituir”<sup>240</sup>.

Sentado ello, hay que analizar si actualmente, como se ha indicado por alguna doctrina, fundamentalmente tras la entrada en vigor en 2007 del Estatuto del Empleado Público<sup>241</sup>, este criterio ha cambiado y la gerencia deber ser ocupada por funcionarios de la administración o mediante una previa selección en pública concurrencia.

Para analizar la materia es necesario que se estudie la normativa actual, partiendo de la base de que la actuación de las sociedades públicas locales, de

---

<sup>240</sup> En este sentido, el Auto 206/1999 de la Sección Tercera del Tribunal Constitucional que cita en este mismo sentido STC 17/1996, FF.JJ. 1 y 3, respectivamente, y en idéntico sentido las sentencias del Tribunal Constitucional siguientes: la n.º 24/1992, fundamento jurídico 3.º; la n.º 127/1995, fundamento jurídico 1.º y la n.º 154/1998, fundamento jurídico 3.º, y el Auto de dicho Alto Tribunal n.º 81/1996, fundamento jurídico 1.º.

<sup>241</sup> Aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

acuerdo con el actual art. 85 ter *“se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación”*, no incluyéndose entre las excepciones la materia de personal. Ello supone que este sometimiento al derecho privado con carácter general significa, como ya se ha visto, que la normativa pública se les aplica el derecho privado en los supuestos expresamente establecidos y ante la ausencia de previsión expresa.

No obstante ello, si se analiza el estatuto del Empleado Público, hay que partir de que se establece una distinción esencial entre el personal al servicio de las Administraciones Públicas (Título II) y el personal directivo (Subtítulo I).

En relación al personal al servicio, funcionario y laboral, determina claramente en su artículo 55 que se accederá a dicha condición mediante un procedimiento selectivo. En cuanto al Personal directivo, igualmente el artículo 13 determina que: *“Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”*.

No obstante ello, el Estatuto Básico solo es aplicable al sector Público Estatal, siendo de aplicación a las Administraciones locales y a las de las CC.AA. determinados principios emanantes de ciertos artículos perfectamente establecidos. Así, la Disposición adicional primera (Ámbito específico de aplicación) indica expresamente que: *“Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”*. Como se observa, no se refiere al artículo 13 que regula expresamente al personal directivo.

Este criterio de exclusión de la obligación de selección pública, aun cuando deban ser respetados los principios de mérito y capacidad, se confirma con la regulación que distintas normativas de régimen local de CC.AA. en las que al aplicar los criterios de selección del personal directivo, o no lo mencionan al incluirlo en los criterios selectivos o expresamente se le excluye al referirse exclusivamente al personal laboral, como posteriormente veremos.

Como conclusión, hay que afirmar que la selección del gerente de las Sociedades mercantiles locales se encuentra sometida a los criterios de mérito y capacidad, siendo una designación de confianza como la de los demás directivos y miembros del Consejo de Administración, que consecuentemente no se encuentra sometida a proceso selectivo de pública concurrencia, salvo que expresamente así lo determinen los Estatutos Sociales o así se fije por los órganos de Gobierno.

### **3.2.2.3.- Contratación**

En relación a la contratación, la habitual del gerente es mediante Contrato laboral de Alta Dirección, si bien se da el supuesto relativamente habitual de

que el Gerente de la sociedad tenga un contrato laboral ordinario. Este último caso suele producirse en los supuestos en los que el gerente o Director accede al cargo mediante promoción interna, no habiéndose adaptado el contrato originario al de Alta Dirección como exige la normativa, como posteriormente veremos.

Analizaremos con detalle el Contrato de Alta Dirección, que suele ser el habitual de gran parte de estos directivos, pues el RD 1382/1985, no solo se aplica a los Contratos de Alta Dirección, sino también, de acuerdo con el art. 1.4 a *“los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”*.

Los elementos esenciales del Contrato de Alta Dirección son los siguientes:

a) **Forma:** Deberá formalizarse por escrito en el que se determinará, como mínimo, los siguientes extremos:

- La identificación de las partes.
- El objeto del contrato.
- La retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o especie.
- La duración del contrato.
- Las demás cláusulas que se exigen en este Real Decreto.

Existe una presunción de que el contrato es de Alta Dirección cuando, aunque no se concierte dándole este carácter, se trate de un contrato de trabajo del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, y la prestación profesional se corresponda con la que se define como tal en el artículo 1.2 del presente Real Decreto.

b) **Duración:** El contrato tendrá la duración expresamente pactada por las partes. En caso de no fijarse un plazo, se entenderá que es por tiempo indefinido. Se prevé específicamente que podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida.

Debido a ser una relación laboral de confianza, se prevé, como veremos posteriormente, un sistema específico de desistimiento, tanto por voluntad del directivo como de la sociedad.

c) **Especial contenido obligatorio:** Por la especial relación, el Contrato de Alta Dirección tiene un conjunto de obligaciones específicas para el directivo que excede el contenido de los contratos ordinarios. Éstas son las siguientes:

- Pacto de no concurrencia: Se prohíbe expresamente al directivo celebrar contratos de trabajo con otras Empresas, salvo autorización

del empresario o pacto escrito en contrario. Además, puede pactarse la no concurrencia para después de concluido el contrato siempre que no tenga una duración superior a dos años, el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

- Pacto de permanencia: Podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si el directivo abandona el trabajo antes del término fijado, cuando haya recibido una especialización profesional con cargo a la Empresa.

Existe un aspecto destacado en relación al contenido obligacional del Contrato de Alta Dirección y es el tema de la "Promoción Interna". Es muy habitual que las gerencias de las Sociedades Públicas Locales las ocupen personas que han sido promocionadas desde cargos técnicos de las mismas, suponiendo la gerencia un ascenso o promoción interna dentro de la sociedad. El Decreto, previendo esta circunstancia, establece los requisitos de la contratación como directivo de persona proveniente de la propia empresa, como expresamente indica el supuesto *"en que un trabajador vinculado a una Empresa por una relación laboral común, promocionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar"*.

En primer lugar, indica que debe realizarse un nuevo contrato, especificando si la nueva relación especial sustituye a la común anterior, o si esta última se suspende. Caso de no existir en el contrato especificación expresa al respecto, se entenderá que la relación laboral común queda suspendida. Los efectos son distintos:

- Si se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio.
- En caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de Alta Dirección por despido disciplinario declarado precedente.

Hay que indicar que, junto a la firma del contrato, al gerente se le otorgan unos amplios poderes necesarios para el ejercicio de su actividad y de las funciones que ya se han analizado. Suelen tener un amplio contenido para facilitar su actuación y suplir, en su caso, las deficiencias en las delegaciones específicas del Consejo de Administración. En concreto, y sin carácter exhaustivo, los poderes que se suelen otorgar a los Gerentes tienen un contenido similar al siguiente:

1. Capacidad de Representar a la Sociedad ante toda clase de Autoridades, Corporaciones, Juzgados, Tribunales, Jurados, Comisiones, Comités, Delegaciones, Fiscalías, Juntas, Magistraturas de Trabajo, Cajas e Institutos Nacionales, Registros, etc.

2. La Dirección y gestión constante de los negocios que son objeto de la sociedad, vigilando la buena marcha de la misma e informando de todo ello diligentemente al Presidente y al Consejo de Administración.
3. Llevar la firma social.
4. Ostentar la jefatura y dirección de todo el personal empleado, pudiendo contratar y despedir, así como formular, tramitar y seguir los expedientes sancionadores y laborales.
5. Facultades amplias en relación a las operaciones cambiarias, de crédito y bancarias (seguir, disponer, utilizar y cancelar cuentas corrientes). Estableciéndose habitualmente límites a la disposición de calidades y de gastos en relación a las tarjetas de crédito abiertas a su nombre, en caso de haberlas.
6. Facultades para comprar, vender, y demás operaciones, si bien con los límites que se fijen.
7. Hacer toda clase de cobros y pagos, verificar los libros de contabilidad, percibir, cobrar y reclamar libramientos y cantidades devengadas a favor de la sociedad, así como efectuar los pagos a que ésta se encuentra obligada, constituyendo o retirando depósitos de todas clases.
8. Incoar expedientes e instar procedimientos judiciales de desahucio de inquilinos, arrendatarios, precaristas y todo género de ocupantes.
9. Concertar todos los actos, negocios jurídicos y contratos de todo tipo que afecten a la sociedad en base a las anteriores facultades, incluso su aclaración, complemento o rectificación de los ya otorgados.

#### **3.2.2.4.- Retribución**

Como se ha visto, la LRSAL, en la Disposición adicional duodécima (*“Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno”*), establece una serie de límites y contenido de las retribuciones de los Directivos que se encuentran ligados por *“Contratos de Alta Dirección”*, cual es el caso de los gerentes o directores.

Por ello, les es de aplicación lo que se ha analizado en el apartado “3.2.1.3.- Retribución”, para los Directivos integrantes de órganos de gobierno y Administradores, al que nos remitimos.

#### **3.2.2.5.- Extinción relación**

Se establece en el RD que además de los supuestos ordinarios de extinción del contrato de trabajo ordinario, se pueda producir por el mero desistimiento de una de las partes, en base a esa especial relación de mutua confianza. Así se regulan distintas condiciones y requisitos en función de que se trate del desistimiento por voluntad del alto cargo o por voluntad del empresario.

Hay que destacar aquí que, al igual que en relación a la cuantía de las indemnizaciones por despido, la reiterada DA 8.<sup>a</sup>, en su número 2.<sup>o</sup>.4, modifica

igualmente la normativa especial estableciendo un nuevo plazo de preaviso del despido al alto cargo, reduciéndolo de 3 meses a 15 días naturales.

## **A) Extinción por voluntad del alto directivo**

En este supuesto, el alto directivo debe preavisar con un mínimo de tres meses, que podrá ser de hasta seis meses, si así se ha establecido en el contrato, cuando sea por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. No será preciso respetar el preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario.

En caso contrario, el empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

Igualmente el alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes:

- Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario.
- La falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado.
- Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales, por parte del empresario, salvo los presupuestos de fuerza mayor, en los que no procederá el abono de las indemnizaciones.
- La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

## **B) Extinción por voluntad del empresario**

Igualmente, el contrato podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito. Originariamente el plazo de preaviso era el establecido para el alto cargo, no obstante ello, este plazo ha sido modificado como se ha indicado y se ha reducido a 15 días naturales<sup>242</sup>. En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

---

<sup>242</sup> La Disposición Adicional 8.ª de la Ley 3/2013, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, indica literalmente en su número 2.º.4 que: "El desistimiento deberá ser comunicado por escrito, con un plazo máximo de antelación de quince días naturales. En caso de incumplimiento del preaviso mencionado, la entidad deberá indemnizar con una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al período de preaviso incumplido".



Además del desistimiento voluntario, igualmente el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo. No obstante ello, si el despido es declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas que analizaremos seguidamente, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas.

### **C) Indemnización por extinción**

Originariamente el RD 1382/1985 establecía que el alto cargo, en caso de despido, tendría derecho a las siguientes indemnizaciones:

- 1) Por no comunicar en plazo el cese o despido: una indemnización equivalente al salario correspondiente a la duración del período incumplido.
- 2) En caso de despido improcedente: se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades, y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como ya se ha visto en su Disposición adicional octava, establece las “Especialidades de los contratos mercantiles y de Alta Dirección del sector público”, siendo de origen aplicable al Sector Público Estatal, también es aplicable parcialmente al Local, en virtud del apartado número siete que, bajo la denominación de “Aplicación a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales” indica que será igualmente de aplicación a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local lo dispuesto en los apartados dos; cuatro, número dos, y apartado cinco.

Como consecuencia de ello, la extinción por desistimiento del empresario, de los contratos mercantiles y de Alta Dirección, cualquiera que sea la fecha de su celebración, del personal que preste servicios en el sector público estatal, únicamente dará lugar a una indemnización que reúne las siguientes características:

- **Cuantía:** No superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades.
- **Cálculo de la indemnización:** Se hará teniendo en cuenta la retribución anual en metálico que en el momento de la extinción se estuviera percibiendo como retribución fija íntegra y total, excluidos los incentivos o complementos variables si los hubiere.
- **Exclusión:** No se tendrá derecho a indemnización alguna cuando la persona cuyo contrato mercantil o de Alta Dirección se extinga por desistimiento del empresario, ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades

locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.

Además, se indica en su apartado 5.º (Vigencia) que esta disposición será de aplicación a los contratos mercantiles o de Alta Dirección celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, cuyo contenido deberá ser adaptado a los términos establecidos en esta disposición adicional en el plazo de dos meses a contar desde su entrada en vigor. Y, especialmente, las indemnizaciones por extinción del contrato, cualquiera que fuera la fecha de su celebración, se regirán por esta disposición una vez que entre en vigor. Cuestiones que han sido criticadas por la Doctrina por considerar que imponen unas condiciones peyorativas a los mencionados directivos, con efecto retroactivo, lo que está expresamente vedado por la Constitución.

Es muy interesante la Sentencia del TSJ de Madrid, en relación a los supuestos indemnizatorios de un gerente que ascendió por promoción interna y se plantea el cómputo de la indemnización y si debe abarcar los períodos de relación ordinaria y de alta dirección. En este sentido, la Sala, con estimación del recurso interpuesto, declara que no se computan, a efectos de fijar la indemnización correspondiente por despido en una relación laboral ordinaria, los años en que el trabajador desempeñó la actividad de alta dirección, dado que los posibles daños y perjuicios que el cese en el alto cargo puede causar al trabajador, han de ser indemnizados por aplicación de las normas generales, o por vía de pacto -denominado usualmente de "blindaje"- que normalmente figura en estos tipos de Contratos de Alta Dirección<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5.ª, Sentencia 969/2013, de 18 de noviembre de 2013, establece en su fundamento de derecho Segundo que:

“Acierta la recurrente cuando afirma que la indemnización fijada como consecuencia económica del despido calificado como improcedente, en el caso de no optarse por la readmisión, no debió computar como tiempo de servicios todo el transcurrido desde el 16 de julio de 2009 hasta la fecha del cese, sino que debió descontarse del cómputo el tiempo en el que, de modo simultáneo, el actor prestó servicios como consecuencia del contrato de alta dirección.

Y está en lo cierto. Así lo establece de manera clara la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008, Rec 4348/2006, cuando razona que "... Respecto a los efectos que en la relación laboral común produce la suscripción por el trabajador de un contrato de alta dirección, la Sala en sentencia de 18 de febrero de 2003, recurso 597/02, siguiendo lo establecido en sentencia de 6 de mayo de 1985, ha establecido lo siguiente:

- a) El primitivo contrato de trabajo ordinario queda en suspenso cuando el trabajador ha sido designado para un alto cargo. En este supuesto no se trata de que existan “relaciones jurídicas paralelas, sin solución de continuidad, sino de suspensión de unas relaciones contractuales iniciales que quedan en fase de letargo mientras vive y se desarrolla otra relación especial que sustituye a la primera, la que a su vez vuelve a cobrar vida cuando se cesa en el alto cargo”.
- b) Consecuentemente, no deben computarse, a efectos de fijar la indemnización correspondiente por despido en la relación laboral ordinaria, los años en que el trabajador desempeñó la actividad de alta dirección, dado que los posibles daños y perjuicios que el cese en el alto cargo puede causar al trabajador, han de ser indemnizados sea por aplicación de las normas generales, ya por vía de pacto -denominado usualmente de “blindaje”- que usualmente figura en estos tipos de contrato de alta dirección.
- c) En definitiva, el período de tiempo durante el que se desarrollan las funciones correspondientes al alto cargo no es computable a efectos de determinar la antigüedad

Este criterio debe cambiar tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Octava. Dos, 3 de la Ley 3/2012, que impide indemnización alguna en la extinción de los Contratos de Alta Dirección, siempre que se vuelva al contrato laboral previo que se encontraba suspendido entre el directivo cesado y la empresa municipal o su Ayuntamiento matriz.

### **3.3.- PROFESIONALES COLABORADORES EN ÓRGANOS DE GOBIERNO**

#### **3.3.1.- Secretario no consejero**

Como se ha indicado, es habitual en las sociedades mercantiles locales que el secretario del Consejo de Administración sea un licenciado en derecho o abogado, cuando esta función no le está atribuida al Secretario de la Corporación, que suele habitualmente ser el de la Junta General.

Suele ser un abogado en ejercicio o un letrado del departamento jurídico de la sociedad. El primero tiene una relación de naturaleza mercantil; en caso de ser un miembro del departamento jurídico, se incluye dentro de sus funciones, estando vinculado habitualmente por contrato laboral.

En el supuesto de ser un profesional liberal hay que tener en cuenta que se trata de un profesional de confianza, generalmente del Presidente del Consejo. Su vinculación con la sociedad es, como se ha indicado, de naturaleza mercantil, no estando su contratación ni a la legislación laboral ni contractual pública.

Su nombramiento se realiza por el propio Consejo de Administración, debiendo constar expresamente su aceptación y ser formalizado en instrumento público e inscrito en el Registro Mercantil. Por este carácter de confianza, puede ser cesado en cualquier momento por el propio Consejo, no teniendo derecho a indemnización alguna, salvo que se hubiera pactado en el contrato.

Al igual que los directivos miembros del Consejo de Administración, aun cuando no exista un contrato físico y en virtud del carácter no formalista del derecho mercantil, se encuentra perfectamente vinculado a la sociedad, si en el nombramiento o en la propia legislación aplicable, como sucede en este caso<sup>244</sup>, están claros sus obligaciones y derechos. No se olvide que para su inscripción debe constar la aceptación expresa junto con el nombramiento.

En estos casos, tanto si la legislación no exige su existencia, o exigiéndolo no se ha nombrado Letrado asesor, cuando se trate de un abogado en ejercicio, éste asume las funciones de aquél, como seguidamente se analizará.

---

y fijar la indemnización en caso de despido en la relación laboral ordinaria, a la que retornó el trabajador una vez cesado en la relación especial de alta dirección...”.

<sup>244</sup> En cuanto a sus funciones, nos remitimos a la letra b (Secretario/Vicesecretario) del apartado 2.3.1.3.- Estructura personal/cargos.

El régimen de responsabilidad del secretario no consejero de las sociedades de capital no coincide con el de los administradores sociales, a pesar de su intervención y participación en los Consejos de Administración. Precisamente la ley prevé la figura del secretario no consejero, asignándole unos cometidos y unas funciones muy concretas que difieren de las de los administradores.

### **3.3.2.- Letrado asesor**

El Letrado asesor del Consejo de Administración, como se ha indicado, es una figura clásica que deben proveerse tanto las sociedades públicas como privadas que reúnan unas circunstancias específicas que determinan la complejidad de la actuación del Consejo.

La normativa que regula la figura del Letrado asesor es la siguiente:

1. La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles.
2. Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los Letrados a las Sociedades Mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre.

Su función es fundamental en el caso de que el secretario del Consejo no reúna la cualidad de letrado, pudiendo prescindirse de él cuando efectivamente el secretario reúne dicha condición, como se ha indicado. No obstante ello, es frecuente la concurrencia de ambas figuras, actuando junto al secretario del Consejo cumpliendo la función de asesoramiento legalmente establecida.

Su función esencial es por lo tanto asesorar en derecho sobre la legalidad de los acuerdos que se adopten por el órgano que ejerce la administración de la sociedad y de las deliberaciones a las que asista. No obstante ello, el Preámbulo del RD indica que una de sus funciones es el asesoramiento para el acuerdo de convocatoria de las Juntas Generales, por la importancia de la redacción que resulta de la abundante jurisprudencia relativa a la materia. Todo ello sin perjuicio de que estatutariamente le puedan ser asignadas otras funciones.

La figura es obligatoria en las siguientes sociedades mercantiles domiciliadas en España:

- a) Su capital sea igual o superior a 300.506,05 euros.
- b) El volumen normal de sus negocios alcance la cifra de 601.012,10 euros (según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado).
- c) La plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

En relación a estos requisitos hay que tener en cuenta que, como se ha analizado en otro apartado de este estudio, las sociedades Urbanísticas, especialmente las de grandes ciudades o aquellas en las que es habitual que reciban aportaciones a capital de solares o terrenos y realizan proporciones de grupos de viviendas o actuaciones urbanísticas o de revitalización urbana,

estas cantidades necesarias para la aplicación de la figura, que en principio pueden ser consideradas elevadas, son superadas con bastante habitualidad.

Igualmente es obligatoria la figura en las sociedades domiciliadas en el extranjero, cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a la cantidad antes fijada o su plantilla de personal fijo supere los 50 trabajadores.

Las características y condiciones de la figura del Letrado asesor, de acuerdo con la normativa de aplicación indicada, son las siguientes:

- a) Las relaciones entre el Letrado asesor y la Sociedad serán esencialmente de “carácter exclusivamente profesional”, indica el R.D, es decir el contrato será de naturaleza civil/mercantil, sin perjuicio de aquellos casos en que esta relación se establezca mediante contrato laboral de manera expresa.
- b) Su asesoramiento no es una función personalísima, puesto que, de entenderlo así, se podría producir el hecho inadmisibles de que las Sociedades no pudiesen tomar lícitamente acuerdos de importancia cuando se diera la circunstancia de enfermedad, ausencia u otro tipo de imposibilidad del Letrado asesor, haciéndose preciso prever los casos de sustitución de los Letrados asesores.
- c) El Letrado asesor no podrá desempeñar dicha función en más de 5 Sociedades.
- d) Deberá pertenecer como ejerciente al Colegio de Abogados donde la Sociedad tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades, a elección de la Compañía que lo nombre. Si en el lugar elegido no existe Colegio de Abogados, el Letrado habrá de estar incorporado al Colegio que corresponda.
- e) Deberá inscribirse en el registro especial de Colegios de Abogados correspondiente, en que debe constar las circunstancias personales y fecha de nombramiento del Letrado, así como la denominación, naturaleza, domicilio y datos de la Sociedad a la que preste su asesoramiento. Dichos Registros serán públicos para todos los colegiados y para las Sociedades comprendidas en la presente Ley.
- f) Cuando la Sociedad cuente ya con su Secretario o un miembro de su órgano de dirección o de administración en quien concurra la calidad de Letrado en ejercicio, con las condiciones previstas en el propio precepto, cualquiera de ellos podrá asumir las funciones que la presente Ley atribuye al Letrado asesor, como ya se ha indicado.

### **3.4.- PERSONAL LABORAL**

#### **3.4.1.- Carácter de laboralidad del personal**

Las Sociedades Mercantiles Locales son entes instrumentales de la Administración, pero no pueden ser consideradas como administraciones. Por ello su personal no se halla vinculado por una relación estatutaria sino laboral.

En consecuencia, en principio, las relaciones que se susciten entre trabajador y empresa con motivo de la relación que les une, se rigen por el Derecho Privado, y por tanto los trabajadores son contratados con sujeción a la normativa laboral, siendo competente para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en estas relaciones la jurisdicción social.

La Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE<sup>245</sup>, “*Sociedades mercantiles estatales*”, indica este carácter de régimen sometido prácticamente y de forma íntegra al ordenamiento jurídico privado:

*“1. Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”.*

En esta misma línea, como se ha reiterado, se manifiesta el art. 85 ter 3.º de la LBRL, que transcribe prácticamente la citada Disposición.

El ordenamiento jurídico privado es por tanto aplicable al régimen de su personal, y así a éste le une con la sociedad una relación laboral regida principalmente por el Estatuto de los Trabajadores. Como indican González de Biedma y Calvo Gallego, *“la característica más acusada de estas Sociedades Estatales, y sin duda una de las más decisivas a la hora de inclinar a las Administraciones Públicas a optar por tal modelo organizativo para realizar ciertas actividades, es la de la sumisión de tales entes a las reglas del Derecho privado. (...) Ha de quedar claro, por tanto, que según el régimen jurídico general de estas empresas, las relaciones de empleo que se creen para atender a sus necesidades de personal deben estar sometidas al Derecho del trabajo, como si de cualquier otra empresa se tratara (arts. 6.2 LGP y 91 LEEA)”*<sup>246</sup>.

La Jurisprudencia se manifiesta en este sentido y así, el Auto del Tribunal Supremo núm. 7/1994 (Sala de Conflictos de Competencia), de 5 de julio (A. 10581), señaló:

*“El actor presta sus servicios (en lo que aquí interesa) en una Empresa Nacional (la «Carbonífera del Sur, SA» -«ENCASUR»-), y por lo tanto, es un trabajador sometido al Estatuto de los Trabajadores, tal como se deduce claramente del artículo 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades*

---

<sup>245</sup> Aplicable en atención al carácter de norma básica de la LOFAGE, tal y como señala el apartado X de su Exposición de Motivos: “El carácter de norma básica de la Ley citada en cuanto al régimen jurídico de las Administraciones públicas, y su objetivo de regular un procedimiento común, conforme a los mandatos del artículo 149.1.18 de la Constitución, obligaban a que muchos aspectos de su regulación debieran ser precisados normativamente para cada Administración pública, atendiendo a sus peculiaridades organizativas y funcionales. Por ello, debe ser en la Ley destinada a regular la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos donde aquellas precisiones encuentren su ubicación idónea”.

<sup>246</sup> González de Biedma, E. y Calvo Gallego, J. Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas. En La Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Tomo II. Ed. Civitas – Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla. Madrid, 1994. Páginas 1140 y 1141.

*Estatales Autónomas (LEEA), de 26 de diciembre de 1958, a cuyo tenor «las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral» (el artículo 82 de dicha Ley, citado por el actor en apoyo de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es aplicable a los Órganos Autónomos, pero no a las Empresas Nacionales). Sobre esto no hay, por lo tanto, ninguna duda; la relación del señor H. L. con la Empresa Nacional «Carbonífera del Sur, SA» es una relación de carácter laboral, y no de carácter funcional».*

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, núm. 1993/2000 (Sala de lo Social), de 17 de noviembre (A. 4525), recoge la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a las Sociedades Municipales:

*“En el caso sometido ahora a la consideración de esta Sala, Benalrenta, SL tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de servicios la readmisión y gestión en vía ordinaria y de apremio de impuesto; ahora bien, esta atribución competencial no significa que la Sociedad Municipal se convierta en empresario por el ejercicio de esas potestades públicas, sino que la cualidad de empleador viene determinada, como declaró esta Sala de lo Social: «Conforme dispone el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, son empresarios quienes reciben la prestación de servicios de forma retribuida por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica. A su vez el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores presume existente el contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro y en que lo recibe a cambio de retribución de aquél”.*

Este carácter de laboralidad se mantiene aun cuando se realice un procedimiento selectivo para la contratación de su personal. En este sentido es clara la Sentencia de 29 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al indicar que el hecho de que una empresa pública para contratar a su personal acuda al sistema de convocatoria pública con el objeto de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes, no quiere decir, en modo alguno, que resulte equiparable a la administración pública, al igual que tampoco lo hace el hecho de celebrar una serie de pruebas teórico/prácticas para acceder a la plaza.

### **3.4.2.- Criterios de selección y nuevas contrataciones**

#### **3.4.2.1.- Régimen tradicional**

Sentado el carácter de laboralidad de los empleados de las Sociedades mercantiles Públicas, tradicionalmente no se ha exigido la necesidad de establecer un proceso selectivo ni expresamente el respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad para su contratación como sí se ha exigido para los empleados y funcionarios públicos. Y en este sentido, ya indicábamos con rotundidad respecto a las formalidades en la contratación de personal de estas sociedades que: *“No se exige el respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, pues la relación laboral puede concertarse con carácter directo y particular, estableciendo la propia empresa*

*sus criterios de selección. Esto es así pues la política de recursos humanos en las empresas públicas es diferente a la de la Administración, ya que debe de priorizarse el principio de disponibilidad, especialización, eficiencia, etc.”<sup>247</sup>*

González de Biedma y Calvo Gallego, haciendo un recorrido sobre la cuestión de la aplicación a las relaciones entre los empresarios públicos y su personal de los principios constitucionales que rigen el comportamiento de la Administración, llegan a similar conclusión<sup>248</sup>: *“El recurso instrumental al Derecho privado debe entenderse como una vía para facilitar las relaciones jurídicas y económicas con terceros, relaciones que podrían entorpecerse de seguir todas las reglas y formalidades impuestas por el Derecho público, pero sin que ello permita contradecir la conducta que debe caracterizar, por imperativo constitucional y por los principios esenciales del ordenamiento jurídico-público, el funcionamiento de la Administración. Es preciso subrayar que tal vinculación al principio de igualdad no puede suponer la aplicación a las empresas públicas del conjunto de requisitos y formalidades que constriñen el comportamiento de la Administración formal a la hora de seleccionar y gestionar su personal. Aquellos principios vienen matizados por la necesidad de eficacia que se hace especialmente intensa en tales entes”*. Indicando además que: *“no existe, sin embargo, una jurisprudencia consolidada que se haya pronunciado sobre la extensión de ninguno de los dos preceptos constitucionales que se acaban de comentar a los trabajadores al servicio de empresas públicas. En el único supuesto en el que se ha planteado específicamente este tema, el Tribunal Central de Trabajo no se ha mostrado favorable a tal extensión. De otro lado, no parece que esta extensión se haya de producir, y ello porque los artículos aludidos están expresamente destinados a los cargos políticos y a los funcionarios públicos”<sup>249</sup>*.

Estableciéndose igualmente una total independencia entre Administración y Sociedad Municipal en la contratación de nuevo personal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 4173/2000 (Sala de lo Social), de 20 de octubre, en su Fundamento de Derecho Segundo, tras analizar el supuesto de que una trabajadora de una empresa municipal reclama al Ayuntamiento directamente, determina que:

*“En el segundo motivo del recurso que se ampara en el art. 191. c) LPL, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, se invoca por este recurrente como infringido, el art. 42 del Estatuto de los trabajadores, en relación con los arts. 1, 15 y 56. 1. b) de la referida norma, arts. 6. 4 y 7 del Código Civil, arts. 9. 3 y 24 CE y la jurisprudencia que indica, entendiéndose que al ser gestión directa de servicios públicos por medio de una sociedad municipal, debe ser condenado el Ayuntamiento como empleador y no de forma subsidiaria, argumento que no puede prosperar, ya que los Ayuntamientos pueden como reconoce el recurrente, gestionar directamente los servicios públicos, mediante sociedad mercantil, cuyo capital pertenezca*

---

<sup>247</sup> Bueso Guirao, E. y Zurita Jiménez, M. Sociedades urbanísticas como promotoras públicas de vivienda, suelo y equipamiento. Boletín Informativo n.º 71. Julio de 2002. Asociación de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo. Valencia. Pág. 29.

<sup>248</sup> González de Biedma, E. y Calvo Gallego, J. Notas sobre las relaciones... Op. Cit. Pág. 1143.

<sup>249</sup> González de Biedma, E. y Calvo Gallego, J. Notas sobre las relaciones... Op. Cit. Págs. 1140 y ss.



*íntegramente a la Entidad Local, como es el caso, (...) por lo que ninguna responsabilidad debe recaer sobre el Ayuntamiento que en ningún caso fue el empleador de la recurrente, al haber sido contratada por la sociedad anónima municipal, debiendo ser desestimado el presente motivo y el recurso interpuesto por este recurrente”.*

No obstante esta inicial separación entre el Ayuntamiento y su sociedad, ésta se rompe en el caso de que se trate del caso específico en que el trabajador contratado por la sociedad se encuentre ejerciendo su labor más en la administración titular que en la propia empresa. Es el supuesto típico de cesión ilegal del trabajador de la empresa al ayuntamiento, lo que se produce cuando realmente a efectos formales es contratado por la sociedad, pero la realidad es que se busca una persona para proveer una plaza o un puesto de trabajo municipal, al ser más fácil el establecimiento y el cese de la relación laboral por la sociedad que por el ayuntamiento. En estos casos, el trabajador ilegalmente cedido puede adquirir la condición de laboral indefinido del ayuntamiento.

En este sentido, es muy interesante la sentencia del Juzgado de los Social n.º 2 de Sevilla, de 1 de septiembre de 2014 (Autos 162/2013), que analiza y considera acreditado un supuesto de cesión ilegal de una abogada con contrato laboral que prestaba sus servicios indistintamente en una sociedad y el Ayuntamiento, y aporta mucha jurisprudencia aplicable. En su Fundamento de Derecho Cuarto, indica, entre otras cuestiones, lo siguiente:

*«4. Respecto de dicha cuestión –existencia de una Cesión Ilegal de Trabajadores en relación con la efectiva prestación de servicios por parte de la actora, de forma indistinta e indiferenciada, para el ayuntamiento y empresa codemandados, a pesar de no figurar contratada formalmente por el primero-, hay que partir de la evidencia fáctica de que la situación (la efectiva prestación de servicios por parte de la actora para ambos codemandados) se ha producido, tal y como se deduce del contenido de los Hechos Probados 4.º a 6.º...*

*Según dispone el art. 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador sometido a tráfico prohibido tendrá derecho a optar si adquiere la fijeza en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria.*

*En relación con este punto, la jurisprudencia sostiene que el derecho de opción ha de ejercitarse mientras subsista la cesión (STS 11-09-86, RJ 1986/4953 y 17-1-91, RJ 191/58, con doctrina que asume la STS 20-7-07, RJ 2007/6961) y que tal derecho es independiente y anterior al derecho de opción que el art. 56 ET atribuye con carácter general al empresario en supuestos de despido improcedente, de manera que los trabajadores que son objeto improcedente tienen la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo su empleadora, y una vez ejercitada esta opción, corresponde a la empresa por la que ha optado decidir si indemniza o readmite al amparo del art. 56 del ET (STS 5-2-2008, RJ 2008/1625).*

*En el supuesto de admisión y en atención a las singulares características que la Administración Pública tiene como empleadora, el efecto de la cesión no será la adquisición de la condición de personal fijo por parte del trabajador cedido, sino que, aplicando la misma solución jurisprudencial que la referida a los efectos de la contratación temporal en fraude de ley, el contrato se*

*considera concertado por tiempo indefinido (STS 11-11-2003, RJ 2004/283) que reitera la doctrina contenida en las anteriores STS 21-1-1998, RJ 1998/283; 27-5-2002, RJ 2002/9893 y 28-10-2003, RJ 2003/7593».*

### **3.4.2.2.- Sistema tras la Ley 7/2007**

#### **A) Nuevo régimen de contratación**

Estando así las cosas, a principios de 2007 se publica en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)<sup>250</sup>, que en su Exposición de Motivos indica su finalidad, que es, entre otras, establecer *“los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración”*.

De acuerdo con María Jesús García<sup>251</sup>, el EBEP *“es una norma que formula gran parte de su contenido a nivel de principios”, siendo “los principios de igualdad, mérito y capacidad y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre ellos, constituyen el eje central de la regulación efectuada por la citada norma sobre esta materia. La plasmación de estos principios en el texto constitucional no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de ingreso en la función pública, sino que prolongan su vigencia a lo largo de la vida funcional y se hacen sobre todo patentes en el establecimiento de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna”*.

Pues bien, con carácter general, la selección de personal en entidades instrumentales del Sector Público Estatal se debe realizar conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante procedimientos que respondan a las siguientes reglas de acuerdo con el EBEP:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

---

<sup>250</sup> Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

<sup>251</sup> García García, María Jesús: “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”. Artículo en la Revista jurídica de Castilla y León. N.º 15. Mayo 2008.

## B) Aplicación a las sociedades mercantiles locales

Es necesario, sentados estos criterios, analizar en qué medida estas reglas generales aplicables al Sector Público Estatal le son de aplicación al Sector Público Local. El MINHAP<sup>252</sup> ha precisado que los principios de los artículos 52 (código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores de acceso al empleo público) y 59 (personas con discapacidad), son de aplicación a las siguientes entidades:

1. *“Las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen total o mayoritariamente las Entidades locales.*
2. *Las fundaciones locales que, o bien se constituyen con una aportación mayoritaria de las Entidades locales, o bien cuando su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las citadas Entidades locales.*
3. *Los consorcios de los que formen parte Entidades Locales que, de acuerdo con sus estatutos, adopten la forma de sociedad mercantil”.*

Esta obligación viene impuesta en virtud de la Disposición adicional primera (Ámbito específico de aplicación) que indica que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 también serán de aplicación *“en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.*

Ello quiere decir que se establece igualmente la aplicación de estos determinados principios al Sector Público Autonómico y Local, si bien se condiciona a que estas entidades estén *“definidas así en su normativa específica”.* Pero, ¿qué quiere decir esta matización que al final de su texto establece la DA Primera?

La propia Exposición de Motivos nos da la clave para interpretar ello al indicar que: *“... la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Para eso, la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. Además, la legislación básica ha de prever los instrumentos que faculden a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos”.* Pero matiza que: *“Ahora bien, en nuestro país específicamente, esta legislación debe tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas. En virtud de él,*

---

<sup>252</sup> MINHAP: “Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local”. Informe interpretativo conjunto de las Direcciones Generales de la Función Pública y la de Cooperación Local, punto n.º 1.3.

*la Administración General del Estado es, de los tres niveles territoriales de gobierno, la que cuenta en la actualidad con menor número de empleados. La progresiva y drástica reducción de sus efectivos, unida a los cambios en las funciones que realiza, no puede dejar de afectar a la estructura y articulación de la función pública a su servicio. En paralelo, la emergencia de las Administraciones autonómicas, que hoy cuentan prácticamente con la mitad de los empleados públicos del país, ha hecho aflorar sus propios problemas y necesidades de gestión de personal. Algo semejante puede decirse de las entidades locales, que presentan por lo demás hondas diferencias entre ellas, en las que el número de empleados ha experimentado también un importante crecimiento”.*

*Por todo ello, “el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional”.*

Por tanto, la respuesta a la cuestión formulada es que el Estatuto establece una serie de principios aplicables en general, pero habrá que acudir a la normativa de personal y de régimen local de las Comunidades Autónomas para completar y determinar su concreto contenido y alcance.

En esta línea, distintas Comunidades Autónomas establecen distintos criterios que complementan y precisan el alcance de los referidos criterios a su Sector Público Local.

Existen Comunidades que en su normativa no indican nada específico en relación al personal de las Sociedades Municipales. Otras se limitan a indicar que no adquieren la condición de funcionarios y que se sujetan expresamente al derecho laboral. Ejemplo de ello son las siguientes Comunidades:

- La Rioja, en su Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, se limita en el art. 210 (Gestión directa mediante sociedad mercantil) a indicar que: *“El personal de la sociedad estará sujeto al Derecho laboral”.*
- Aragón, de igual manera en el artículo 209 (Gestión directa mediante sociedad mercantil) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, indica que: *“el personal de la sociedad estará sujeto al Derecho laboral”.*
- La Comunidad de las Islas Baleares, en la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local, en el artículo 163 (Gestión directa mediante sociedad mercantil) que: *“el personal de la sociedad no adquiere en ningún caso la condición de funcionario y está sujeto al derecho laboral”.*

- Navarra, en la Ley foral 6/1990 de la Administración Local de Navarra, y en concreto en el artículo 197, indica igualmente que: *“el personal de la Sociedad no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario”*.

Pero junto a estas, otras establecen la obligación de fijar criterios selectivos, como la Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local de Galicia, que en su artículo 302, tras reiterar como las anteriores que el personal de la sociedad no adquirirá en ningún caso la condición de funcionario, determina que *“el procedimiento de selección respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad”*. Igualmente Andalucía, en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, expresamente en su artículo 48.3 indica, como se ha visto, que: *“el nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”*.

Avanzando aún más, la Comunidad Valenciana expresamente impone a las Sociedades Mercantiles públicas los criterios emanados del EBEP. En concreto la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana<sup>253</sup> se remite a la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, que con un sistema de reenvío un tanto lioso, acaba vinculando la selección a los criterios del EBEP. En concreto, en primer lugar, el artículo 3.3 indica que: *“El personal laboral de las empresas públicas que adopten la forma de sociedad mercantil se regirá por su normativa específica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 4, de la presente ley”*. El citado artículo 4.4 indica que: *“Las previsiones de esta ley referentes al código de conducta, los principios de selección y el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, serán de aplicación, en cualquier caso, al personal de las entidades del sector público autonómico y local que no estén incluidas en el artículo 3”*. Pues bien, los principios aplicables a la selección del personal se rigen *“por la legislación laboral y las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público y por los de la presente ley que así lo dispongan expresamente”* (art. 3.c).

Hay que destacar como aspecto singular que, como posteriormente veremos, la Ley 3/2012, que convalidó el Real Decreto Ley 3/2012, añadía a la Disposición Adicional Vigésima del ET que en los despidos colectivos del Sector Público *“tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”*.

### **C) Criterios de actuación recomendados**

A la vista de lo anteriormente indicado, es evidente que, aun cuando la legislación de la Comunidad Autónoma no regule expresamente la aplicación

<sup>253</sup> Hay que hacer notar que se establecía el criterio concurrencial para la selección del personal en el Proyecto de la norma, pero al final se suprimió esta referencia y no se indica nada en el texto aprobado.

de los principios concurrenciales de selección del EBEP, en base a los criterios de mérito, capacidad y no discriminación, éstos deben de ser aplicados.

No obstante ello, consideramos que es una limitación que, en cierta medida, carece de sentido y es contradictoria con la esencia de las propias sociedades y su actuación, pues en éstas se debe de priorizar los principios de disponibilidad, especialización, eficiencia, etc., que posibilita la actuación de la sociedad como si de una empresa privada más se tratase. Lamentablemente es una consecuencia del movimiento pendular al que nos tiene acostumbrados la legislación española, y más si se trata de sociedades de mercado, como sucede con gran parte de las sociedades urbanísticas municipales<sup>254</sup>.

En respeto a los principios, hay que precisar que el EBEP y la normativa vista no imponen la utilización de los modos previstos para la provisión de vacantes en la administración (oposición), ni, como hemos visto, por su superación convierten al trabajador seleccionado en funcionario. Ante esta situación, las sociedades deben adaptarse y establecer los medios más adecuados para que en sus procedimientos de selección de su personal no directivo se plasmen los referidos principios, si bien restando lo menos posible su facilidad de adaptación a las necesidades de la actividad, pudiendo, no obstante ello, verse limitados en situaciones excepcionales o urgentes.

En esta línea pueden arbitrarse distintos medios, algunos de los cuales ya han sido puestos en funcionamiento por sociedades actuales. En concreto:

Ya hay estatutos de sociedades que en su articulado imponen la obligación de dotarse de procedimientos concurrenciales, imponiendo al Consejo de Administración la aprobación de unas normas de contratación del personal, normas que, a semejanza de las famosas “Instrucciones Internas de Contratación”, fijan los criterios selectivos, así como sus excepciones.

En otras sociedades, ha sido el Consejo de Administración o la Junta General, “motu proprio” o por imposición del Ayuntamiento, los que han fijado estos procedimientos selectivos.

Muchas de ellas funcionan mediante la convocatoria pública de bolsas de trabajo en las que, determinando distintas categorías y el orden en cada una de ellas, en base a criterios de puntuación contenidos en dicha convocatoria, van llamando a los candidatos en la medida que son necesitados; previniendo que las referidas bolsas se actualicen periódicamente.

Hay un tema que se ha planteado en las Sociedades Públicas y es si la utilización de sociedades de selección de personal ajenas al las mismas y contratadas al efecto, podría suplir estos criterios selectivos; no estando muy a favor de este criterio la Doctrina, al considerar que debe ser la propia sociedad la que, con las condiciones antes vistas, aplique los criterios selectivos.

---

<sup>254</sup> Es interesante el criterio que reflejan DOMÍNGUEZ MARTÍN Y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ (2013) en el sentido de distinguir entre sociedades de prestación de servicios y las que realizan actividades económicas o de mercado, imponiendo los criterios concurrenciales para la selección de su personal de las primeras y no a las segundas. Obra citada, página 229.

### **3.4.2.3.- Nuevas contrataciones de personal**

#### **A) Criterios iniciales**

No ha existido tradicionalmente límite a la contratación por parte de las sociedades públicas municipales. Éstas, como hemos visto, contrataban el personal que le era necesario para poder cumplir con eficacia y eficiencia el objeto que tenían encomendado de forma directa y sin limitaciones legales.

En base al criterio de laboralidad del personal vinculado a las sociedades, se realizaba la contratación empleando la tipología de contrato necesario para las actividades desarrolladas y por el tiempo necesario para ello, cesando la relación al concluir la misma.

Este criterio, como seguidamente veremos, se cambia radicalmente al inicio de la actual crisis económica, tímidamente al principio, pero de forma firme y rotunda posteriormente, dando lugar a que en la actualidad, salvo determinados casos excepcionales o por causa de reposición, no pueda contratarse nuevo personal, habiéndose favorecido enormemente el reajuste de plantilla y los despidos colectivos por causas económicas en el Sector Público Estatal, Autonómico y Local.

#### **B) Evolución histórica**

El tema de la reducción del personal vinculado al Sector Público, ha sido una constante del gobierno emanado de las elecciones de 2011, con la finalidad no solo de reducir gasto público, sino también (como se ha visto ya en este estudio) con el objeto declarado de limitar al máximo el Sector Público, en beneficio de la iniciativa privada.

En primer lugar, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en relación a los gastos de personal<sup>255</sup>, determinaba tres aspectos concretos:

- a) Se mantienen o “congelan” las cuantías de las retribuciones del personal y altos cargos del sector público.
- b) Se acuerda la congelación de la oferta de empleo público, con ciertas excepciones.

En la misma línea, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, impide la contratación de nuevo personal durante dicho año a las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público, salvo en casos excepcionales y para

---

<sup>255</sup> Capítulo II: “De los gastos de personal”.

cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en cuyo caso se podía recurrir a contrataciones temporales<sup>256</sup>.

En 2013 y en materia de personal, la Ley de Presupuestos Generales (Ley 17/2012) mantiene la prohibición de contratación de nuevo personal durante dicho ejercicio con dos excepciones, en primer lugar, se admite la contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fijo e indefinido en el mismo sector público en el que esté incluida dicha entidad, y, en segundo lugar, las contrataciones temporales solo se podrán llevar a cabo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, mantiene similar regulación que la de 2013 en relación a la prohibición de contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas. Así, en la Disposición Adicional Vigésima solo se permite las contrataciones que respondan a convocatorias iniciadas en ejercicios anteriores o que resulten obligatorias en el marco de programas o planes plurianuales que estén en ejecución a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que dichos planes se hayan establecido en cumplimiento de normas legales o convencionales, estableciendo, además, las mismas excepciones que las de 2013.

### **C) Situación actual**

Como en años anteriores, la Ley de Presupuestos de 2015 prevé que las sociedades mercantiles públicas no podrán proceder a la contratación de nuevo personal, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en los cuales podrán llevar a cabo contrataciones temporales. No obstante, se establece las siguientes excepciones:

- Al igual que en años anteriores, dicha prohibición no será de aplicación cuando se trate de contratación de personal funcionario o laboral, con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que se integre la sociedad, fundación o consorcio de que se trate como ya se hizo en el pasado ejercicio.

---

<sup>256</sup> La Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, en la Disposición Adicional Vigésima tercera (Contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2012), establece lo siguiente:

“Uno. En el año 2012, las sociedades mercantiles públicas a que se refiere artículo 22, apartado Uno de esta Ley, no podrán proceder a la contratación de nuevo personal, salvo las contrataciones que respondan a convocatorias iniciadas en ejercicios anteriores o que resulten obligatorias en el marco de programas o planes plurianuales que estén en ejecución a la entrada en vigor de esta Ley. Sólo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, podrán llevar a cabo contrataciones temporales.

Dos. En el caso de las sociedades mercantiles estatales, la contratación temporal, teniendo en cuenta lo indicado en el apartado anterior, se hará de conformidad con los criterios e instrucciones que, previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se dicten por el accionista mayoritario de las respectivas sociedades.

Tres. Lo dispuesto en el apartado Uno de esta disposición Adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución”.



- Además, como novedad importante, en este ejercicio se permite una tasa de reposición del 50 por ciento en aquellas sociedades que hayan obtenido beneficios en los últimos tres ejercicios<sup>257</sup>.

### **3.4.3.- Retribuciones**

#### **3.4.3.1.- Evolución durante la crisis**

Tradicionalmente, al igual que no existía límite a la contratación de nuevo personal por parte de las Sociedades Mercantiles Locales, tampoco lo había en relación a la fijación ni a la actualización de sus salarios, de acuerdo con la normativa laboral y, especialmente, los convenios colectivos que le eran de aplicación a sus empleados. Se contrataba en función de las necesidades y se actualizaba en función de los índices generales previstos en dichos convenios o, en su caso, en la legislación de aplicación.

No obstante ello, la posibilidad de actualizar o incrementar los salarios, al igual que se ha visto en relación a la contratación de nuevo personal, se ha ido restringiendo con la crisis, y en la actualidad no puede incrementarse con carácter general, como analizaremos.

#### **A) Criterios iniciales**

Originariamente no existía, como se ha indicado, límite ni cortapisas a la actualización de los salarios, aplicándose los pactados o, en su defecto los establecidos en los convenios colectivos. Bien es verdad que en muchos casos, en los Ayuntamientos y para evitar supuestos agravios comparativos, se aplicaba los criterios previstos para el personal de la Corporación.

En un momento posterior, se inicia la tendencia en las Leyes de Presupuestos anteriores a la crisis de fijar dos regímenes distintos para el personal de las empresas públicas:

1. En primer lugar, el de las sociedades mercantiles que perciban *“aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación”*, que seguían igual régimen que los empleados municipales en relación a incrementos salariales. Este criterio era debido a que, a los efectos legales de la normativa de endeudamiento y de mercado interior de la Unión Europea, las sociedades mercantiles que no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado sino con subvenciones destinadas a cubrir su déficit de explotación, son consideradas dentro del sector “Administración Pública” del artículo 4.1 del Reglamento de Estabilidad Presupuestaria (Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el

<sup>257</sup> La Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del estado para el año 2015, en su Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> indica en relación a esta excepción que: “Además, las sociedades mercantiles públicas que hayan tenido beneficios en los últimos tres ejercicios, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 21.Uno.3 de esta Ley”.

reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales).

2. En segundo lugar, el régimen de las sociedades denominadas “de mercado”, en las que no existe límite alguno y será el establecido por convenios colectivos. Ello era debido a que son consideradas dentro del sector “Sociedades”, pues se trata de entidades que intervienen en el mercado prestando servicios o entregando bienes en condiciones similares a los productores privados y, por tanto, financiándose mayoritariamente mediante ingresos comerciales, de mercado o “ventas”.

## **B) Real Decreto Ley 8/2010**

Ante la especial situación de crisis económica, el Real Decreto Ley 8/2010, por el que “se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”, estableció una reducción general de los salarios de los funcionarios públicos. Como indicaba en la exposición de motivos: *“En un escenario económico caracterizado por la intensidad de la crisis económica con origen en la crisis financiera internacional y con efectos sobre el crecimiento y el empleo, resulta urgente adoptar medidas de contención en los gastos de personal de las diversas administraciones públicas. A ello responden las medidas incluidas en el presente Real Decreto-ley, cuyo objetivo es reducir un cinco por ciento de la masa salarial, en términos anuales”*.

Dicha reducción, que opera tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario, es de obligada aplicación *“a todas las administraciones, lo que supondrá un importante ahorro para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, dado el importante peso que el empleo público tiene en las mismas”*.

Pero el RDL establecía una importante excepción para los empleados de las empresas públicas, incluso las que no se financian con ingresos de mercado, que no verían reducido sus salarios como en el caso de los funcionarios, Tolo ello con excepción de sus directivos, a los que sí se establecía la reducción.

En concreto, en la Disposición adicional novena del RDL se excluye del ámbito subjetivo al personal no directivo de dichas sociedades que perciben aportaciones que cubren déficit de explotación, y de determinados Entes Empresariales Locales del Estado (*RENFE, ADIF y AENA*), indicando que:

*“Normas especiales en relación con determinadas entidades del sector público a efectos de la aplicación de la reducción salarial prevista en este Real Decreto-ley con efectos 1 de junio de 2010.*

*Lo dispuesto en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley en lo relativo a la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado Uno, g) del artículo 22 de la citada Ley, ni al personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación”*.

Solamente y por excepción, podía arbitrarse la reducción salarial para el personal laboral cuando “por negociación colectiva las partes decidan su aplicación”, nunca por imposición directa de sus órganos de gobierno.

### **C) Ley de Presupuestos para 2011**

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, establecía, como en años anteriores, el régimen conjunto en relación a esta materia, estableciendo que no se producirá incremento alguno.

En concreto, en su artículo 22 (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público) establece lo siguiente:

*“Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público:*

- a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.*
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.*
- c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.*
- d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.*
- e) Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.*
- f) Las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación.*
- g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.*

*Dos. En el año 2011, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010 resultantes de la aplicación, en términos anuales, de la reducción de retribuciones prevista en el artículo 22.Dos.B) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”.*

Para evitar equívocos y dejar clara la aplicación de este régimen conjunto y prevenir las posibles situaciones (no reducción salarial o reducción mediante negociación colectiva), la Disposición Adicional Trigésimo segunda, “Retribuciones del personal de las sociedades mercantiles”, especificaba lo siguiente:

*“Con efectos de 1 de enero de 2011, las retribuciones del personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación, no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010 y consecuencia, en su caso, de la correspondiente negociación colectiva.*

*Igualmente, en relación con las sociedades a que se refiere el párrafo anterior, se mantienen vigentes, con efectos de 1 de enero de 2011, las retribuciones de su personal directivo a 31 de diciembre de 2010.*

*La presente disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución”.*

Es decir la limitación se refiere a la retribución que se percibiera, bien la misma que al inicio del 2010, si no se ha pactado por convenio colectivo su reducción, o la reducida si se hubiera pactado dicha reducción por dicho instrumento jurídico, al indicar (... y consecuencia, en su caso, de la correspondiente negociación colectiva). Ello no obstante, hay que indicar que la redacción de la norma no era clara.

Además de eso y para reforzar su carácter de aplicación obligatoria, el artículo 22 en su apartado noveno establece que:

*“Nueve. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento”.*

Hubo incluso CC.AA. que fueron más allá de lo previsto por el Estado. En concreto la Ley 17/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2011, que establecía en esta línea y con carácter general, para el sector público valenciano, en el artículo 23, una regulación que va más allá y, con carácter particular, en su artículo 30, para las sociedades mercantiles de la Generalitat, les impone para el 2011 una reducción del 5% de la masa salarial autorizada para el 2010.

## **D) Real Decreto-ley 20/2011**

El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, amplía la limitación a todas las sociedades públicas para modificar las retribuciones de sus empleados, ya sean o no “de mercado”.

En concreto, en su Capítulo II, “De los gastos de personal”, en relación a las retribuciones, el artículo 2 (Retribuciones del personal y altos cargos del sector público) establece que en el año 2012 las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

En consecuencia, a partir del 1 de enero de 2012, no experimentarán ningún incremento las cuantías de las retribuciones y de la masa salarial, en su caso, establecidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

A efectos de lo establecido anteriormente, constituyen el sector público:

- La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.
- Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.
- Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.
- Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.
- Las sociedades mercantiles públicas.
- Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.

Como se observa, afecta a la totalidad de las Sociedades Públicas (pues se refiere a todas ellas sin establecer diferencias en función de su financiación, como establecía la anterior normativa), los organismos públicos, entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local. Para reforzar este criterio, el citado artículo determina que lo anteriormente indicado tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución.

## **E) Ley de Presupuestos para 2012**

La Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, continúa en la línea de la legislación vista y, como años anteriores, establece la congelación generalizada de las retribuciones, si bien este año se introducen otros aspectos como la, ya vista, expresa prohibición de nuevas contrataciones de personal. Todo ello referido a nuestros efectos, como el RD-L 20/2011, a sociedades mercantiles públicas sin distinción alguna.

A tal fin, el artículo 22 (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público) establece, entre otras cuestiones, lo siguiente:

*“**Dos.** En el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.*”

**Tres.** Durante el ejercicio 2012, las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado Uno de este artículo no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

**Cuatro.** La masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2012, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación. Se exceptúan, en todo caso:

- a) Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- b) Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.
- c) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
- d) Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador”.

## **F) Ley de Presupuestos para 2013**

La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de personal mantiene la prohibición de incrementar las retribuciones del personal -en términos de homogeneidad-, salvo por la reducción practicada en 2012 relativa a la paga extra de Navidad, que no será tenida en cuenta para dicho cálculo y, al igual que la de 2012, mantiene la prohibición de contratación de nuevo personal, salvo en el caso de las sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios del sector público cuando se trate de personal con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público local en el que esté incluido dicho organismo.

Adicionalmente, se establece que los contratos mercantiles del personal del sector público quedan igualmente afectados por la prohibición de incremento de las retribuciones.

Como novedad, cabe mencionar también que la DA 38 establece que, en el caso de ausencia al trabajo por enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, se practicará el correspondiente descuento en la nómina del empleado público. Dicho descuento será el previsto para la situación de incapacidad temporal, en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones Públicas. Cabe añadir que, con respecto exclusivamente al Estado, el descuento referido no se aplicará cuando no se supere la cifra de días de ausencia que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

### **3.4.3.2.- Criterios de la LRSAL**

La LRSAL, como en otros aspectos, introduce en el Sector Público Local lo ya previsto para el Estatal. Así se introduce una serie de limitaciones al

incremento (mejor dicho, la estabilización y actualización) de las retribuciones anuales; el artículo 1, veintiséis de la LRSAL, introduce un nuevo artículo 103 bis (“Masa salarial del personal laboral del sector público local”), que determina con claridad meridiana lo ya indicado de que las limitaciones de la masa salarial de las leyes de presupuestos afectan plenamente al sector público local. Estableciendo los siguientes aspectos en relación a la masa salarial del personal laboral del sector público local:

- a) **Aprobación anual.** Serán las Corporaciones locales las que aprobarán anualmente la masa salarial respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) **Ámbito de aplicación.** La aprobación indicada en el apartado anterior comprenderá la referente a la propia entidad local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
  - *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades citadas en este apartado.*
  - *Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.*
- c) **Formalidades.** La masa salarial aprobada será publicada en la sede electrónica de la Corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial, en el plazo de 20 días.

### **3.4.3.3.- Situación actual**

Tras la LRSAL, la Ley de Presupuestos para 2014 (Ley 22/2013), al igual que en años anteriores, en su artículo 20 determina claramente que durante el ejercicio 2014 las Administraciones, entidades y sociedades mercantiles públicas sin distinción alguna, no podrán incrementar la masa salarial del personal laboral, tampoco realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

No obstante ello, y siempre que no se produzca incremento de la masa salarial de la administración de referencia, en los términos que establece la propia norma, sí podrán las sociedades realizar contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación y aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, siempre que los citados planes o contratos de seguro hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011.

La masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2014, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extra-salariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2013, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación. Se exceptúan, en todo caso:

1. Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
2. Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.
3. Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
4. Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador.

Las referencias relativas a retribuciones contenidas en la Ley, se entienden siempre hechas a retribuciones íntegras.

En el año 2015, la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, en su Preámbulo es muy clara en relación a este tema, indicando que como ha sido en anteriores ejercicios, la repercusión que el mandato constitucional de estabilidad presupuestaria y la actual situación de nuestra economía tienen sobre el personal al servicio del sector público, se refleja en el Capítulo I, relativo a los «Gastos del personal al servicio del sector público», que tras definir lo que constituye «sector público» a estos efectos, establece, con carácter general, que no habrá incremento de las retribuciones de este personal en 2015 respecto a las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2014. Por lo tanto, en 2015 los empleados públicos tendrán dos pagas extraordinarias, en los meses de junio y de diciembre. Tampoco podrán realizarse aportaciones a planes de empleo ni contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con las excepciones que se prevén. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

Esto se concreta en el artículo 20 que establece que en el año 2015, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2014, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Al igual que en años anteriores, esta limitación no solo afecta a los contratos laborales de nuestras empresas, sino que de igual forma se encuentran limitados los incrementos de personal ligado por contrato mercantil. Así, el párrafo 10.º del artículo indica literalmente: “Los límites establecidos en este artículo serán de aplicación a las retribuciones de los contratos mercantiles del personal del sector público”.

Para garantizar dicho cumplimiento se determina claramente que los “acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento”. Teniendo todo ello, además,



carácter básico y dictándose al amparo de los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución.

En la actualidad la de Presupuestos para 2016 (Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016) tras varios años de congelación, establece con carácter general que las retribuciones del personal al servicio del sector público podrán experimentar un incremento global no superior al 1 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2015.

### **3.4.3.4.- Supresión paga extra de diciembre de 2012**

#### **A) Supresión paga por RDL 20/2012**

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012 del personal del sector público. Con carácter previo, hay que indicar que como determina la propia norma, era una medida de carácter excepcional con vigencia exclusivamente para 2012, en el marco del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y contención del déficit público y de las leyes presupuestarias.

La medida se aplicaba a todo el conjunto del sector público y a todas las Administraciones Públicas, suprimiéndose la paga o, en caso de que no se cobrase específicamente la misma, y ésta se encontrase prorrateada en 12 pagas anuales en vez de 14, se prevé que se detraiga una 14.<sup>a</sup> parte de las retribuciones totales anuales.

Se concreta dicha medida en el artículo 2 del RDL 20/2012 (“Paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público”), que tiene carácter básico dictándose al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución.

Los aspectos esenciales de la regulación son los siguientes:

- a) **Ámbito subjetivo:** Se aplicaba al personal laboral de “las sociedades mercantiles públicas” (artículo 22, párrafo Uno, letra f de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado). Como se observa se refería específicamente al personal de las sociedades mercantiles públicas sin distinción alguna a si eran o no de mercado o si recibían o no subvenciones a la explotación.

Además del personal laboral, la reducción retributiva era también de aplicación al personal laboral de alta dirección, al personal con contrato mercantil y al no acogido a convenio colectivo que no tuviera la consideración de alto cargo.

Se establecía, por último, una excepción en función de la cuantía de la retribución, pues no fue de aplicación a aquellos empleados públicos cuyas retribuciones por jornada completa, excluidos incentivos al rendimiento, no alcanzaban 1,5 veces el SMI, en cómputo anual.

- b) **Ámbito objetivo:** Se aplicó la medida en relación fundamentalmente con la paga extraordinaria de diciembre, pero igualmente en aquellos casos en que no se contemplaba expresamente en su régimen retributivo la percepción de pagas extraordinarias o se percibieran más de dos al año, se redujo una catorceava parte de las retribuciones totales anuales excluidos incentivos al rendimiento. Dicha reducción, se indicaba, debía prorratearse entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley.
- c) **Forma de aplicación:** La aplicación directa de esta medida se realizó en la nómina del mes de diciembre de 2012, sin perjuicio de que pueda alterarse la distribución definitiva de la reducción en los ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva, pudiendo, en este caso, acordarse que dicha reducción se ejecutase de forma prorrateada entre las nóminas pendientes de percibir, lo que necesariamente se hizo en los supuestos del personal que no tenía pagas extraordinarias.
- d) **Mecanismo de compensación:** El párrafo 4.º del artículo previó un mecanismo de compensación al indicar las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria *“se destinarán en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos”*.

Posteriormente, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regularon determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modifica el artículo 2 del Real Decreto-ley, ampliando su ámbito subjetivo, incluyendo, entre otros, al personal al servicio de la Administración de Justicia<sup>258</sup>.

<sup>258</sup> Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Disposición final cuarta. Modificación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modifica el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en los términos siguientes:

Uno. Se modifica el artículo 3, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley, el personal funcionario y estatutario incluido en los artículos 26, 28, 29, 30, 32 y 35 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, no percibirá en el mes de diciembre de 2012 ninguna cuantía ni en concepto de paga extraordinaria ni, en su caso, en concepto de paga adicional de complemento específico o equivalente.

2. Al personal laboral del sector público estatal incluido en el artículo 27 de la Ley 2/2012 le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2.2, de este Real Decreto-ley.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley, el personal a que se refiere el artículo 31, apartados Uno y Dos, de la Ley 2/2012 no percibirá, en el mes de diciembre de 2012, ninguna cuantía en concepto de paga extraordinaria, incluida la que se establece en el Anexo X de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

En todo caso, el porcentaje de minoración en la cuantía total anual de sueldo y trienios o antigüedad será análogo al previsto, para dichos conceptos, para el personal al que se refiere el apartado 1 de este mismo artículo. A tal efecto, a este personal se les reintegrará, en su caso, la cuantía correspondiente a la diferencia entre el porcentaje que supone la paga

## B) Problemática suscitada

La medida de la supresión de la paga extraordinaria ha sido una de las medidas más contestadas del Gobierno Rajoy. Se ha afirmado, en esencia, que era retroactivo pues afectaba a derechos que ya habían sido adquiridos por los trabajadores. Ello era así, pues, el RDL se publicó en el B.O.E. correspondiente al día 14 de julio y entró en vigor el 15, lo que pone de manifiesto que en esa fecha parte de los derechos económicos afectados eran ya tales por haberse consolidado y no meras expectativas. Es decir, a esa fecha, los funcionarios y demás empleados públicos, había parte de esa paga extra a la que tenían ya un “derecho de cobro”.

La Defensora del Pueblo<sup>259</sup>, en relación a ello y ante las numerosas reclamaciones recibidas, indica que: «*las pagas extraordinarias, como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia 21 de abril de 2010 de la Sala de lo Social, Sección Primera, del Tribunal Supremo) “constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe*

---

extraordinaria por dichos conceptos respecto de la paga ordinaria para los miembros de las carreras judicial y fiscal y el que supone para el personal del subgrupo A1 de la Administración General del Estado.

3 bis. Respecto al personal al que se refiere el artículo 31, apartado Tres, de la Ley 2/2012, la aplicación de lo previsto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley se llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de los conceptos de sueldo y trienios, minorando la cuantía total anual por dichos conceptos, incluida la de las pagas extraordinarias, en un porcentaje análogo al que supone, respecto a idénticos conceptos, la reducción establecida para el personal al que se refiere el apartado 1 de este mismo artículo, con referencia para cada Cuerpo al grupo o subgrupo de titulación asimilable, y prorrateando dicha minoración entre las mensualidades ordinarias y extraordinarias pendientes de percibir en el presente ejercicio. Tampoco percibirán, en el mes de diciembre, por integrar las pagas extraordinarias, las cuantías que se recogen en el Anexo XI de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, ni las correspondientes al citado mes de diciembre a las que alude el apartado segundo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de mayo de 2009, publicado por Orden 1230/2009, de 18 de mayo, del Ministerio de la Presidencia.

3 ter. Al personal incluido en el artículo 31, apartado Cuatro, le serán de aplicación las reducciones previstas en el presente artículo de acuerdo a la normativa que les resulte de aplicación.

4. A los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal a que se refiere el apartado Cinco del artículo 31 de la Ley 2/2012, a excepción del Fiscal General del Estado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley, se les reducirá una catorceava parte de las retribuciones totales anuales en concepto de sueldo y de antigüedad o trienios y la totalidad de la paga correspondiente al mes de diciembre que figura en el Anexo X de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

Al Fiscal General del Estado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.5 de este Real Decreto-ley, se le reducirá una catorceava parte de las retribuciones totales anuales que figuran para dicho cargo en el apartado Cinco, puntos 2 y 3, del citado artículo 31.

La citada minoración se prorrateará entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a aquellos empleados públicos cuyas retribuciones por jornada completa, excluidos incentivos al rendimiento, no alcancen en cómputo anual 1,5 veces el salario mínimo interprofesional establecido en el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre».

<sup>259</sup> Recomendaciones de la Defensora del Pueblo (D.ª Soledad Becerril) al Excmo. Sr. Secretario de Estado, el 15 de octubre de 2012.

*equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones, o bien importes específicos”. Por ello, continúa, “la indudable naturaleza salarial de las pagas o gratificaciones extraordinarias, tanto en el ámbito del Derecho laboral (art. 31 ET) como en el ámbito de la Función Pública (art. 22 del Estatuto Básico del Empleado Público), han llevado a concluir a la jurisprudencia, como ya se ha mencionado, que responden al trabajo efectivamente realizado durante el período al que las mismas hagan referencia, ya sea éste anual o semestral, en razón de lo que puede variar el período de cómputo, pero que no altera la naturaleza propia de estas pagas o gratificaciones extraordinarias».*

En el presente caso, concluye «el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, si bien con carácter excepcional, suprime la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre para el personal del sector público, decisión normativa que entra en vigor el día 15 de julio de 2012 cuando, ya sea en cómputo semestral o anual, el personal afectado había prestado parte de los servicios que retribuye dicha paga. Como antes se ha visto, el Tribunal Constitucional no aceptó la alegación relativa al carácter expropiatorio de alguno de los preceptos del Real Decreto-ley 8/2010, que imponían reducciones retributivas para este personal sobre la base de que tales reducciones afectaban a retribuciones futuras y no a las ya devengadas en razón del período de tiempo trabajado, distinguiendo así lo que eran derechos adquiridos del personal y lo que eran meras expectativas, para concluir que respecto de las segundas y por su propia naturaleza, no era admisible la alegación sobre el carácter expropiatorio de la medida. La aplicación de esta misma doctrina al presente caso, podría apuntar hacia una solución diversa de la entonces alcanzada, con lo que ello implica, si se entendiera como parece que al menos una parte de la paga o gratificación extraordinaria suprimida correspondería a un período de trabajo que la hubiera ya devengado».

Por todo ello, la Defensora del Pueblo<sup>260</sup> formula al Secretario de estado de Administraciones Públicas las siguientes recomendaciones:

- a) “Que se interpreten las previsiones del Real Decreto-ley en lo referido a la supresión de la paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre de 2012, de acuerdo con la doctrina constitucional a que antes se ha hecho referencia, restringiendo su aplicación a la cuantía no devengada de la misma referida al momento en que se publicó la medida.
- b) Que se concrete el destino de las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria o equivalente en ejercicios futuros, habilitando fórmulas adicionales a las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguro colectivos, de modo que puedan beneficiarse de tales retornos la totalidad de empleados públicos afectados por la medida”.

---

<sup>260</sup> Estas recomendaciones se hacen en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, como se indica expresamente.

Igualmente se interpusieron distintos Recursos de Inconstitucionalidad y ordinarios dando lugar a diversos pronunciamientos. Hasta el propio Tribunal Supremo ha planteado distintas cuestiones de inconstitucionalidad, fundamentalmente por el hecho de que la supresión de la paga extra se ha aplicado con retroactividad “contraria al artículo 9.3 de la Constitución”.

Para determinar el alcance de la impugnación sobre el RDL, es muy clarificadora la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>261</sup> que indica en su Fundamento de Derecho Quinto que:

*«QUINTO.- La Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la supuesta vulneración de derechos constitucionales por el RDL 20/2012, de 13 de julio, en particular sobre la supresión de la paga extraordinaria de diciembre, cuya fundamentación se reproduce en las tres demandas acumuladas, por lo que vamos a reiterar nuestra doctrina al respecto en sentencia de 20-03-2012, proced. 15/2013, en la que dijimos lo siguiente:*

*“... Una vez más la Sala se enfrenta a la aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo artículo 2 ordena la supresión del abono de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público.*

*... La Sala ya ha reflexionado sobre la supresión de la paga extra de diciembre de 2012 por el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012; reflexión que dio lugar a nuestro Auto 16/2013, de 1-3-13, mediante el que acordamos “por unanimidad elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, junto con el testimonio de los autos principales, así como las alegaciones realizadas por las partes y por el Ministerio Fiscal, para que, si se admite a trámite la cuestión y previa tramitación legal procedente, resuelva si la redacción del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha vulnerado o no el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contemplado en el art. 9.3 CE, puesto que entendemos que dicho precepto es aplicable al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible acomodarlo al ordenamiento constitucional por otra vía interpretativa”».*

Posteriormente se ha dictado distintas sentencias que por uno u otro motivo han declarado el derecho de los empleados públicos a la devolución de la referida paga.

### **C) Situación actual**

Entando así las cosas y ante los distintos pronunciamientos adversos recibidos y los que han de producirse, la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, en la Disposición Adicional Décimo segunda (“Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012”) permite al personal al servicio del sector

<sup>261</sup> Sentencia 65/2013, de 8 de abril de 2013, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

público recuperar solamente parte de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012. En concreto, entre otras cuestiones, dispone lo siguiente en su párrafo Uno:

***“Uno. Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público.***

*1. Cada Administración Pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria, así como de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes, correspondientes al mes de diciembre de 2012, por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, con el alcance y límites establecidos en la presente disposición.*

*2. Las cantidades que podrán abonarse por este concepto, sobre el importe dejado de percibir por cada empleado en aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, serán las equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria, paga adicional de complemento específico y pagas adicionales del mes de diciembre. En aquellos casos en los que no hubiera procedido el reconocimiento de la totalidad de la paga extraordinaria y adicional de diciembre de 2012, los primeros 44 días se reducirán proporcionalmente al cómputo de días que hubiera correspondido.*

*A los efectos previstos en el párrafo anterior, el cómputo de la parte de la paga extraordinaria y pagas adicionales que corresponde a los primeros 44 días, o cifra inferior, se realizará, en el caso del personal funcionario o estatutario, conforme a las normas de función pública aplicables en cada Administración, o, en el caso del personal laboral, a las normas laborales y convencionales, vigentes en el momento en que se dejaron de percibir dichas pagas.*

*Las cantidades que se reconozcan por este concepto al personal a que se refiere el apartado 5 del artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, por no contemplarse en su régimen retributivo la percepción de pagas extraordinarias o por percibir más de dos al año, serán las equivalentes a un 24,04 por ciento del importe dejado de percibir por aplicación del mencionado precepto.*

*3. La aprobación por cada Administración Pública de las medidas previstas en este artículo estarán condicionadas al cumplimiento de los criterios y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera.*

*4. Las cuantías satisfechas por aplicación de lo establecido en esta disposición, minorarán el alcance de las previsiones contenidas en el apartado 4 del artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012”.*

Actualmente el Real Decreto - Ley 10/2015<sup>262</sup> de amplio contenido, además del establecimiento de distintas medias económicas y crediticias, regula, en relación con los derechos de los funcionarios, implementa la recuperación de parte de la paga extraordinaria y adicional de los empleados públicos correspondiente al año 2012 (en concreto la correspondiente a 48 días o el 26,23% de los importes dejados de percibir) y la modificación del número de días de permiso por asuntos particulares restituyendo un sexto día, e incremento de los días de permiso por asuntos particulares en función de la antigüedad y los de vacaciones reconocidos en el Estatuto Básico del Empleado Público incrementándolos igualmente en función de la antigüedad.

### **3.4.4.- Jornada laboral**

#### **3.4.4.1.- Determinación**

La jornada de trabajo de las empresas públicas locales ha sido la misma que para el resto del personal laboral, 40 horas, salvo en aquellos supuestos que por tratarse de un puesto específico de trabajo, por los convenios colectivos aplicables, se disponía otra distinta. Se debe indicar que igualmente en algunas sociedades la jornada se mejoraba en relación a los Convenios, aplicándose la misma duración que al resto de los empleados municipales.

Con la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) como ha señalado la FEMP «en materia de jornada de trabajo de los funcionarios públicos, el artículo 47 del EBEP, establece que “las Administraciones Públicas determinarán la jornada general y las especiales de los funcionarios públicos”. Y por lo que se refiere a la jornada de trabajo del personal laboral, el artículo 51 establece que “Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”. Y el artículo 37 incluye, entre las materias que son objeto de negociación, “en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso”, “las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas...”».

Iniciada la crisis, el artículo 4 (“Reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos”) del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, estableció que *“A partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos”*.

Pero este precepto no posee carácter básico y está directamente dirigido al sector público estatal (tanto a funcionarios como a laborales), en el que, tal y como establece el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria, no se encuentran comprendidas las entidades que integran la Administración Local y

---

<sup>262</sup> Real Decreto - ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, publicado en el BOE del día 12 de septiembre

los organismos de ellas dependientes. Por tanto, no resulta de aplicación directa a las Entidades Locales como reiteradamente ha indicado la FEMP.

No obstante ello, y al igual que se ha visto en otras materias, la norma originariamente aplicable solo al Sector Público Estatal ha sido implantada posteriormente al Local, en virtud de la Disposición adicional Septuagésimo primera (Jornada general del trabajo en el Sector Público) de la Ley de Presupuestos para 2012, Ley 2/2012, de 29 de junio. Esta Disposición, que tiene carácter básico, establece que a partir de la entrada en vigor de la Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público<sup>263</sup> no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Además se establece las presiones siguientes:

1. Las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer, experimentarán los cambios que fueran necesarios en su caso para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.
2. En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno.
3. Queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del Sector Público indicados en el apartado anterior, que contradigan lo previsto en este artículo.

A la vista de lo indicado, la jornada mínima de trabajo de las sociedades mercantiles municipales, en las que exista una participación pública superior al 50%, se fija en 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, quedando abierta la posibilidad de que puedan fijarse jornadas superiores.

---

<sup>263</sup> A estos efectos, conforman el Sector Público:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- e) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- f) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a e) del presente apartado sea superior al 50%.



### 3.4.4.2.- Reducción colectiva de la jornada

El artículo 47 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, “*Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*”, prevé una reducción colectiva de la jornada de trabajo, junto a la suspensión colectiva de contrato. Así indica en su párrafo 2.º lo siguiente:

*“2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor”.*

Consecuentemente con ello, la jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. El procedimiento lo determina el propio artículo y es el mismo que el aplicable a la suspensión del contrato.

Este caso de reducción colectiva de la jornada de trabajo, solo es aplicable a empresas sectorizadas como productoras de mercado, de acuerdo con la Disposición Adicional Vigésimo Primera del ET (“Aplicación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en el Sector Público”) que indica:

*«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».*

A efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal Web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud de inclusión en el mismo.

Durante las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados, cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

### **3.4.5.- Suspensión y fin de la relación laboral**

#### **3.4.5.1.- Régimen General**

Con carácter general y como se ha indicado, los trabajadores de las empresas públicas tienen el mismo régimen laboral que los empleados de las empresas privadas; no obstante ello, en los temas de la extinción de la relación laboral, han tenido ciertas especialidades que hacían que su relación tuviera un carácter un tanto especial, más ventajoso para los trabajadores en algunos aspectos, pero en otros más perjudicial, como seguidamente se verá.

El Estatuto de los Trabajadores establece dos supuestos esenciales de cese en la relación de los trabajadores y las empresas, la temporal que se denomina “suspensión del contrato”, y la definitiva que extingue la relación laboral. Ambos supuestos admiten una modalidad individual y otra colectiva, y, en ambos casos, por causas específicas sobrevenidas a la empresa, generalmente económicas, pero también técnicas, organizativas o de producción.

La normativa laboral y administrativa establece distintas matizaciones y efectos de uno u otro supuesto en relación con los trabajadores de las empresas públicas, que seguidamente analizaremos.

#### **3.4.5.2.- Suspensión del contrato**

La suspensión del contrato laboral la regula el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>264</sup>; indica que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Mutuo acuerdo de las partes.
- b) Las consignadas válidamente en el contrato.
- c) Incapacidad temporal de los trabajadores.
- d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto pre-adoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año.
- e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.
- f) Ejercicio de cargo público representativo.
- g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.
- h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
- i) Fuerza mayor temporal.

---

<sup>264</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- k) Excedencia forzosa.
- l) Por el ejercicio del derecho de huelga.
- m) Cierre legal de la empresa.
- n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

El efecto esencial de la suspensión es que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Junto a esta suspensión individual se admite en el artículo 47 del ET<sup>265</sup> que el empresario pueda suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a la totalidad o parte de la empresa. Cada causa de estas se encuentra expresamente definida, así se entiende que concurren las siguientes causas:

- a) Causas económicas: cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.
- b) Causas técnicas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- c) Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- d) Causas productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El Sector público tiene una importante especialidad en relación a la suspensión colectiva que, al igual que se ha visto en el caso de la reducción de jornada, solo es aplicable a empresas sectorizadas como productoras de mercado, de acuerdo con la ya citada Disposición Adicional Vigésimo Primera del ET.

En desarrollo de la Disposición Adicional Vigésimo Primera del ET, se publicó el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, *“por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”*. De conformidad con lo establecido en la indicada Disposición Adicional de mismo la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción solamente se produce cuando las sociedades se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

---

<sup>265</sup> Artículo 47 del ET, “Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”.

Nos remitimos a lo ya indicado al analizar la suspensión del contrato y reducción de la jornada, a efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos de mercado.

### **3.4.5.3.- Extinción de la relación laboral**

#### **A) Supuestos ordinarios**

El artículo 49 (Extinción del contrato) del Estatuto de los Trabajadores establece una serie de supuestos generales de extinción del contrato de trabajo, que son aplicables a todos los trabajadores tanto públicos como privados. En concreto, el contrato de trabajo se extinguirá:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.
- c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.
- d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.
- e) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.
- f) Por jubilación del trabajador.
- g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 51.
- i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.
- k) Por despido del trabajador.
- l) Por causas objetivas legalmente procedentes.
- m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En la actual situación de crisis se ha potenciado enormemente el llamado despido a través del denominado Expediente de Regulación de Empleo o ERE. Éste es un procedimiento administrativo-laboral de carácter especial por el que se puede suspender o extinguir las relaciones laborales tanto de empleados públicos como privados en el caso de concurrir distintas circunstancias en la empresa, fundamentalmente económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, procedimiento que tiende en gran medida a garantizar los derechos de los trabajadores, dando amplia entrada a los mismos en el procedimiento de su aprobación e intentando minimizar, en la medida de lo posible, los efectos de la crisis de la empresa.

Los supuestos que debe de seguir el procedimiento especialmente establecido, son las siguientes extinciones o suspensiones de contrato de trabajo:

- a) Despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- b) Suspensión o extinción de la relación laboral por fuerza mayor.
- c) Suspensión de la relación laboral fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reducción de jornada por las mismas causas.
- d) Extinción de la relación laboral por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En el ET se regula en el artículo 51, que ha sido modificado en muchas ocasiones durante estos años de crisis<sup>266</sup>, tras definir que se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definidas de igual forma a las previstas en el supuesto de suspensión de contrato ya analizado.

Además de la concurrencia de estas causas, se requiere que en un período de noventa días la extinción afecte a:

- a) Un porcentaje de trabajadores en relación a la totalidad de los mismos, en concreto:
  - Diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
  - El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
  - Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.
- b) La extinción de la totalidad de los contratos de trabajo que constituyen la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados

---

<sup>266</sup> En concreto, desde 2010 se ha modificado por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

sea superior a cinco y cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial por las causas vistas.

Al igual que en el caso de la sucesión, se establece un complejo procedimiento administrativo, precedido de las oportunas consultas, tramitado ante la autoridad laboral con la intervención de los representantes de los trabajadores constituidos en comisión negociadora.

Hay que resaltar que cuando concorra alguna de las causas anteriormente indicadas en el artículo 5.1, se puede producir también la extinción individual del trabajador por “causas objetivas” y la extinción afecte a un número inferior de trabajadores de los establecidos en el mismo. En este caso, los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa.

## **B) Personal sociedades Públicas**

### **B1.- Sistema tradicional**

Tradicionalmente las administraciones públicas, cuando así ha sido necesario, han procedido a disolver los entes instrumentales que de ella dependían. Las razones han sido variadas, habitualmente por haberse concluido la actividad para la que se constituyeron, bien por haber cambiado el sistema de gestión de directa a indirecta y contratar una empresa privada para prestar el servicio. En la actualidad durante la crisis, por razones legales, pues como se ha visto se le impone por situaciones de desequilibrio financiero o por tratarse de un servicio que con la nueva LRSAL es de carácter no obligatorio ajeno a la competencia municipal.

Para dicho cierre, las administraciones y sus entes instrumentales han utilizado a menudo la supresión de la entidad o de puestos concretos de trabajo en las mismas mediante el sistema de la “amortización de plazas”. En estos casos se producía el cese de la relación laboral de cada uno de los trabajadores afectado por decisión de la administración de amortizar la plaza, es decir, la supresión de este puesto o puestos de trabajo. En estos casos no se seguía ningún sistema de despido colectivo, no se trataba de un ERE y consecuentemente no se encontraban las empresas obligadas a indemnizar a los trabajadores cuyas plazas se hubieran amortizado. Esto fue reiterado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse entre otras la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013<sup>267</sup>.

Pero este sistema ha cambiado recientemente con la entrada en vigor de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, y la Ley 6/2012 y su desarrollo mediante Real Decreto 1483/2012, que imponen a las administraciones y sus entes instrumentales la aplicación de los EREs y el abandono de la práctica de la amortización.

---

<sup>267</sup> Otras sentencias en la misma línea son las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011 (R. 3409/2010), 22 de julio de 2013 (R. 1380/2012), 23 de octubre de 2013 (R. 408/2003), 13 de enero de 2014 (R. 430/2013), y de 25 de noviembre de 2013 (R. 771/2013).

En este sentido se ha pronunciado reciente Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>268</sup>. Por su claridad se destaca la Sentencia de 4 de abril de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que tras contemplar el sistema tradicional de los despidos mediante procesos de amortización de plazas, considera hoy deben aplicarse los sistemas previstos en la actual reforma laboral. En concreto su Fundamento de Derecho Tercero lo determina con absoluta claridad; por su interés se extractan algunos de sus párrafos:

*«TERCERO.- No obstante, entendemos que esta doctrina jurisprudencial, que resuelve casos de despidos ocurridos antes del 12-2-2012, no es aplicable al supuesto de autos, en que la extinción de los contratos de trabajo de los actores se produce con efectos del 31-1-13, por tanto vigente la reforma laboral operada primero por RDL 3/2012, que introduce una Disposición Adicional 20 en el ET, y después por la Ley 3/2012, que añade un tercer párrafo a dicha Disposición Adicional 20, por cuya interpretación diversas sentencias de esta Sala, de 17-6-2013 (rec. 1971/13), 8-7-2013 (rec. 2724/13) y 4-10-2013 (rec. 3831/13), entre otras, referentes todas ellas a despidos producidos a partir de 12-2-2012, sostienen que desaparece cualquier posibilidad de adoptar decisiones extintivas -amortizar plazas ocupadas- de contratos laborales de carácter discrecional, al imponer a la Administración la obligación de acudir a los procedimientos de despido objetivo para proceder a la extinción de los contratos indefinidos no fijos. En idéntico sentido la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en Sentencia, entre otras, de 22-10-2013 (rec. 2513/13).*

*.../...*

*Por lo tanto, en nuestra opinión, a partir del 12 de febrero de 2012, la extinción de los contratos laborales por amortización de la plaza en el sector público, pasa a ser una causa legal de extinción que tiene su propio régimen jurídico en los artículos 51 y 52 del TRLET, lo que significa que la administración está obligada a seguir los procedimientos que dichos preceptos regulan, y por ende sufrir sus consecuencias si no lo hace, y que los jueces y tribunales de este orden social, no pueden acudir a ninguna otra norma para justificar una solución contraria, ni por supuesto acudir al artículo 23 CE, para aplicar la doctrina sobre la equivalencia con los contratos interinos por vacante. Pero es que si alguna duda hubiere, la Ley 3/2012, que convalidó el RD Ley citado, añadía a la DA 20.<sup>a</sup> “Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”. Lo que es tanto como precisar que la extinción de los contratos del personal laboral fijo, como el indefinido no fijo, debe seguir los postulados del despido colectivo u objetivo, aunque se le de prioridad de permanencia a los primeros sobre los segundos, cosa bastante*

---

<sup>268</sup> Entre otras, Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 4-10-2013 y Sala de lo Social del TSJ de Galicia en sentencia de 22-10-2013.

*razonable si se quiere respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

*Ahora podemos añadir a los anteriores razonamientos que dicho criterio se ha consolidado de forma definitiva a partir de la entrada en vigor del RD 1483/2012, de 29 de octubre, donde a través de sus artículos 34 al 48, regula las singularidades de los despidos colectivos en el ámbito de las administraciones públicas».*

La doctrina de los Tribunales de Justicia indicada se ha visto ratificada por un reciente Auto de Unificación de Doctrina del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 (Rec. N.º 2151/2014).

## **B2.- Sistema actual**

En la actualidad, como se ha visto, el Despido Colectivo de los empleados públicos por causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) está en vigor.

La regulación del Despido Colectivo en el Sector Público quedó expresamente establecido por primera vez, como se ha visto, en el Real Decreto-ley 3/2012, por el que se añade una Disposición Adicional al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (la Vigésima) y después por la Ley 3/2012, que añade un tercer párrafo a dicha Disposición Adicional. En ella se permite a los entes, organismos y entidades públicas aplicar la rescisión del contrato laboral del personal a su servicio por “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral”. A partir de ahora, *“estas condiciones pasan a ser causas objetivas de despido con una indemnización de 20 días por año trabajado y un máximo de 12 mensualidades. Se puede efectuar vía despido colectivo (regulado en el artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores) o individualmente (regulado en el artículo 52.c) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores)”*<sup>269</sup>.

En concreto la nueva Disposición adicional vigésima (Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público) del ET indica literalmente lo siguiente:

*“El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

---

<sup>269</sup> FEMP, Carta Local n.º 245, marzo de 2012.



*A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.*

*Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”.*

El desarrollo reglamentario de las previsiones del ET, al igual que en el caso de la suspensión del contrato, se produce por el citado Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, “por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, que completa la regulación sobre los denominados EREs y que, en la línea ya iniciada, incluye y regula de forma específica los de las administraciones y el sector público.

Concretamente regula los EREs del Sector Público el Capítulo II bajo la denominación “*Procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores*”. En concreto el artículo 35, entre otras cuestiones, contempla los siguientes aspectos en los despidos colectivos del sector público:

- 1) **Ámbito subjetivo:** Se entiende por Administraciones Públicas a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- 2) **Concurrencia de causas técnicas:** Cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate.
- 3) **Concurrencia de causas organizativas:** Cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.
- 4) **Concurrencia de causas económicas:** Cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

A los efectos de determinar la existencia de causas económicas, para los sujetos a los que se refiere el citado artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las siguientes circunstancias:

- que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y
- que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores.

A estos efectos, se tendrá en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

- 5) **Circunstancias del despido:** El despido colectivo por causas económicas (con indemnización de 20 días por año de trabajo) se podrá poner en marcha si los afectados son el 10% de los laborales de una plantilla compuesta por entre 100 y 300 trabajadores, o si el número es de 30 trabajadores en un plantilla de más de 300.

Esta regulación no ha sido pacífica y se ha producido profundas discrepancias en cuanto a su adecuación y respeto con los derechos fundamentales de los empleados del sector público, habiendo sido objeto de distintas resoluciones que han anulado distintos procedimientos por vicios procedimentales. Se llegó incluso a formular distintos Recursos de Inconstitucionalidad contra el Real Decreto 1483/2012, si bien en la reciente sentencia de 22 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional ha rechazado distintas cuestiones a él formuladas.

En fecha reciente, el 19 de mayo de 2015, el Tribunal Supremo ha estimado parcialmente un recurso contra el Reglamento<sup>270</sup>. La sentencia anula parte del artículo 35.3 del Reglamento por considerar contrario a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores la definición que hace de la insuficiencia presupuestaria que determina la existencia de causas económicas justificativas de despido colectivo. Por su interés se reproduce su Fundamento de Derecho Quinto:

*«QUINTO.- La otra cuestión de legalidad ordinaria planteada por las demandantes se refiere al art. 35.3 del Reglamento. Este precepto regula las especialidades que las causas (técnicas y económicas) justificativas del despido colectivo presentan cuando la empresa es una entidad (pública o privada) de las contempladas en el art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*La disposición final 20.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores -tal como ha quedado redactada en virtud de la disposición final 19.<sup>a</sup> de la Ley 3/2012-*

---

<sup>270</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de mayo de 2015.

establece, entre otras cosas, que concurren causas económicas para el despido colectivo en dichas entidades “cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”. Y a continuación añade: “En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”.

Por su parte, el art. 35.3 del Reglamento, en lo que aquí específicamente importa, dispone:

“A los efectos de determinar la existencia de causas económicas, para los sujetos a los que se refiere el citado artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario; y

b) Que los créditos del Departamento de transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores.

A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”.

Las demandantes tachan este desarrollo reglamentario de ultra vires, por entender que se excede de lo previsto en la norma legal desarrollada.

Pues bien, esta Sala considera que asiste la razón a las demandantes. El art. 35.3 del Reglamento introduce dos criterios bastante precisos para determinar si hay insuficiencia presupuestaria, a saber: el déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior, y la minoración de créditos en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores. Y seguramente ambos criterios pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria; es decir, situaciones en que la empresa no dispone de una previsión de ingresos suficiente para hacer frente a los servicios públicos que tiene encomendados. Ahora bien, lo que la norma legal de referencia -esto es, la actual disposición final 20.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores- configura como causa justificativa del despido colectivo no es la mera insuficiencia presupuestaria, sino la “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente”. Esta importante adjetivación está literalmente ausente en el art. 35.3 del Reglamento y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella. Más aún,

*este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo -como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal.*

*El presente recurso contencioso-administrativo debe, por ello, ser estimado en este extremo; lo que comporta la anulación del mencionado inciso del art. 35.3 del Reglamento».*

## **4.- RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES**

### **4.1.- INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO**

#### **4.1.1.- Concepto y régimen legal**

La Constitución, en su artículo 103 establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Sentado ello y como elemento necesario para el adecuado cumplimiento de los citados principios de actuación, es imprescindible la necesaria imparcialidad de los funcionarios y empleados públicos, siendo un instrumento importante para lograr la misma el establecimiento de un adecuado régimen de incompatibilidades de aquellos. Por ello, en el párrafo 3.º del mismo precepto se determina que “la Ley regulará el sistema de incompatibilidad y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos”<sup>271</sup>.

Igualmente la Constitución, para lograr un tratamiento común de estas materias en todas las Administraciones Públicas del Estado, establece en su artículo 149.1.18 CE que será el propio Estado el que tenga competencia exclusiva para ello, al indicar que la tiene “para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”.

En cumplimiento de esta reserva legal, se dictó la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de “Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, que es la normativa fundamental, que con distintas modificaciones desde su publicación, regula el régimen de incompatibilidades en la actualidad y que, a su vez, ha sido desarrollado por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre “incompatibilidades del personal al servicio de

---

<sup>271</sup> La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta línea ha dejado perfectamente claro en su sentencia 73/1997, que “las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquélla y ésta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores (Art. 103 CE)”.

la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes”. A tenor de la Disposición Final Primera, las normas contenidas en la Ley 53/1984 son bases del régimen estatutario de la función pública, si bien con ciertas excepciones<sup>272</sup>.

En el ámbito local, la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece por un lado en relación a los miembros de las corporaciones, concejales, que se encuentran sometidos a las causas de incompatibilidades establecidas por la Ley, en los artículos 75 y 76 y, en relación a los funcionarios, en el artículo 93.1 que “los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución”.

Por su parte, el artículo 145 del RDL 781/1986 dispone que: “El régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración local”<sup>273</sup>.

#### **4.1.2.- Ámbito de aplicación**

##### **4.1.2.1.- Ámbito objetivo**

Desde un punto de vista objetivo, el ejercicio de la actividad en el sector público será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado del personal al servicio de la Administración Pública o sus entes y organismos dependientes en el desempeño de su actividad, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Esta incompatibilidad desde el punto de vista objetivo se desarrolla en base a una serie de prohibiciones en relación a los siguientes aspectos recogidos esencialmente en el artículo 1.º de la Ley y desarrollados en el cuerpo de la misma. Estos aspectos son los siguientes:

1. Imposibilidad de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos de excepción previstos. Como indica el propio artículo, a los solos efectos de la Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los

---

<sup>272</sup> La Disposición Final Primera de la Ley indica que las anteriores normas de esta Ley se considerarán bases del régimen estatutario de la función pública, dictadas al amparo del artículo 149.1.18, de la Constitución, a excepción de las contenidas en los preceptos siguientes: artículo 17.1, disposición adicional quinta y disposición transitoria séptima.

<sup>273</sup> El artículo 145 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, carece del carácter básico de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 385/1993.

órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

2. Imposibilidad de percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles, salvo en los supuestos previstos en esta Ley. Entendiéndose por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional.
3. Imposibilidad de ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados<sup>274</sup>.

La Ley establece una serie de excepciones a las incompatibilidades, pues recoge una serie de actividades exceptuadas de dicho régimen. Siguiendo a Jesús Manuel Fernández-Pacheco Rodríguez y Santos Catalán Jiménez<sup>275</sup>, estas actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades son de acuerdo con el art. 12 de la Ley las siguientes:

1. Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley.

---

<sup>274</sup> En relación a las actividades privadas, el artículo 12 establece que no podrán ejercerse concretamente las siguientes:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c) El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

<sup>275</sup> Fernández-Pacheco Rodríguez, Jesús Manuel y Catalán Jiménez, Santos, artículo "Análisis normativo y jurisprudencial de la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada por personal al servicio de la administración", publicado en Foro Manchego, Revista informativa del Colegio de Abogados de Ciudad Real, 11 de abril de 2013.

2. La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tenga carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine.
3. La participación en Tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
4. La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente le correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.
5. El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
6. La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
7. La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social.
8. La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

Para el ejercicio de la segunda actividad, pública o privada, será indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad, que deberá ser solicitada por el interesado. La concesión de la compatibilidad se encuentra no solo regulada en la Ley sino que también se desarrolla ampliamente en el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, ya citado, al que nos remitimos. No obstante ello, hay que indicar que, sin ánimo de ser exhaustivos, son requisitos fundamentales para que se pueda conceder la compatibilidad los siguientes:

- a) Para el ejercicio de la segunda actividad pública será indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad, que no supondrá modificación de la jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos.
- b) Será requisito necesario para autorizar la compatibilidad de actividades públicas el que la cantidad total percibida por ambos puestos o actividades no supere la remuneración prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de Director General, ni supere la correspondiente al principal, estimada en régimen de dedicación ordinaria, incrementada en:
  - Un 30 por 100, para los funcionarios del grupo A o personal de nivel equivalente.
  - Un 35 por 100, para los funcionarios del grupo B o personal de nivel equivalente.
  - Un 40 por 100, para los funcionarios del grupo C o personal de nivel equivalente.

- Un 45 por 100, para los funcionarios del grupo D o personal equivalente.
  - Un 50 por 100, para los funcionarios del grupo E o personal equivalente.
- c) No podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se les hubiere autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las Administraciones Públicas. Además los reconocimientos de compatibilidad no podrán modificar la jornada de trabajo y horario del interesado y quedarán automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público.
- d) Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en la Ley 53/1985 como de prestación a tiempo parcial.

La competencia para la autorización de la compatibilidad es distinta en función de la Administración de que se trata. Así, la otorgará el Ministerio de Política Territorial cuando la actividad principal esté adscrita a la Administración General del Estado; para personal de los servicios periféricos de ámbito regional, los Delegados del Gobierno de las CC.AA., y si el ámbito es el municipal, los Subdelegados de Gobierno. En el supuesto de la Comunidad Autónoma, al órgano de la CC.AA. determinado en su propia normativa, y al Pleno en el caso de una Corporación Local, respectivamente, previo informe favorable del órgano competente en cada uno de los supuestos.

#### **4.1.2.2.- Ámbito subjetivo**

Las incompatibilidades de la Ley 53/1985 serán de aplicación, de acuerdo con su artículo 2.º, a todo el personal siguiente:

- a) El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos.
- b) El personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los Organismos de ellas dependientes, así como de sus Asambleas Legislativas y órganos institucionales.
- c) El personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes.
- d) El personal al servicio de Entes y Organismos públicos exceptuados de la aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.
- e) El personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel.
- f) El personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma.



- g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas.
- h) El personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100.
- i) El personal al servicio del Banco de España y de las instituciones financieras públicas.
- j) El restante personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

El régimen de incompatibilidades se aplica cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo que tenga.

## **4.2.- INCOMPATIBILIDAD DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS**

### **4.2.1.- Personal no Directivo**

Como se ha visto, el régimen de incompatibilidades según el artículo 2 de la Ley 53/1985, es aplicable al personal, cualquiera que sea su relación de empleo, que preste servicios en Empresas Públicas, con capital mayoritario perteneciente, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas.

Al igual que se ha analizado en apartados anteriores, es necesario distinguir el régimen jurídico de las incompatibilidades del personal directivo y el que no ostenta dicha condición, por cuanto tras la reforma de la LBRL operada en 2008, se establece una regulación amplia y concreta de las incompatibilidades de los directivos, no solo durante el ejercicio de su cargo, sino también una vez han cesado en el mismo.

Centrándonos en el personal no directivo, la Ley 53/1984, de régimen de incompatibilidades, le es perfectamente aplicable. En concreto, como ya indicábamos en 2006<sup>276</sup>, el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de noviembre de 1995 y de 7 de diciembre de 1987, dispone:

*“... la normativa sobre incompatibilidad constituida por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, dictada en desarrollo del art. 103.3 de la Constitución, complementada por Real Decreto de 30 de abril de 1985, que afecta no solamente al personal funcionario y al sujeto a normas administrativas o estatutarias -como alegan los recurrentes- sino también al personal laboral que realice su actividad en el sector público o en determinadas empresas públicas, concretamente en aquellas en que la participación del capital de las Administraciones Públicas exceda del 50%, como ocurre en la empresa demandada”.*

<sup>276</sup> Enrique Bueso Guirao y Manuel Zurita González, Boletín de AVS n.º 86, “Sociedades Urbanísticas (1)”, página 39, editado por AVS en julio de 2006.

Centrado ello, es necesario que se analice la extensión de la referida incompatibilidad en el ámbito local, pues ésta viene determinada además de por la “incompatibilidad funcional”, es decir, que no exista interferencia o relación entre las funciones derivadas del puesto de trabajo que soporta este régimen, y la actividad general, o asunto puntual, sobre el que se proyecta la actividad privada, por la denominada “incompatibilidad geográfica”. Puede darse como ejemplo el caso de que un arquitecto de una empresa pública municipal, que como actividad privada realice un proyecto para una empresa contratista de la Empresa Pública de la que forma parte o supervisa los proyectos desde el Ayuntamiento.

En estos casos, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, es claro; así en su artículo 9 indica que no será posible el reconocimiento de compatibilidad *“con actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa públicos a los que el interesado esté adscrito o preste sus servicios”*. Igualmente en su artículo 11 no permite el otorgamiento de la compatibilidad para el desempeño de actividades privadas, entre otros, a los *“Arquitectos, Ingenieros y otros titulados, respecto de las actividades que correspondan al título profesional que posean y cuya realización esté sometida a autorización, licencia, permiso, ayuda financiera o control del departamento, organismo, ente o empresa en que estén destinados o al que estén adscritos”*.

Igualmente, como se ha apuntado, se establece la llamada “incompatibilidad geográfica”, especialmente en el ámbito local, pues la compatibilidad para poder ser declarada tiene otra limitación que es el ámbito geográfico o territorial. Un empleado municipal o de una sociedad municipal no puede realizar estas actividades concurrenciales en el término municipal del Ayuntamiento del que dependen. Igualmente puede referirse dicha limitación al de actuación del departamento u organismo de que se trate, en ámbito provincial o de la comunidad autónoma. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 1986 y de 19 de noviembre de 1980, entre otras.

Además de la limitación geográfica, la Ley 53/1985 dejó otro aspecto complejo respecto de dicha compatibilidad para la actividad privada, cual es la derivada de la regulación del artículo 16, que impide la misma en su apartado primero respecto al personal que perciba complementos específicos, o conceptos equiparables, a excepción de aquellos cuya cuantía no supere el 30 por ciento de su retribución básica. La dificultad se encuentra en la pluralidad de conceptos retributivos de carácter complementario, que en la mayoría de los casos no afectan al previsto en el artículo 16, aun cuando en la propia nómina se encuentran mal identificados por aquello de utilizar formatos tipo al confeccionar la propia nómina, lo que para cada supuesto deberá ser revisado e informado puntualmente por cada empresa.

#### **4.2.2.- Personal Directivo**

##### **4.2.2.1.- Planteamiento inicial**

La Ley 8/2007, de Suelo, modifica de manera amplia el Régimen de Incompatibilidades y por primera vez hace extensivo el régimen de incompatibilidades de los empleados de las Sociedades Públicas a sus directivos en los términos derivados en la Ley 53/1984. En su Disposición Adicional Novena, que con el mismo número y contenido se repite en su Texto Refundido de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), modifica distintos aspectos de la LBRL para introducir en relación al régimen de incompatibilidades las siguientes novedades:

- a) Modificación del artículo 75.7, regulando con precisión las declaraciones sobre causas de incompatibilidad, actividades, bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades (apartado 3.º).
- b) Inclusión de un nuevo apartado 8 en el artículo 75, que introduce la extensión durante dos años de las incompatibilidades de los directivos locales (apartado 4.º).
- c) Inclusión de una nueva Disposición adicional Decimoquinta (DA 15.ª), «Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales», que extiende la aplicación de la Ley 53/1984 a los directivos locales (apartado 3.º).

Analizaremos estos aspectos relacionándolos, si bien no en el orden de la Disposición, sino empezando por el último de los apartados.

#### **4.2.2.2.- Inclusión de los directivos en el régimen de incompatibilidades**

En primer lugar, hay que indicar que así como el personal laboral y no directivo de las sociedades públicas se encontraba sujeto al régimen de incompatibilidades como se ha analizado anteriormente, el personal directivo no lo estaba. Esta omisión ha sido subsanada por la introducción en la LBRL de una nueva Disposición Adicional, la decimoquinta, que con el título de *“Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales”*, determina en el primero de sus párrafos y como punto de partida que: *“Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación”*.

Definiendo seguidamente y a los efectos de la norma que tendrán la consideración de personal directivo *“los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales”*.

En relación a la consideración del personal directivo es necesario determinar, en primer lugar, si son considerados o no como tales directivos los que lo son de las empresas públicas. En principio todo parece así indicarlo, pues si los no directivos de las sociedades sí lo están, razonable es pensar que se ha subsanado la omisión y lógicamente se les aplica. El problema es que la definición (“órganos”) no está suficientemente clara y poco habría costado que se incluyera expresamente a los entes instrumentales del sector público local, pudiendo producirse en algún momento una sentencia o resolución que determine lo contrario ante la falta de precisión de la norma.

Por otro lado, hay que precisar la extensión subjetiva o determinación del alcance de la expresión “*Titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior*”. Ante ello, consideramos que se refiere al concepto de directivo que se ha analizado detalladamente en el apartado 3.1.3 (Tipología actual), si bien refiriéndose exclusivamente a los que ejercen actividades de autonomía y responsabilidad o ejecutivas.

Así, se encuentran excluidos y no se aplicará a los miembros de los Órganos de Gobierno que no ejercitan dichas actividades de dirección con cierto carácter de autonomía y responsabilidad o ejecutivas, como son los concejales que forman parte de la Junta General y/o Consejo de Administración, los consejeros que, además de no tener dichas actividades, no reúnen el citado carácter político de concejal, como funcionarios o profesionales que han sido nombrados consejeros.

Por el contrario, es perfectamente claro y sí se aplicará el régimen de incompatibilidades a aquellos que ejercitan dichas actividades de autonomía y responsabilidad o ejecutivas, como los integrantes de los órganos de gobierno (Presidentes y Secretarios ejecutivos y consejeros delegados) y administradores en ausencia de Consejo de Administración, cuyas funciones ya se han analizado.

Surge la duda de si a los Gerentes de las sociedades, vinculados por Contratos de Alta Dirección, les es aplicable la incompatibilidad; en relación a ellos, parece que sí se les deba de aplicar por cuanto ejercitan labores de dirección (como de “Alta dirección” se suele tipificar su relación). Además de ello, el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, en relación a los directivos del Sector Público Estatal, distingue, como ya se ha analizado, entre máximos responsables administradores o que forman parte del Consejo de Administración y el resto de máximos responsables y los directivos, que estarán vinculados profesionalmente por un Contrato de Alta Dirección, como los gerentes.

Este carácter de directivo queda más claro si cabe en los supuestos de que en los estatutos sociales se haya definido la Gerencia como órgano de “*dirección y administración de la Empresa*” siguiendo el RSCL.

No obstante ello, es un tema que no está totalmente claro y definido, por lo que puede dar lugar a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales contradictorias.

### 4.2.2.3.- Obligaciones formales del directivo

La nueva regulación introducida por la reforma de 2008, establece en el párrafo 2.º de la DA 15.<sup>a</sup>, que:

*“El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman”.*

Centrándonos en el personal directivo de nuestras sociedades, éste debe cumplir las obligaciones formales establecidas en el citado 75.7, que sintéticamente son las siguientes:

**a) Obligación de formular distintas declaraciones:** Los directivos deben de formular las siguientes:

- Declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.
- Declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los Impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

**b) Tiempo y Forma:** Se efectuarán en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.

**c) Publicidad:** Serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal y se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público:

- La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local.
- La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto.

No obstante ello, se prevén excepciones cuando resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional; podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales

declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo.

En las Sociedades Públicas, de acuerdo con el artículo 229 de del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es necesario que nuevos consejeros comuniquen a la sociedad la situación de conflicto de intereses.

Estas declaraciones son muy interesantes a los aspectos que se analizan de las incompatibilidades, pues en ellas se puede obtener mucha información que determine la existencia de incompatibilidades de los consejeros, sino también a efectos de la posible concurrencia con la sociedad.

En concreto, en dicha comunicación los nuevos consejeros ponen en conocimiento el Consejo de Administración:

1. Cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.
2. La participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Para dichas declaraciones se suele firmar unos formularios estandarizados de declaración para el caso de que existan o no los conflictos de intereses indicados. Dichos documentos cumplimentados por los consejeros en su toma de posición del cargo ante el consejo, indicando la situación o no de conflicto de intereses o de participación en actividades concurrentes, deben de quedar en poder de la sociedad.

#### **4.2.2.4.- Incompatibilidades posteriores al cese**

Otra de las novedades en relación con los Directivos del Sector Público Local es que, al igual que ya se le imponía a los del Estatal, sus incompatibilidades de extienden más allá del ejercicio de su cargo, encontrándose sometido a ellas en un período inmediatamente posterior al cese.

El nuevo régimen de extensión temporal de las incompatibilidades tras el cese se introduce igualmente en la Disposición Adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley de Suelo y su Texto Refundido en dos apartados distintos:

En primer lugar, en el n.º 4 con la inclusión de un nuevo apartado 8 en el artículo 75:

*«8. Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este*

*artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.*

*A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese período para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades».*

En segundo lugar, reiterando la aplicación de esta extensión, con la inclusión en la nueva DA 15.<sup>a</sup> la siguiente precisión en relación al régimen del personal Directivo: *“No obstante, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado<sup>277</sup>, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley”.*

---

<sup>277</sup> El citado artículo: “Artículo 8. Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.

1. Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado.

A estos efectos se considera que existe relación directa cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

a) Que los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades.

b) Que hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades.

2. Los altos cargos, regulados por esta Ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas, a las cuales quisieran reincorporarse, no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.

3. Durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo, no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por 100 contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas.

4. Las personas que hubiesen desempeñado alguno de los altos cargos comprendidos en el artículo 3 deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo, ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 15, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. En el plazo de un mes la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios.

5. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiera desempeñar una persona que hubiera ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad a la que fuera a prestar sus servicios, que formularán las alegaciones que tengan por convenientes. Analizadas las alegaciones, la Oficina propondrá la resolución que proceda.

Precisando lo indicado se puede concluir que el régimen de extensión temporal de la incompatibilidad del Directivo se entenderá determinado por los siguientes elementos definidores:

- a) Se encuentra referido al ámbito geográfico territorial de su competencia, es decir, el municipal, provincial u autonómico al que se circunscribía la actividad de la entidad en que desempeñaba el cargo.
- b) Se refiere a la imposibilidad de prestar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado, con las precisiones del artículo 8 de la Ley 5/2006.
- c) Se prevé la fijación de una compensación económica durante ese período, conforme el artículo 75.8 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. No obstante ello, esto parece ser contrario o, cuanto menos, no encajar mucho con las limitaciones establecidas en relación a las indemnizaciones en caso de despido de los altos cargos ya analizadas, pudiendo llegar a ser consideradas estas compensaciones como cláusulas de blindaje.

---

6. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, aquellos que reingresen a la función pública y presten servicios retribuidos mediante honorarios, arancel o cualquier otra forma de contraprestación económica a personas físicas o jurídicas de carácter privado, se inhibirán en todas aquellas actuaciones privadas que guarden relación con las competencias del alto cargo ejercido”.



## **CAPÍTULO X.- ARTICULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD CON SU ADMINISTRACIÓN TITULAR (ENCARGO DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS Y ENCOMIENDA DE GESTIÓN) Y CON TERCEROS (RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN). ANÁLISIS DE DISFUNCIONES**

### **1.- PLANTEAMIENTO: RELACIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD**

Las sociedades públicas, en general, y las urbanísticas, en particular, pueden desarrollar una amplísima actividad y en distintos ámbitos lo que da lugar a una multitud de relaciones jurídicas. Existe una distinción primaria en dichas relaciones que las distingue entre aquellas denominadas internas o “ad intra”, las que mantiene con su administración matriz o titular y por otro, las denominadas por contraposición externas o “ad extra”, que son las que mantiene con terceros.

La relación con su administración titular ha planteado muchas dudas y distintas interpretaciones en orden a determinar cómo se configura y qué elementos determinan su contenido y los efectos de las mismas. Así se utilizan diversos instrumentos o figuras jurídicas para ello, bien mediante la consideración de la sociedad como un modo de gestión directa de un servicio público, que se configura en su concreto objeto social, bien mediante la encomienda, mandato o encargo de gestión, etc. Estos instrumentos jurídicos no siempre tienen una denominación unívoca en la normativa o la doctrina, sino que su concepto no se encuentra totalmente definido, lo que da lugar a que se utilizan para fines distintos de los previstos y sin conocimiento cierto de su contenido y efectos.

En segundo lugar, en la actuación frente a terceros, en ejecución de su objeto social y de la actividad que le es propia o encomendada, se establecen multiplicidad de relaciones, unas de ellas sometidas esencialmente al Derecho privado, como las laborales o patrimoniales, otras sometidas al Derecho público, en mayor o menor medida, como las relativas a la contratación pública.

Estas relaciones internas y externas, con carácter previo, es necesario que se definan y clarifiquen, para evitar los problemas apuntados al no haberse utilizado la misma terminología para determinarla por la Doctrina, el Derecho Europeo o la Normativa Española.

#### **a) Relación administración/sociedad pública**

Se considera generalmente como una relación instrumental, pues se parte del hecho de que las relaciones que se producen son entre una administración y un ente instrumental (o medio propio como actualmente se le denomina) que forma parte de la misma, de exclusiva propiedad pública (al pertenecer a la

administración la totalidad del capital) y del que se vale para realizar sus finalidades, objetivos y prestar sus servicios en el ejercicio de sus competencias. Estas relaciones con las precisiones que se analizarán se encuentran excluidas de la normativa contractual al ser relaciones instrumentales o como se denominan actualmente de acuerdo con el Derecho europeo relaciones “in house”.

Estas relaciones internas y su exclusión de la normativa contractual la ha dejado perfectamente clara, zanjando así distintas posturas doctrinales, el Tribunal de Cuentas, recientemente, en el informe 1003<sup>278</sup>, **(Se adjunta como ANEXO número 3)** tras precisar que no siempre la administración acude al mercado o a terceros proveedores o contratista para proveerse de bienes, servicios o gestionar los mismos sino que utilizan medios propios internos con personalidad jurídica diferenciada integrados dentro de su estructura. En estos casos, cuando la Administración acude a sus medios o servicios propios con personalidad, como las sociedades, o sin personalidad, indica que: *“la diferencia con el contrato es manifiesta. Y lo ha sido siempre: La ejecución de obras, fabricación de bienes y ejecución de servicios por sí, aun recurriendo a la colaboración de empresarios particulares, ha quedado tradicionalmente al margen de la normativa contractual, aunque el supuesto se haya regulado dentro de la legislación sobre contratos”*. Insistiendo que *“las relaciones que derivan de los actos administrativos mediante los que se confiere encargos de ejecución a estos medios son relaciones internas, no contractuales. Tan obvia es la exclusión que el artículo 4 de la LCSP (hoy TRLCSP) ni siquiera la relaciona entre los negocios jurídicos excluidos”*.

Pero no solo el propio Tribunal de Cuentas precisa esta cuestión sino que también el TSJCE, ya en la sentencia de 12 de julio de 2001, la famosa sentencia sobre el “proyecto Scala 2000” indicaba que si la *“Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades, no hay razón para aplicar la directiva citada (Directiva 93/2037) porque no se está actuando mediante contratación con terceros, sino utilizando entes instrumentales propios”*. Más recientemente en sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) afirma que *“Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública”*.

Las relaciones internas, instrumentales o “in house” se configuran desde un doble plano, bien como actividad propia o habitual, bien como actividad excepcional o encomendada.

---

<sup>278</sup> Informe n.º 1.003, sobre “Fiscalización de la Utilización de la Encomienda de Gestión regulada en la Legislación de contratación pública por ministerios, agencias y organismos autónomas del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012”, páginas 16 y 17 (ANEXO 3).

En el primero de esos planos, como actividad propia o habitual tienen su origen en el hecho de que la sociedad instrumental se configura como un modo de gestión directa de los servicios o actividades económicas de interés público. En estos casos con su creación la administración local, en su potestad de autoorganización, establece que la gestión de determinados servicios públicos o el desarrollo de ciertas actividades se van a prestar y realizar de forma ordinaria y habitual mediante dicha sociedad. En este supuesto la actividad que realiza la sociedad ejercitando una competencia o ejercitando actuaciones económicas es una actividad propia, pues es la que dentro de la organización municipal la tiene designada y concretada en el objeto social de la misma y que quedó definida y justificada en el expediente administrativo realizado para su constitución. El caso que se analiza, el ejercicio de las competencias y actividades relativas al urbanismo y vivienda se realiza mediante la propia actividad de una sociedad urbanística.

Este supuesto se contempla en el artículo 8.2 del TRLCSP que tras definir el contrato de gestión de servicios públicos, considera que siendo una modalidad de gestión directa de servicios, las relaciones entre la administración y su sociedad se excluyen de la normativa de contratación pública, al indicar que *“las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se (...) atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*.

Esta forma de actuación de la sociedad y su concreto alcance queda perfectamente determinado, como se ha indicado, en el procedimiento administrativo de constitución, el tradicional expediente de municipalización o provincialización. En éste se justifica en la denominada memoria los parámetros económicos y de sostenibilidad económico-financieros, los técnicos y jurídicos que definen su actividad y que se concretan en el objeto social establecido en sus estatutos, así como la conveniencia y oportunidad de la utilización de esta forma de gestión por ser más eficiente que otras. Se trata por lo tanto de la creación de un instrumento cuya finalidad es la gestión directa y habitual de determinados servicios públicos. Como se ha visto, el Tribunal de Cuentas considera que su exclusión de las normas de contratación pública es tan obvia, que fuera de esta previsión en el artículo 8, el TRLCSP no ha considerado que fuera necesario incluirla dentro de los negocios jurídicos y relaciones expresamente relacionados en el artículo 4.º.

En el segundo de los planos, la sociedad además de la actividad habitual y propia realiza una actividad que se puede denominar como “encomendada”. Se produce ésta cuando la administración utiliza esta empresa que le es propia para realización de prestaciones no habituales, sino concretas y determinadas. Así la normativa permite que la administración encargue de forma específica a sus medios propios o instrumentales las denominadas por unos autores encomiendas de gestión o por otros, mandatos de gestión. En paralelo al artículo 8, para el primero de los supuestos, el artículo 41.n) del TRLCSP, reconoce esta posibilidad al excluir igualmente de su ámbito de regulación: *“los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo*

*señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación...*”.

Tanto en uno u otro supuesto se analizará con detalle posteriormente.

## **b) Relación sociedad pública/terceros**

Se denomina a este tipo como “relaciones de colaboración entre el sector público y el privado” distinguiendo las que se denominan institucionales de las que no tienen este carácter, denominadas contractuales.

Las relaciones de colaboración institucionales, los denominados por la Unión Europea Partenariados Públicos-Privados Institucionales (PPPI) o Colaboración Publico Privada Institucional (CPPI) en el derecho español, no son sino aquellos supuestos en los que se crea una figura con personalidad jurídica independiente. En ellas destacan las tradicionalmente llamadas “sociedades mixtas”, aquellas en la que, aunque sea pequeña, existe participación del sector/capital privado. En este supuesto, las relaciones no se encuentran excluidas de la normativa de mercado interior y, para su constitución y el encargo de actuaciones o contratos, la administración viene obligada a cumplir los criterios de la normativa de contratación, como ha dejado muy clara la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008 relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada<sup>279</sup>.

Las relaciones de colaboración no institucionalizadas o “contractuales” son las más habituales y dan lugar a los distintos supuestos de contratos referidos en la normativa de Contratos de Sector Público (obras, servicios, suministros, concesiones de obra pública, etc.) de entre los que se puede destacar por la coincidencia de denominaciones y porque pudiera dar lugar a errores de interpretación, el contrato específico de “colaboración entre el sector público y privado”<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> El tema de los partenariados público-privados institucionales (PPPI) o sociedades mixtas, se analizarán con detalle en el capítulo XII del presente estudio.

<sup>280</sup> En relación al contrato específico de colaboración entre el sector público y privado, el artículo 11 del TRLCSP indica en su párrafo 1.º que:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

Estas últimas relaciones contractuales cuando se lleven a cabo por sociedades públicas, en general, se encuentran sometidas a las reglas impuestas por la normativa de contratación pública y mercado interior si bien con distinto alcance en función de sus cuantías o tipología de los contratos, que determinan un doble régimen en función de que se trate de contratos sometidos a legislación armonizada (contratos SARA), se les aplica de forma amplia la legislación contractual, o de forma más laxa si se trata de contratos no sometidos a legislación armonizada (No SARA).

En el presente capítulo analizaremos todas estas relaciones, internas y externas, sin ánimo de elaboración de teorías o grandes pretensiones doctrinales, pero con el objeto de dejar clara la distinción de las distintas relaciones, los supuestos específicos de cada una de las mismas, estableciendo criterios y recomendaciones para la actuación de los entes instrumentales.

## **2.- RELACIONES INTERNAS: ADMINISTRACIÓN LOCAL/EMPRESA URBANÍSTICA**

### **2.1.- LAS RELACIONES DOMÉSTICAS O “IN HOUSE”**

#### **2.1.1.- Concepto y elementos**

Las relaciones domésticas, internas o “in house” como las denomina la doctrina anglosajona y cuya denominación ha causado estado en el derecho comunitario, no son sino las relaciones que hemos denominado instrumentales y que se producen entre una administración y un ente instrumental o medio propio que forma parte de la organización y estructura de la misma.

José Pernás<sup>281</sup>, concretando su concepto indica que la Administración pública española ha desarrollado de modo creciente fórmulas de gestión a través de personificaciones jurídico públicas (organismos autónomos, entes públicos empresariales, agencias estatales) o privadas (sociedades mercantiles, fundaciones); en la búsqueda de mayor flexibilidad y eficacia ha utilizado estos entes instrumentales para llevar a cabo los fines públicos que tienen encomendados mediante la realización de encargos directos, lo que se ha venido denominando como encargos a medios propios o “in house”. Afirmando que el término más apropiado para la misma es el de “relación in house”, como hace gran parte de la doctrina, pues los encargos domésticos no corresponden con la naturaleza bilateral de aquélla. Compartiendo este criterio, es esta la denominación que se seguirá en la siguiente exposición.

El concepto de “relación in house”, que ha sido delimitado por la doctrina del TJCE vía jurisprudencia es muy amplio, pues siguiendo al citado autor, puede incluirse en el mismo un variado contenido, tanto las prestaciones de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas a una entidad del

---

<sup>281</sup> PERNÁS GARCÍA (2009), páginas 230 y 231.

sector público -normalmente una administración territorial- por sus propios servicios o entidades en relación de dependencia. Estas relaciones admiten un doble ámbito y se distingue entre:

- a) **Relaciones internas o “in house” en sentido estricto:** En aquellos supuestos en que las actuaciones se realizan por los propios servicios internos de la propia administración o entes de la misma sin personalidad jurídica propia.
- b) **Relaciones cuasi-internas o “in house” en sentido amplio:** Se produce cuando la gestión del servicio o realización de la obra o servicio se lleva a cabo por un ente instrumental dotado de personalidad jurídica propia pero con pertenencia a la administración que lo ha creado dotándole de las facultades para la realización del mismo. Es el denominado, como se ha indicado, “medio propio”. Se produce en los casos en los que dicha gestión se realiza por Organismos autónomos, entidades empresariales locales o sociedades públicas instrumentales.

El Tribunal de Cuentas, recientemente, en el citado informe 1003<sup>282</sup> indica en cuanto a las relaciones entre el Ayuntamiento y su sociedad que: *«Se trata de una situación cada vez más frecuente como consecuencia de las tendencias al sometimiento a derecho privado de la gestión pública, hoy imperantes que se manifiestan no solo en pasar a manos privadas la prestación de ciertos servicios públicos, sino en crear entes con personalidad jurídica propia, que se rigen por el derecho privado, pero que revisten carácter instrumental respecto de la Administración que las crea, para realizar funciones propias de éstas. De acuerdo con la doctrina in house privinding el encargo o encomienda efectuado a estos entes no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización y las relaciones que se originan con dichos entes pueden calificarse, si no de relaciones internas, sí de relaciones cuasi internas, que no llegan a ser contractuales por cuanto, aunque no forman parte de la estructura administrativa del ente que acuerda el encargo, están bajo su dependencia funcional.*

*Pese a su personalidad jurídica diferenciada existe una única voluntad decisoria, la de la Administración matriz, que ordena la realización de la actividad. Consecuentemente puede apreciarse que existen dos tipos de encargos a medios propios: los que originan las expresadas relaciones internas, y los que dan lugar a las relaciones cuasi internas o “contratos domésticos”, “encargos a medios propios instrumentales”, “autocontratación”, o “encomiendas de gestión”, que fue la denominación utilizada en su regulación inicial por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, aunque sin ofrecer una definición de la misma.*

*En el encargo a entes instrumentales, al estar dotados de personalidad jurídica propia, la frontera con el contrato es más compleja que cuando los medios*

---

<sup>282</sup> Tribunal de Cuentas, Informe n.º 1.003, antes indicado (ANEXO N.º 3), páginas 16 y 17.

*carecen de personalidad y existe el riesgo de infringir las reglas de la competencia. Debe conjugarse de una parte la libre competencia y, de otra, la libertad organizativa de las Administraciones nacionales».*

En estos casos de relaciones internas, Miguel Ángel Bernat Blay afirma que ha sido perfectamente reconocido por la Jurisprudencia del TJCE que una autoridad pública que sea a la vez entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo (incluidos los instrumentales como sus sociedades) sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. El fundamento para admitir este tipo de prácticas reside en la consideración de que el vínculo existente entre la administración y sus órganos o medios propios *“no obedece a la lógica contractual, sino al ejercicio de la potestad de autoorganización del poder adjudicador. De esta manera, el ente que recibe el encargo de ejecutar la prestación es considerado como una “longa manus” del poder adjudicador, y el hecho de que ambos sujetos ostenten personalidad jurídica diferenciada para nada altera este análisis, pues la diferenciación juega únicamente en el plano formal”*<sup>283</sup>.

O como indica Jesús Colás, *“nos encontramos ante supuestos en los que la Administración se sirve de un aparato instrumental para proveer obras públicas, suministros, o para prestar servicios, de manera que la dependencia funcional que el proveedor o prestador presenta respecto de la Administración debe llevarnos a entender que la relación que se establece entre ambos obedece, más que a la lógica contractual, a una decisión de tipo organizativo de la Administración. Debe entenderse, por tanto, que las sociedades públicas, o cualesquiera otras formas de personificación, son simples opciones de organización, y que el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es solo a efectos instrumentales o auxiliares, pero que en modo alguno pueden ostentar la consideración de terceros respecto de esa misma Administración”*<sup>284</sup>.

Habiendo precisado el concepto, esencia y las clases de las relaciones “in house”, es necesario determinar los elementos constitutivos de la misma de acuerdo con la Jurisprudencia del TJCE y de los distintos tribunales españoles, así como las resoluciones que se han dictado por órganos consultivos. Debiéndose establecer, a los efectos del presente estudio, una distinción esencial entre los elementos objetivos y los subjetivos.

Por elementos objetivos se considerarán los distintos tipos de relaciones amparadas en estas relaciones que van desde la utilización de medios dentro de su propia esfera interna, sin personalidad jurídica y de aquellos otros supuestos en los que recurre a medios externos a la misma pero dependientes y que gozan de una personalidad jurídica propia. Es la denominada relación instrumental.

---

<sup>283</sup> BERNAL BLAY (2008). Es de destacar la precisión que el citado autor realiza en relación a la determinación de régimen jurídico de las relaciones “in house”, pues se encuentra establecido en las resoluciones jurisprudenciales del TJCE y no en las directivas de contratación, como algunos autores pretenden.

<sup>284</sup> COLÁS TENAS (2009).

El elemento subjetivo es esencialmente el ente con personalidad jurídica distinta que debe reunir una serie de cualidades jurídicas, económicas o estructurales para que sea considerado como “medio propio o servicio técnico” del poder adjudicador.

Se determinará el contenido y requisitos de dichos elementos en los siguientes apartados.

## **2.1.2.- Elemento objetivo: Relación instrumental**

### **2.1.2.1.- Tipos de relaciones**

Hay que tener en cuenta el hecho indicado de que la actuación de la administración para gestionar o prestar los servicios de su competencia es muy variada pero partiendo de una distinción esencial, ya indicada, entre aquellos supuesto que utiliza medios dentro de su propia esfera, con o sin personalidad propia (gestión directa), de aquellos otros supuestos en los que recurre a medios externos a la misma con personalidad propia (gestión indirecta).

En el supuesto de la utilización de medios dentro de su propia esfera son muy variadas, como se ha visto, y se pueden distinguir entre las relaciones internas o “*in house en sentido estricto*”, cuando las actuaciones se realizan por los propios servicios internos o entes sin personalidad jurídica propia y las cuasi-internas o “*in house en sentido amplio*” cuando la gestión del servicio o realización de la obra o servicio se lleva a cabo por un ente instrumental dotado de personalidad jurídica de titularidad plena de la administración.

En estos supuestos de relaciones internas (o cuasi internas) como indica Fernando García Rubio, el negocio jurídico eximido de la aplicación de la LCSP es cualquiera siempre que se efectúe el encargo a un medio propio y servicio técnico. “*La concurrencia del encargo y las condiciones subjetivas de la empresa receptora del mismo son los datos determinantes de la exclusión*” siendo “*irrelevante en opinión de Llidó Silvestre, a esos efectos, el instrumento que se emplee para efectuar el encargo, por más que el art. 24.6 de la LCSP siga haciendo referencia, de entre todos los negocios jurídicos posibles, a la encomienda de gestión*”<sup>285</sup>.

Aun cuando recientemente muchos autores se refieren exclusivamente a la figura de encomienda de gestión, pueden utilizarse distintas figuras y la utilización de una u otra forma es decisión de la propia administración en virtud de su facultad de autoorganización, pero siempre esa decisión debe de tener una adecuada justificación.

A los efectos del presente estudio de mayor a menor dependencia e integración en la administración titular de la competencia que se desarrolla, se pueden establecer los siguientes supuestos: Por un lado la ejecución por servicios internos de la propia administración sin personalidad independiente, por otro, la

---

<sup>285</sup> GARCÍA RUBIO, 2010.



ejecución mediante encargo a un medio propio con personalidad independiente que admite los dos supuestos ya indicados, la gestión directa habitual mediante el encargo de gestión de servicios público como forma de gestión directa ser servicio y el encargo excepcional o específico, dando lugar a la encomienda de gestión. Hay que indicar, no obstante ello, que la relación instrumental solamente se produce en los casos de encomienda y de prestación del servicio por sociedad pública, si bien se analiza el supuesto de ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la administración por cuanto que es necesario su precisión para el posterior estudio que se realizará en relación a los límites de la encomienda al pretender, por algún sector doctrinal la aplicación a ésta de los límites de aquél.

Analizaremos los distintos tipos ordenados en función de la mayor o menor dependencia de la administración.

### **A) Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración**

Se regula en el artículo 24 números 1 a 4 del TRLCSP que permite que la ejecución de obras, la fabricación de bienes y la ejecución de servicios se realice por la propia Administración, ya sea empleando exclusivamente elementos propios o con la colaboración de empresarios particulares, siempre que el importe de la obras sea inferior a 5.186.000 euros y que concurren determinadas circunstancias que se determinan en el apartado primero.

Las circunstancias son, esencialmente, bien que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución, bien que la propia administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma, bien que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada, bien se trate de un supuesto de emergencia o en algún supuesto más recogido en dicho párrafo 1.º del artículo 24 al que nos remitimos.

En relación a estas actuaciones por la propia administración, en el supuesto de acudir a empresarios particulares, se han calificado como supuestos de contratos administrativos especiales distintos de los típicos contratos de obras, servicios o suministros.

En la mayor parte de estos casos la contratación con colaboradores privados no podrá sobrepasar el 50% del importe total del proyecto. Esta limitación tiene un claro sentido, si se sobrepasa ya no se está ejecutando materialmente por la propia administración, pues la mayor parte del mismo se realiza por un colaborador/contratista privado.

Existe un problema destacado por la Doctrina y que ha dado lugar a ciertas interpretaciones que, de acuerdo con el criterio legal y de distintos sectores

doctrinales con los que coincidimos, no es apropiado. El problema que se deja apuntado y que luego se analizará con detalle, es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP, no solo de la “ejecución por Administración” (párrafos 1.º a 5.º), sino también las “encomiendas de gestión” (párrafo 6.º) que son supuestos distintos, por cuando uno, el primero de ellos, se refiere a actuaciones por parte de departamentos propios de la administración (con o sin colaboración de particulares) que es el supuesto que se está analizando y, el segundo, a encargos concretos y determinados a entes instrumentales o medios propios con personalidad jurídica propia e independiente de la administración.

El resultado de esta regulación meramente formal conjunta, aun cuando ya se apuntó el problema en su tramitación en sede parlamentaria, es que, confundiendo ambas figuras, se pretenden aplicar parte del régimen jurídico del primero de los supuestos a las encomiendas de gestión, especialmente las limitaciones en cuanto a porcentaje de ejecución, que como se analizará posteriormente es una errónea interpretación, pero que ha causado estado, dando lugar a su inclusión en normativas autonómicas como en Navarra.

## **B) Encomiendas de Gestión**

Supuesto distinto del caso anterior es el de la encomienda de gestión, término actualmente equívoco, que en realidad se está utilizando para referirse a distintos supuestos con régimen jurídico y efectos muy distintos. Por un lado los encargos de ejecución o encomiendas a medios propios amparados en la normativa de contratación pública, actualmente los artículos 4.1.n) y 24.6, por otro la encomienda de gestión del artículo 14 de la ley 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC). Por último también erróneamente se pretende la utilización de esta figura a los encargos de gestión en el supuesto de gestión directa mediante sociedades íntegramente públicas, amparado en el artículo 8.2 del TRLCSP. Apuntado ello, analizaremos en este apartado exclusivamente la prevista en la normativa contractual, por las limitaciones que la legislación procedimental presenta en relación a que el sujeto encomendado sea una persona sometida en su actuación al Derecho privado, aun cuando exista polémica en la Doctrina.

Centrándonos en la primera de ellas, la encomienda regulada en el TRLCSP ha quedado perfectamente sentada la posibilidad de que la administración encargue a su sociedad una “determinada prestación” y su expresa exclusión de dicho encargo de la normativa contractual pública cuando se trate de una sociedad instrumental cuyo único accionista es la administración.

En el Texto Refundido de la Ley, están excluidos de la aplicación de la misma de acuerdo con el artículo 5 en su letra “n”:

*“n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”.*

Aun cuando se excluye de la aplicación del TRLCSP, éste establece una serie de requisitos y elementos determinantes de esta relación en el artículo 44.6, que posteriormente se analizará.

Como se ha adelantado, esta actividad a un medio propio es distinta de la habitual y propia, siendo denominada específicamente como actividad “encomendada” con el objeto de realización de prestaciones concretas y determinadas para su administración titular. Igualmente hay que dejar claro que la exclusión de la aplicación de la normativa contractual de la relación de la sociedad con su administración matriz no excluye la vinculación a dicha normativa de las posteriores actuaciones y contrataciones de la sociedad si éstas se encuentran dentro del ámbito de actuación de aquélla.

En este sentido, en citado artículo 4 del TRLCSP en su guarismo “n” tras indicar lo anteriormente traspuesto es claro al indicar que *“los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”*.

Posteriormente se analizará con detalle la encomienda de gestión de la normativa contractual, sus requisitos y características y su distinción con la encomienda de la legislación de procedimiento administrativo.

### **C) Gestión Directa mediante Empresa Pública**

El tercero de los supuestos de la relación es aquel en el que la actividad económica o la gestión del servicio o se realiza de forma directa mediante el empleo de una sociedad pública instrumental constituida para ello, amparada, como se ha visto, en la normativa general de Administración Local o en la sectorial como la urbanística o de vivienda.

En estos supuestos en los que se actúa mediante un ente instrumental o medio propio, la relación interna entre ésta y su administración titular es ajena igualmente a la normativa contractual pública en base a la expresa exclusión del artículo 8.2 del TRLCSP, como se ha visto.

El supuesto lo analiza el Informe 17/2012, de 30 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente), en el que en un supuesto de Prestación del servicio de Televisión Pública Digital de ámbito local, analiza los encargos de gestión a medios propios y servicios técnicos de acuerdo con el artículo 8 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011). En concreto indica que la relación jurídica por la cual un consorcio encarga la prestación del servicio público de comunicación

audiovisual de ámbito local a una sociedad municipal queda excluida del ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, si esta sociedad tiene la condición de medio propio o servicio técnico del consorcio mencionado y, en este caso, la relación jurídica entre ambas entidades se vehicula mediante un encargo de gestión.

A diferencia de las anteriores, esta relación excluida no se regula en el TRLCSP que, como se ha visto, se limita a considerarla una forma de prestación del servicio público que, en el caso de las sociedades urbanísticas locales, se regirá por la LBRL y la normativa sectorial que ya se ha analizado.

Al igual que en el supuesto anterior las actuaciones posteriores de la sociedad en materia de contratación sí se encuentran sometidas al Texto Refundido con un régimen distinto en función de que se trate de contratos sometidos a legislación armonizada o no, en base a lo prevenido en los art. 177, 189 a 193 y concordantes del citado texto, como posteriormente se analizará en detalle.

Se distinguirá estos dos últimos supuestos en el siguiente apartado.

### **2.1.2.2.- La gestión directa del servicio versus la encomienda de gestión**

#### **A) Planteamiento**

El término de “encomiendo de gestión” como se ha visto es equivoco, pues se suele utilizar indistintamente para distintas relaciones de naturaleza, contenido y efectos muy distintos entre las administraciones y los entes instrumentales propios o ajenos. Nos centraremos en los supuestos anteriormente vistos contraponiendo los encargos a medios propios, bien en el ámbito de la habitual gestión directa del servicio público (encargo de gestión) y la encomienda de gestión propiamente dicha, que, como se ha indicado, se confunden.

El origen de este error conceptual, entendemos, está en la búsqueda de una justificación legal a la lógica exclusión de la normativa de contratación pública de las relaciones instrumentales entre una administración y su ente instrumental o medio propio. Así se acude a la fórmula de la “encomienda de gestión” regulada en el artículo 4 “n” del TRLCSP por ser la más evidente y ser, en realidad, la única que de forma específica se incluye dentro de los supuestos de exclusión en el artículo 4. Pero se olvida la relación entre una administración y la sociedad que ha sido constituida para la prestación directa del servicio y no se excluye por ser un supuesto excepcional de una pseudo contratación interna, como la encomienda, sino que obedece a algo mucho más profundo y es a que la sociedad es un medio de prestación del servicio que la administración en su potestad de autoorganización ha constituido expresamente para ello.

Este criterio de exclusión es tan evidente que el Tribunal de Cuentas en su informe 1003 como ya hemos indicado, al hablar de dicha relación indica que

“tan obvia es la exclusión, que el artículo 4... ni siquiera la relaciona entre los negocios jurídicos excluidos”.

Igualmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de noviembre de 2003, en relación con unas liquidaciones tributarias a la Empresa Municipal de Aparcamientos, S.A. de Cádiz (EMASA), parte del hecho de que: *“La sentencia de instancia ha visto con perspicacia que se trata de un supuesto de autoorganización del Ayuntamiento de Cádiz”,* e incluso cita de pasada que *“la encomienda por el Ayuntamiento de Cádiz a la hoy actora de la explotación de los estacionamientos subterráneos, pero, sin embargo, no ha profundizado inteligentemente sobre esta figura novedosa de las «encomiendas de gestión» por las razones que a continuación exponemos”.* Concluyendo en el Fundamento de Derecho Cuarto, tras analizar con detalle esta figura de encomienda de gestión, aun siendo posible la encomienda de gestión a una sociedad 100% municipal que: *“... tal proposición no es necesaria, porque el razonamiento que sigue la Sala no pasa indefectiblemente por la existencia de una encomienda de gestión a favor de EMASA, sino por algo más sencillo, cual es que EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de donde se deduce que carece de todo sentido que el Ayuntamiento de Cádiz se autorice o licencie a sí mismo, como sería el afirmar que esto ocurre respecto de EMASA, sencillamente porque nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo, la atribución de competencias del Municipio a una sociedad municipal, que si prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio AYUNTAMIENTO el que, en una huida del Derecho Administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al Derecho mercantil, pero sin que esto implique la existencia de autorizaciones o licencias, sometidas al ITP”.*

## **B) Diferencias entre gestión directa y la encomienda de gestión**

Ya se ha visto que las relaciones internas o domésticas de la sociedad y su administración matriz, que hemos definido como instrumentales, por cuanto las sociedades son auténticos medios propios de la misma, se configuran en un doble plano.

En primer lugar, la sociedad como forma de gestión directa de servicios públicos o del ejercicio de actividades económicas, desarrolla su actividad habitual en base al cumplimiento de la finalidad para la que fue creada, encontrándose plasmada en su objeto social y ocupando su puesto específico dentro de la organización de los distintos servicios o medios de la corporación local.

En este sentido, cuando en el ejercicio de la competencia municipal de vivienda o urbanismo, surge una necesidad de un específico desarrollo urbanístico o de una promoción de vivienda, es la sociedad la que debe asumir la misma al encontrarse dentro de su objeto social, que establece su ámbito de actuación dentro de la estructura municipal. Consecuentemente con ello será la sociedad

la que asuma la gestión de dicho servicio, mediante la asunción del carácter de promotor de dichas actuaciones.

Que sea la sociedad la que asuma el papel de gestora del servicio está perfectamente justificado en base al principio de autoorganización de los entes locales, pues cuando se ha creado una sociedad especializada para la gestión directa de un servicio, se está estableciendo que, a partir de ese momento, dicho servicio o actividad será realizado habitualmente por ella. La decisión se toma específicamente en el expediente de constitución de la sociedad tras acreditar públicamente que dicha forma de gestión es la más eficiente desde el punto de vista económico y más eficaz en relación a la prestación de servicio.

Cuando un ayuntamiento en el ejercicio de su competencia de vivienda ha constituido una sociedad con el objeto de su promoción y, ante la necesidad social de vivienda en su término municipal, decide que la misma la lleve a cabo, lo que se está produciendo es la gestión directa de un servicio público. Servicio que consiste en el ejercicio de la competencia de vivienda y su gestión directa, mediante su sociedad pública instrumental.

La gestión de dicho servicio es compleja, pues consiste en la actividad de habilitar los medios humanos, jurídicos, técnicos y económicos para que en definitiva dicho servicio se preste y, en concreto, se realice la promoción y su adjudicación y, así, los vecinos vean satisfecha su necesidad de vivienda.

Esta gestión se compone de una amplitud de actuaciones que de forma simplificada, pues se desarrollan en otra parte del estudio, son las siguientes, analizando las actuaciones de distintas empresas de AVS:

- a) En relación al suelo, si no se tiene, su búsqueda y su compra tras analizar su idoneidad urbanística, jurídica y económica, teniendo en cuenta que existe un límite máximo de repercusión (del orden del 15/20%). Si ya se tiene o un vez adquirido, la solicitud de las licencias urbanísticas.
- b) La urbanización del suelo o su complemento si fuera necesario.
- c) La tramitación del complejo expediente de calificación de vivienda protegida, con sus distintas fases de calificación provisional y definitiva.
- d) La redacción del proyecto arquitectónico con servicios técnicos propios o su contratación externa y posterior supervisión, en el caso contrario.
- e) La contratación de las obras de edificación.
- f) La Dirección Facultativa y la dirección de la ejecución de la obra, o en su caso, su contratación externa y su supervisión.
- g) La gestión y contratación de todo lo relativo al control de calidad de la obra.
- h) La contratación de los distintos seguros de responsabilidad por vicios o defectos constructivos y la realización de todas aquellas actividades previas exigidas por las entidades aseguradoras importantes.
- i) El estudio económico y *cash-flow* de la promoción y de su posterior uso,

bien sea en alquiler o compraventa.

- j) El complejo proceso de adjudicación de las viviendas de acuerdo a la normativa específica de aplicación.

Como se observa, no es la mera prestación de un servicio sino una verdadera gestión, que para que pueda ser llevada a efecto y sin resultados económicos adversos requiere la coordinación de múltiples actividades y una necesaria especialización.

La formalización de este encargo a la sociedad se produce normalmente mediante un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento en el que se define la necesidad o conveniencia de realizar una actuación concreta, se establece que la misma corresponde a la esfera de actuación de la sociedad y se le encarga que preste o gestione dicho servicio. Por ello, se suele denominar éste con el concepto de “encargo de gestión” que posteriormente se completa con un acuerdo de aceptación por los órganos de gobierno de la sociedad. En resumen dicho encargo es en forma gráfica y simplificada: “sociedad, habiéndose detectado la necesidad de que se preste determinado servicio y encontrándose dentro de su esfera de actuación, adopta las medidas y provee los medios necesarios para que sea realizado”.

Se instrumentaliza el encargo de distintas formas y, como posteriormente se verá, depende en gran medida de los condicionantes económicas y fiscales, pero nada impide que se plasme en un negocio jurídico en el que se determinen las obligaciones que asumen tanto el ayuntamiento que encarga, como la sociedad que se compromete a su realización, además de otras condiciones como su financiación, plazos para la ejecución, etc.

Junto a esta actividad habitual, propia de su objeto social y gestión directa, como indica Fernando García Rubio, *“existe otra posibilidad que sin alterar el régimen de gestión directa, en cuanto a la titularidad, y supone una actuación en la prestación material directa por parte de una entidad dependiente o creada por el Ayuntamiento: la encomienda de gestión, que desarrolla en nuestro derecho las relaciones que en la Unión Europea se denominan in house providing, regulada en el artículo 4.1.n en relación con el 24.6 de la LCSP (hoy TRLCSP)”*<sup>286</sup>.

El artículo 4.1.n del TRLCSP excluye de la misma a: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación...”.

El empleo de la fórmula de la delegación o encargo de gestión del servicio público y su distinción con la figura de la encomienda de gestión, a decir de la doctrina, depende como se ha indicado de que se trate de las relaciones estables, habituales y ordinarias amparadas por su carácter de medio instrumental para la gestión directa del servicio, determinadas en su objeto social, entre una sociedad y la administración titular y los encargos que de

---

<sup>286</sup> GARCÍA RUBIO (2010).

forma excepcional y específica en relación con determinadas prestaciones, le encomienda dicha administración.

En esta línea es muy clarificador lo indicado por el citado autor, Fernando García Rubio, en el artículo referenciado cuando escribe: *“En lo referente a las actividades a prestar por la correspondiente sociedad mercantil, estas en nuestra opinión deberán concretarse en el objeto social de aquellas, circunstancia ésta que permitirá y habilitará la actividad material correspondiente. Todo ello, porque la encomienda de gestión se trata de una alteración en el ejercicio de las competencias de los entes públicos o administraciones, y que supone la delegación de una competencia que puede versar tanto sobre la gestión como la realización de una determinada actividad, pero con un carácter meramente instrumental, sin por ello adoptar ningún tipo de decisión al respecto, quedando de esta manera la titularidad de la competencia en manos de la entidad pública originaria”*.

La distinción entre uno y otro supuesto la ha dejado igualmente clara el Tribunal de Cuentas en el anteriormente citado informe 1003, que en su página 17 indica que:

*«Finalmente la LCSP parece rehuir la expresión “encomienda de gestión”, tal vez por la amplitud de su significado, dentro del que caben otras realidades jurídicas, y, si bien las emplea en el art. 24.6, no se apropia de este nomen iuris para utilizarlo como denominación específica de los supuestos que regula, lo que permite despejar posibles dudas sobre el tipo de negocio u operación que se excluye: serán todos aquellos negocios que puedan servir de vehículo del encargo, cualquiera que sea su denominación: encomiendas de gestión, encargos de gestión, encargos a medios propios instrumentales, contratos domésticos...*

*La problemática que se plantea en relación a esto es que en muchos casos buscando una forma legítima de eludir la aplicación de la normativa contractual a las relaciones ordinarias entre el Ayuntamiento y su sociedad, en el encargo de actuaciones y propias de su objeto social, se acude al supuesto de la encomienda de gestión del artículo 4.n del TRLCSP, al no encontrarlas recogidas expresamente como excluidas, cuando, como ha indicado el Tribunal de cuentas es “tan obvia es la exclusión que el artículo 4... ni siquiera la relaciona entre los negocios jurídicos excluidos”»*.

Dando un paso más hay autores como Julio Tejedor<sup>287</sup> que indica que las relaciones entre la administración pública y su empresa sometidas a la LCSP no son nunca encomiendas de gestión, debiendo reservarse este concepto a lo contemplada en el artículo 15 de la LPA (Ley 30/1992). En concreto indica que:

---

<sup>287</sup> Para el estudio de las relaciones entre las administraciones y sus empresas públicas en relación al concepto de la encomienda de gestión y las condiciones y limitaciones de dicha relación, es imprescindible el trabajo de Julio Tejedor Bielsa, capítulo 9.º, “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación” en el Observatorio de la Contratación Pública 2013, Editorial Aranzadi. La cita es de la página 398.



*«La relación jurídica que vincula a una Administración pública con uno de sus medios propios o entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP nada tiene que ver con la encomienda de gestión regulada en la normativa básica de régimen jurídico de las administraciones públicas. Ni aquella relación, a su vez, debe confundirse con la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLSCP. Ni, consecuentemente, como explicaré más adelante, cabe aplicar las limitaciones que el legislador, razonablemente, impone a la ejecución por la Administración a las entidades consideradas medios propios y servicios técnicos de poderes adjudicadores conforme a la normativa europea, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a lo establecido en los citados artículos 4.1.n) y 24.6 TRLSCP.*

*La relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP no es, técnicamente, encomienda de gestión. La doctrina considera, sin lugar a dudas, que el negocio jurídico en cuyo virtud se encarga la realización de una determinada prestación a una entidad que, conforme a lo establecido en los tan repetidos preceptos, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad que realiza el encargo, no está sujeto a la normativa de contratación ni ha de formalizarse mediante convenio. Mal podría exigirse la formalización mediante convenio cuando, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el propio tenor literal del TRLCSP al establecer el primer requisito anteriormente examinado para la consideración de un ente como medio propio, no existe en absoluto igualdad de partes en dicha relación, dado que el medio propio está obligado a ejecutar el encargo que le realiza la autoridad de la que depende<sup>22</sup>. Los encargos de ejecución a entidades instrumentales están sometidos a lo establecido específicamente en los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, conforme a los cuales han de realizarse, sin que resulte posible su documentación a través de convenios u otros instrumentos basados en el concierto de voluntades, dado que los encargos vienen impuestos por el poder adjudicador que los realiza a su entidad instrumental, para la cual resultan obligatorios.*

*Y es que tales encargos, como revela un somero examen de la normativa administrativa, no se corresponden con las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en lo sucesivo LAP) que opera únicamente bien entre órganos de la misma o diferente administración, bien entre entidades de derecho público dependientes de la misma o diferente administración, es decir, siempre dentro de una administración pública o entre entes de naturaleza jurídico-pública. Es más, expresamente se establece que “el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo” (art. 15.6 LAP)».*

La gestión directa del servicio, podemos concluir, que supone que la administración encarga con carácter general y habitual que sea la sociedad la que realice el conjunto de las actividades necesarias para que el servicio, en definitiva, se preste; ya se ha visto lo que supone gestionar el servicio de vivienda por parte de una sociedad urbanística, servicio que además se encuentra incluido en el objeto social de la misma. Esto es muy distinto de cuando se realiza un encargo específico de una “determinada prestación”.

Es importante tener clara esta distinción entre la encomienda de gestión y la gestión directa pues la experiencia ha puesto de manifiesto que el utilizar la figura de la encomienda de gestión para el encargo de las actuaciones habituales y propias de su objeto social, figura que no termina de tener claro su régimen jurídico, distorsiona la clara relación entre la administración y su sociedad constituida para la gestión directa de un servicio en su potestad de autoorganización, relación que está tan claramente fuera de las relaciones contractuales del TRLCSP, que, como se ha visto y ha puesto de manifiesto el tribunal Supremo, no ha sido necesario excluirla expresamente.

Estas distorsiones que se han ido detectando en el actuar diario de las sociedades públicas municipales, son, entre otras, las siguientes:

En primer lugar, se ha considerado en algunas interpretaciones que esta relación habitual de la sociedad con su administración es un supuesto de mandato representativo. Es decir, que la sociedad realmente actúa por cuenta o encargo de la administración y los efectos se producen directamente en ésta y no en la sociedad actuante. Esto que pudiera ser considerado adecuado para los supuesto de encomienda, en el caso de gestión directa condiciona la actuación de la sociedad pues si se considera así como una mera mandataria o representante de la administración, el régimen jurídico de las relaciones de la sociedad debería ser el mismo que el de la administración representada con los problemas que ello plantea, llegándose a pretender que la sociedad actúe aplicando el mismo derecho de su administración titular.

En segundo lugar, se le pretende aplicar a la gestión de la sociedad los límites de la actuación por la propia administración (el famoso 50% en relación a la actuación por la propia sociedad) que por error, pretendido aplicar a las encomiendas como si de una ejecución de obras por la administración se tratase y que, posteriormente veremos, no es jurídicamente adecuado aun cuando ya se ha instaurado en algunas legislaciones como la de Navarra.

En tercer lugar, se ha llegado a afirmar en algunos casos, que cuando la sociedad encomendada realiza la contratación externa lo que está realizando es una subcontratación. En este sentido la Comisión Nacional de la Competencia, en su Guía sobre contratación pública y competencia, de 2011, afirmó la conveniencia de “valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Sin perjuicio de que esta posibilidad está reconocida en la LCSP, que contempla la extensión de la aplicación de determinados aspectos de la contratación pública a estas subcontrataciones, desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos

resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación”.

Concepción igualmente errónea por cuanto que en el supuesto de un medio propio, sus contrataciones externas en ejecución del encargo no son subcontrataciones y por lo tanto no le resulta de aplicación las limitaciones contenidas dentro del artículo 210.2.e) de la misma Ley (LCSP), puesto que este precepto se aplica a la subcontratación, es decir, a aquellos contratos que el contratista, adjudicatario de un contrato de la Administración, puede a su vez concertar con terceros, supuesto distinto del medio propio, como es la empresa pública como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 11/11, de 15 de diciembre de 2011. “Régimen de encomiendas de gestión a los medios propios. Requisitos básicos. Realización de obras”).

Por último, si se trata de una encomienda, las relaciones económicas entre su sociedad y la propia administración deben de fijarse por medio de tarifas, lo que contradice todo el régimen económico financiero de las sociedades públicas municipales que posteriormente se analizará.

### **2.1.3.- Elemento subjetivo: El medio propio**

#### **2.1.3.1.- Concepto**

El segundo de los elementos para la relación instrumental o in house es el subjetivo; consiste en la necesidad de que, el que la persona jurídica recibe en encargo tenga la consideración de “medio propio”.

El concepto de medio propio es un concepto jurisprudencial, si bien la normativa española, tanto estatal como autonómica, ha establecido sus elementos definidores en la regulación de uno de los supuestos en los que actúa, las encomiendas de gestión. No obstante ello, el concepto de medio propio de la normativa europea es genérico y es igualmente aplicable a todos aquellos supuestos de relación “in house”, no solo a los supuestos específicos de encomiendas de gestión, sino también para los supuestos de gestión directa del servicio.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) da una definición que, al igual que el artículo 24.6 la ciñe al supuesto de encomienda y que generalizándola puede valer como punto de partida; indica que: *“los medios propios pueden ser definidos como todos aquellos entes instrumentales, vinculados o dependientes de entidades públicas como poderes adjudicadores, a los que, cumpliendo los requisitos normativos establecidos al efecto, se puede encargar por parte de éstas la realización de encargos o encomiendas de gestión, es decir, gestión de servicios o realización de obras, suministros o servicios, que de otra manera, se someterían a licitación con arreglo a las normas de contratación pública”*<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup> Comisión Nacional de la Competencia: Informe sobre “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”. Página 14. Julio de 2013 (ANEXO 3).

Del medio propio, tras lo indicado, puede darse la siguiente definición descriptiva: El ente instrumental con personalidad jurídica propia y de pertenencia exclusiva de una o varias administraciones públicas que, por reunir unos requisitos legales específicos, puede no solo gestionar servicios, ejecutar obras y prestar servicios por haberle sido asignadas dentro de la organización de aquellas (supuesto de gestión directa), sino también realizar actividades concretas y específicas por haber recibido la encomienda de dicha concreta prestación (supuesto de encomienda de gestión), estando excluidas sus relaciones de la normativa de contratación pública, al ser considerada una relación interna o “in house”, no así la de éstos con terceros pues en la ejecución de lo encargado o encomendado deben aplicar dicha normativa con el específico régimen legal a ellos asignado.

El Tribunal de Cuentas en el citado Informe de fiscalización del sector público<sup>289</sup>, indica que la novedad de la LCSP, y ya antes del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, a partir de las modificaciones introducidas en éste por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, está no en la exclusión de la ejecución directa de la prestación por la Administración, sino en atribuir la condición de medios propios a entes dotados de personalidad jurídica diferenciada, cuando se den las circunstancias previstas en la Ley. Puntualizando que *“se trata de una situación cada vez más frecuente como consecuencia de las tendencias al sometimiento a derecho privado de la gestión pública, hoy imperantes que se manifiestan no solo en pasar a manos privadas la prestación de ciertos servicios públicos, sino en crear entes con personalidad jurídica propia, que se rigen por el derecho privado, pero que revisten carácter instrumental respecto de la Administración que las crea, para realizar funciones propias de éstas. De acuerdo con la doctrina in house privinding el encargo o encomienda efectuado a estos entes no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización y las relaciones que se originan con dichos entes pueden calificarse, si no de relaciones internas, sí de relaciones cuasi internas, que no llegan a ser contractuales por cuanto, aunque no forman parte de la estructura administrativa del ente que acuerda el encargo, están bajo su dependencia funcional”*.

En estos casos, concluye que pese a que estos entes tienen una personalidad jurídica propia y diferenciada, la realidad es que *“existe una única voluntad decisoria, la de la Administración matriz, que ordena la realización de la actividad”*.

### **2.1.3.2.- Requisitos del medio propio**

Los requisitos del medio propio en la normativa española vienen establecidos en el artículo 24.6 del TRLCSP<sup>290</sup>, que aun cuando se mencionan analizando

---

<sup>289</sup> El Tribunal de Cuentas en el citado Informe de fiscalización sobre la utilización del sector público, página 17.

<sup>290</sup> El citado artículo 24.6 indica lo siguiente: “A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la

exclusivamente a los supuestos de encomienda de gestión, como se ha indicado, sirve como base, junto con lo establecido por la Jurisprudencia del TJCE, para establecerlos con carácter general. Así, de acuerdo con lo indicado, pueden considerarse elementos necesarios los siguientes:

- a) La administración titular debe ostentar sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.
- b) Han de realizar para su administración matriz la parte esencial de su actividad.
- c) Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.
- d) Como requisito formal, la condición de medio propio deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos.
- e) El medio ha de ser idóneo para poder realizar el encargo o encomienda.

La Ley de Contratos Públicos de Navarra<sup>291</sup>, en su artículo 8, establece igualmente estos requisitos en su apartado 2.º al indicar que la ley no es de aplicación a los encargos que las entidades sometidas a la Ley Foral realicen a sus entes instrumentales, entendiéndose por tales a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica diferente de las entidades que realizan los encargos, reúnan los siguientes requisitos:

- a) *“Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades que realizan los encargos, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. Si el ente instrumental es una sociedad y el encargo lo realiza una entidad pública, la totalidad del capital social del ente instrumental deberá ser de titularidad pública.*
- b) *Que la parte esencial de su actividad la realicen para las entidades que realizan los encargos.*

*La condición de ente instrumental deberá haber sido objeto de una declaración expresa que se anunciará en el Portal de Contratación de*

---

parte esencial de su actividad, cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado, deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

<sup>291</sup> Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, artículo 8 “Encargos a entes instrumentales considerados medios propios”.

*Navarra con expresión del ámbito al que se pueden circunscribir los encargos”.*

Analizaremos estos elementos seguidamente, centrándonos en las sociedades públicas como medio propio, al objeto de dar una mayor coherencia a la exposición, pues en él se analizarán estos requisitos especialmente referidos a este tipo de entes instrumentales.

## **2.1.4.- La sociedad Pública como medio propio**

### **2.1.4.1.- Planteamiento**

Es evidente que una sociedad pública municipal, de capital íntegro del propio Ayuntamiento y constituida tras el complejo procedimiento administrativo con sus distintos aspectos justificativos en orden a su finalidad, concretada en el objeto social y con todos los requisitos de publicidad administrativa y mercantil, con su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, es un medio propio del ayuntamiento para la ejecución por cuenta del mismo de todos aquellos servicios y actividades económicas que se han concretado en su objeto y justificado en su memoria. Lo contrario carece de toda justificación jurídica y respondería a un formalismo absurdo ajeno a los criterios funcionales del Derecho europeo.

Mediante el expediente de constitución, tradicionalmente denominado de municipalización o provincialización, se concretan las razones que han llevado a la corporación local a decidir su creación; se ha justificado que el servicio o la actividad no solo es eficiente desde el punto de vista económico y de estabilidad presupuestaria y se ha concretado específicamente las actividades que puede realizar y en su facultad de autoorganización se ha considerado que dicha actuación instrumental es la forma más eficaz.

Consecuentemente con lo indicado, dicha sociedad es “medio propio” del ayuntamiento y está fuera de toda duda. En este supuesto el “macro encargo de gestión” se produce expresamente en el referido expediente de creación, al que como se ha indicado se le da todo tipo de publicidad administrativa (como si de una ordenanza se tratase) y mercantil.

Seguidamente se analizarán los requisitos necesarios para la consideración de medio propio exigidos por la norma y destacaremos algunos de los aspectos de los mismos que no parecen totalmente adecuados a lo que se acaba de indicar.

### **2.1.4.2.- Requisitos**

De acuerdo con la jurisprudencia europea y especialmente en el artículo 24.6 del TRLCSP, que sigue esencialmente la doctrina emanada de la sentencia TEKAL del TJCE<sup>292</sup>, los requisitos esenciales son los siguientes<sup>293</sup>:

---

<sup>292</sup> Sentencia del TACE de 18 de noviembre de 1999 (AS. G 107, Tekal).

<sup>293</sup> BUESO GUIRAO Y PÉREZ MIRA (2012). Páginas 117 y ss. a las que seguiremos en esta exposición.

## A) Control análogo propios servicios

Para poder ser considerado medio propio se exige, en primer lugar, que el control de la administración matriz sea absoluto sobre el ente instrumental, es decir, que ostente sobre el mismo *“un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios”*.

Este requisito no se cumple en el caso de entes con participación privada o empresas de economía mixta, siendo por ello precisa la íntegra o exclusiva titularidad pública del capital social, pues en los supuestos de participación privada la inversión obedece a intereses privados y no se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

En esta línea, alguna jurisprudencia ha exigido que este control no sea un control genérico o nominal sino efectivo.

La STJCE de 13 de diciembre de 2008 (Codital Brabant, SA), indica Gimeno Feliu<sup>294</sup>, identifica este primer requisito como un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones, debiendo tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad, que habrá de resultar del examen del conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes (apartado 28). A tal fin, pueden considerarse los tres criterios siguientes (apartado 29):

1. La posesión del capital de la entidad concesionaria: no se cumple si concurre la participación de una empresa privada en el capital de una entidad encomendada (apartado 30) y, en cambio, cuando la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartado 31).
2. La composición de los órganos de decisión de la entidad: la integración del órgano rector por representantes de los municipios asociados, designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios asociados que son nombrados por el pleno del ayuntamiento de cada municipio de entre los concejales, formen parte o no de la junta de gobierno, y el alcalde, esto es, los órganos de decisión están compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas, indica que éstas controlan los órganos de decisión de la entidad y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta (apartados 33 y 34).
3. El alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector: en el caso dispone de las más amplias facultades, pues fija las tarifas y tiene la facultad, pero no la obligación, de delegar en los consejos de sector o de subsector la resolución de determinados problemas propios de esos

---

<sup>294</sup> GIMENO FELIU (2010). Páginas 8 y ss.

sectores o subsectores, por lo que se plantea si la entidad cooperativa ha adquirido, por ello, una vocación de mercado y un margen de autonomía que ponen en precario el control ejercido por las autoridades públicas asociadas. Pero, habida cuenta que no está constituida en forma de sociedad por acciones o de sociedad anónima que pueda perseguir objetivos con independencia de sus accionistas, sino en forma de sociedad cooperativa intermunicipal que carece de carácter mercantil, que su objeto consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y que no persigue ningún interés distinto del de las autoridades públicas asociadas, a pesar del alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector, la sociedad no goza de un margen de autonomía que impida a los municipios asociados ejercer sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios (apartados 35 a 39).

Por todo ello, esa STJCE concluye que *“sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad cooperativa intermunicipal en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, puede considerarse que el control ejercido a través de los órganos estatutarios por las autoridades públicas asociadas a dicha sociedad cooperativa intermunicipal sobre las decisiones adoptadas por ésta permite a dichas autoridades ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios”*.

En este sentido, las sociedades públicas en el derecho local español, puntualiza Gimeno Feliu, son controladas real y efectivamente por la administración titular, pues no solo sus miembros suelen formar parte de su consejo de administración, y, en la mayor parte de los supuesto, el pleno configura la junta general, sino también en el actuar cotidiano determinan claramente la actuación de la sociedad. Así tras definir sus actuaciones genéricas en la memoria, aprueban anualmente con carácter previo el Plan de empresa y os Programas de Actuaciones Inversiones y Financiación (PAIF), aprueban posteriormente las cuentas y autorizan las operaciones de endeudamiento.

Precisando los aspectos económicos, Julio Tejedor, indica que el control del Ayuntamiento se produce igualmente mediante los *“controles financieros que resulten de aplicación a las sociedades que de ellos dependen conforme a los artículos 220.1 y 223.1 LRHL, relativos al control financiero y al control externo respectivamente. En particular, en la gestión directa mediante sociedad mercantil la corporación municipal se reserva el control de la empresa a través del nombramiento de los administradores, desde la perspectiva orgánica, y mediante la censura de cuentas, desde la funcional y económico-financiera, pues resulta obligatoria la formación de una cuenta general en la que se incluirán las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad” del municipio*<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> TEJEDOR BIELSA (2014), página 379.



## B) Actividad esencial con la administración

Es necesario que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su Ayuntamiento propietario. Quiere decir ello, que se trate de una sociedad en la que la actividad principal sea la de prestación de servicios para su administración.

Se considera que presta esta actividad mayoritaria cuando ésta es superior al 50%. En este sentido, Antonio Panizo García<sup>296</sup>, indica que la Jurisprudencia comunitaria no exige un porcentaje específico de actividad para considerar cumplida la condición de que la entidad considerada medio propio y servicio técnico realice la parte esencial de su actividad para la entidad que lo controla; sí es de señalar que en la STJ de 19 de abril de 2007, Asemfo, C-295/05, en su apartado 63, señaló respecto de TRAGSA que al realizar por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado, es decir un total de 90% de su actividad, dicha sociedad realizaba lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan, y por ende cumplía la condición. Hay que indicar que, siguiendo las nuevas Directivas, el Anteproyecto de nueva ley de Contratos del Sector Público, eleva esta cifra al 80%.

Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto, son esencialmente los siguientes<sup>297</sup>:

1. Que la actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones, careciendo de importancia quién remunera a la empresa y en qué territorio se prestan dichos servicios.
2. En el supuesto de que sean varios los entes territoriales que controlan una empresa, la actividad a tomar en consideración es la que la empresa realiza

---

<sup>296</sup> PANIZO GARCÍA (2008).

<sup>297</sup> En este sentido se pronuncian y sintetizan los requisitos jurisprudenciales, los siguientes autores a los que nos remitimos:

- BERNAL BLAY, Miguel Ángel: "Un paso en falso en la Interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in House". Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) n.º 137, páginas 118 a 121. Enero-marzo de 2008. Editorial Thomson-Civitas.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio. Artículo "Las encomiendas a entes instrumentales en la Legislación Foral de Contratos Públicos de Navarra: contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la legislación básica estatal". Revista Jurídica de Navarra. Enero-junio de 2009, n.º 47. Páginas 39-86.

con el conjunto de entes territoriales (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 65 a 72).

3. Es independiente y no relevante a estos efectos la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.

Este carácter, exigido para la posibilidad de ser medio propio de un ente territorial no lleva consigo el hecho de ser una sociedad que no se financia con ingresos de mercado a los efectos de la normativa de estabilidad presupuestaria.

Como indicábamos en nuestra guía<sup>298</sup>, el establecimiento de que una entidad cumple los requisitos y condicionantes exigidos por la normativa de contratación para ser calificado como medio propio y servicio técnico de la administración matriz, no implica necesariamente su automática clasificación como productor no de mercado o como órgano técnico-jurídico. En relación con la primera (productor no de mercado), *habrá que analizar las actividades concretas que realiza la entidad* con el fin de determinar si los ingresos que obtiene tienen el tratamiento de ingresos comerciales (“ventas”) desde el punto de vista del SEC95 y cubren al menos el 50% de los costes de producción. Con respecto a la segunda (órgano técnico-jurídico) deberá analizarse si se cumplen todas las condiciones exigidas por la administración fiscal para ello y, especialmente, si el único y exclusivo destinatario de los bienes entregados o servicios prestados es la propia administración titular, siempre que ello se realice sin riesgo importante de distorsión de la competencia.

Lo mismo ocurrirá si la entidad es clasificada como productora no de mercado. Aunque es patente que dicha clasificación implica en la práctica, un tipo de configuración de entidad que suele reunir características para ser clasificada como medio propio y servicio técnico y órgano técnico-jurídico, ello no tiene necesariamente por qué ser así y se puede encontrar el caso de entidades que, aun no siendo productoras de mercado por no cubrir al menos el 50% de sus costes con ingresos comerciales, no tengan por único y exclusivo destinatario de sus actividades a la propia administración matriz o no reúnan los requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público para ser declaradas medios propios y servicios técnicos de la misma.

### **C) Totalidad capital público**

Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública, este no es sino un complemento necesario del control análogo antes visto, siendo, como se ha visto, elemento necesario para el mismo pero no suficiente. En este sentido, al igual que el concepto de sociedad mixta, se ha producido una evolución en el sentido de que si bien originariamente se exigía el criterio de total pertenecía del capital a un ente territorial único, en la actualidad lo que se exige es que todo el capital sea

---

<sup>298</sup> BUESO GUIRAO Y PÉREZ MIRA (2012), páginas 53 y 54.

público, aunque pertenezca a distintos poderes adjudicadores, impidiéndose la entrada del capital privado aun cuando sea mínimo.

En esta línea se puede destacar que la Ley de Administración Local de Navarra establece en su artículo 224.5:

*“Las Sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquella o aquellas se entenderán como entes instrumentales propios de ella o de todas ellas a efectos de que a las encomiendas a las mismas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, concesión de obras o servicios o asistencia no les sea de aplicación la legislación foral de contratos públicos siempre que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades encomendantes, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades.*
- b) Que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendante”.*

Ahora bien el requisito del capital público exclusivo veda la entrada en las mismas del capital privado, pero no solo en el momento inicial de la contratación sino que debe ser mantenido en el tiempo. Es decir que si después del encargo entra capital privado en la sociedad debe negarse este carácter. Es el caso analizado por el TJCE en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (As C-C-29/04, Comisión Vs. República de Austria, apartado 42) es un supuesto en el que el Tribunal niega la existencia del control análogo al haberse desprendido tras la adjudicación el Ayuntamiento del 49% de las acciones a favor de una compañía privada.

La razón de ello es que si el capital no es totalmente público, la sociedad mediante el encargo de gestión o encomienda puede generar beneficios y parte de estos, en la proporción de su capital aportado, iría al empresario privado, sin los requisitos de la pública concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

Por otro lado, es también interesante una cuestión que plantea Belén Noguera<sup>299</sup> citando a Gimeno Feliu. Se produce por el hecho de que la evolución que antes se ha indicado de considerar empresas instrumentales y no mixtas a las sociedades en las que el capital sea público, a diferencia de lo exigido anteriormente por el artículo 85 de la LBRL de que, con independencia de su origen público o privado, perteneciera a la propia corporación y su evolución paralela en la Jurisprudencia del TJCE, plantea la posibilidad de poder considerar como medio propio a una sociedad de capital íntegramente público, aun cuando la participación del ente que encarga el servicio no tenga participación alguna. En estos casos, considera Noguera que *“esta interpretación, de aceptarse resultaría contraria a los principios generales del Derecho comunitario, libre competencia, igualdad y no discriminación, además de permitir eludir las reglas públicas de la contratación, constituyendo, por tanto, un fraude de ley”*. Indicando que en este sentido, resultan altamente

---

<sup>299</sup> NOGUERA DE LA MUELA (2010). Págs. 180 y 181.

ilustrativas las consideraciones realizadas por el Abogado General, Sr. Geelhoed, en el caso Asemfo-TRAGSA, al señalar: «Por otra parte, a la Comisión no le falta razón cuando afirma que las estructuras en las que varios entes públicos utilizan un medio instrumental, que en términos de competencias para ejercer influencia opera como el “medio propio” de sólo uno de estos entes, pueden dar lugar a abusos. Pueden tener como consecuencia que los entes públicos, para la ejecución de obras y la prestación de servicios que de otro modo hubieran sometido a un procedimiento de licitación pública, recurran, o sean invitados a recurrir, al servicio “propio” instrumental ya existente de otro ente público. Esto puede conducir a que extensos sectores del mercado quedan sustraídos a los efectos del Derecho comunitario primario y derivado en materia de contratación pública» (apartado 96).

Por consiguiente, concluye la citada autora, *“estimamos que no será medio propio y, por tanto, se incluirán en las Directivas de contratación, los encargos de una entidad territorial a un ente dependiente (por ejemplo, una sociedad mercantil) de otro ente territorial distinto de aquel que hace la encomienda, queriéndose legitimar así la gestión directa de un servicio público local mediante una «encomienda cruzada» amparándose en la letra del artículo 85.2.A.d) LRBRL”*.

#### **D) Reconocimiento expreso estatutos**

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos.

En este tema es necesario establecer algunas precisiones. En primer lugar si nos atenemos al criterio no formalista de la Unión Europea, en el sentido, se entiende, de que este carácter de medio propio deberá constar expresamente indicado o en los estatutos o en la norma de su constitución que con independencia de que se utilice literalmente el término “medio propio” o “servicio técnico”, sino que ello se deduzca de los elementos definidores de la constitución de la sociedad y de las relaciones que mantiene con su administración titular.

En este sentido, si bien *“sensu contrario”*, ha sido muy clara la a Jurisprudencia Europea, al indicar que es la realidad de la actuación de la sociedad lo que define éste, pues la determinación en los estatutos no implica que lo sea si por la naturaleza de la sociedad o su actividad queda acreditado que no reúne esta condición.

En esta línea puede considerarse que si en la memoria de constitución de la sociedad, que no puede olvidarse que se tramita con exposición pública y de la misma forma que una ordenanza municipal, por lo que podría ser considerada como la “norma de creación”, o en los estatutos se deduce claramente esta condición, aun cuando no se emplee literalmente la expresión “medio propio”, debe ser considerado como tal.

En este sentido es clara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de

la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre (**Se adjunta como ANEXO número 4**), en los supuestos de gestión directa, excluye el requisito formal del reconocimiento expreso que limita exclusivamente a los supuestos de encomienda de gestión, así indica:

*“De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el artículo 8 LCSP. Según el tenor literal de éste:*

*1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.*

*2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.*

*Por ello, para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del artículo 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de servicio público (contrato fuera del ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo)”.*

No obstante ello, el informe 21/2008, de la Comisión Consultiva de la Contratación Administrativa de Andalucía, declara que para que un ente instrumental de una universidad tenga la condición de medio propio, debe realizarse un reconocimiento expreso de su condición de tal medio en las escrituras de constitución o en los estatutos.

Por todo ello, es conveniente a efectos prácticos y para evitar tener que justificar siempre dicho carácter, que en la medida de lo posible se adapten los estatutos para reconocer este carácter de forma expresa y literal.

En esta línea, desde AVS se ha propuesto a los asociados que se modifiquen los estatutos de las sociedades, incluyendo las cláusulas siguientes:

**Artículo 1.º- DENOMINACIÓN.-**

*Con la denominación de \_\_\_\_\_ se constituye una Sociedad Urbanística y de gestión de servicio público de carácter mercantil, en forma de sociedad de responsabilidad limitada/anónima de ámbito local, de carácter instrumental y medio propio del Ayuntamiento de ----- ---, que se registrará por lo dispuesto en los presentes estatutos, por las disposiciones del Decreto 1169/78, de 2 de mayo, de Constitución de Sociedades Urbanísticas, (NORMATIVA ESPECÍFICA URBANÍSTICA DE*

LA COMUNIDAD AUTÓNOMA), la Ley 7/1985, de 2 de mayo, Reguladora de Bases de Régimen Local, la vigente Ley de Sociedades Limitadas y por las disposiciones legales que en cada momento sean de aplicación.

**Artículo 2.º - OBJETO.-**

1.- Constituye el objeto social de la citada sociedad, la promoción, preparación y gestión del suelo y el desarrollo de programas de promoción de viviendas y de rehabilitación de viviendas e inmuebles, la promoción y gestión de cualquier equipamiento público y la implantación, conservación o mantenimiento de cualquier servicio público que, teniendo relación con las actividades anteriores, se le encargue o encomiende como medio propio de la entidad de acuerdo con lo establecido en la normativa de régimen local, urbanística, de contratación o de ordenación del territorio, dentro del término municipal de \_\_\_\_\_”.

## **E) Idoneidad**

La idoneidad del medio propio es esencial. Así es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental, en este caso una sociedad pública, pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. En caso contrario se iría contra la esencia y fundamento de la sociedad pública, constituida para prestar de forma más ventajosa el servicio o realizar la actividad económica de la administración local, y no solo no existiría justificación para el encargo sino para la propia existencia de la sociedad.

Pero que la sociedad sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50%). No obstante ello, este último criterio recientemente se ha plasmado en distintos comentarios doctrinales, resoluciones de Juntas de Contratación Administrativas e, incluso, en alguna normativa específica como la ya comentada Ley Foral de Contratos de Navarra.

El origen de este erróneo concepto es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP, de dos figuras distintas, como se ha visto, por un lado la ejecución por la propia administración (párrafos 1 a 5) y los requisitos del medio propio para la encomienda de gestión (párrafo 6). Si a ello se le une la errónea identificación de la encomienda y la gestión directa del servicio mediante sociedad pública, da lugar a la disparatada pretensión de que en la compleja gestión directa del servicio, se pretenda que la sociedad realice a ejecución material de más del 50% del mismo. Piénsese en una sociedad urbanística que esté desarrollando un específico polígono, ello supondría que la sociedad debería ejecutar la mayor parte de las obras de urbanización o en caso de desarrollarse una promoción de vivienda protegida en suelos cedidos, realizar la construcción de la misma, como si de una empresa constructora se tratase, confundiendo la promoción con la ejecución material de la obra, actuación

específicamente prohibida a las sociedades urbanísticas, como posteriormente se verá, tanto estatal como autonómica.

El profesor Julio Tejedor Bielsa<sup>300</sup> comenta que últimamente se ha iniciado la tendencia de limitar el volumen de contratación de sociedades públicas en función del criterio de idoneidad, como si de una ejecución de obras por la administración se tratase, por el hecho de que se regulan ambas en el artículo 24 del TRLCSP, cuando que no cabe confundir la *“relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP”* por ser relaciones distintas con *“la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLCSP”*.

En este sentido indica confirmando el origen del error que *“tempranamente advirtió de los problemas que suscitaría la mezcla en el artículo 24 de dos cuestiones diferentes. Posteriormente, Noguera de la Muela<sup>301</sup> distingue nítidamente entre ejecución por administración y servicios in house providing, considerando como poco acertada la remisión del artículo 4.1.n al artículo 24 de la LCSP en el que se mezclan ambas cuestiones”*.

Por todo ello, *«Sorprende el Informe 11/2011, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que, interpelada acerca de las limitaciones impuestas a una empresa municipal para contratar con terceros, confunde la regulación tradicional de la ejecución por administración que se acaba de analizar con la técnica del encargo “in house providing” conforme a la normativa europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando sin base legal alguna que “tampoco se puede afirmar que cuando el Ayuntamiento de [...] encomienda la realización de una obra a EMS [...], esta empresa no esté sujeta a limitación alguna, sin que, como lógica consecuencia del carácter instrumental respecto del Ayuntamiento que presenta, pueda contratar el 100% de la obra externamente. Por tanto, y a la vista de todo lo expuesto, las únicas limitaciones que le resultan de aplicación son las contenidas en el artículo 24.4 TRLCSP, puesto es que es este artículo el que contiene las normas que se van a aplicar a los medios propios, como es el caso que plantea la consulta”*». En este mismo sentido se ha pronunciado también dicha Junta en los informes 65/2007 y 13/2012.

Julio Tejedor, concluye que es claro que la Encomienda nada tiene que ver y es un supuesto diferente del de la ejecución por administración. Por ello afirma que *«el criterio que pretende colegir la Junta estatal del vigente TRLCSP no existe y para implantarlo resulta indispensable su reforma. Lo irrazonable, además, de la interpretación que realiza la Junta Consultiva estatal se desprende, además, del hecho de su carácter absoluto, que haría inútil el juicio de idoneidad que ya contemplaba el artículo 191 del Reglamento General de*

---

<sup>300</sup> TEJEDOR BIELSA (2014). Páginas 400 y 403, respectivamente.

<sup>301</sup> NOGUERA DE LA MUELA (2010). En la página 171, ya se destaca “el poco acierto de la redacción del artículo 4.1.n, al remitir, para la consideración de una entidad como medio propio, a la regulación de la *ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la administración (ejecución por administración)* y la *ejecución de servicios con colaboración de empresarios particulares* del artículo 24, cuando se trata de sistemas de ejecución de contratos diferentes”.

*Contratación del Estado y se ha introducido ahora en Navarra, de forma simultánea a la previsión, ex novo, de una limitación cuantitativa que no existía hasta ahora. Tal es el sentido de la previsión foral de que pueda superarse el porcentaje máximo de contratación que establece “siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final”. Especialmente relevante resulta, a nuestro juicio y a los efectos del presente trabajo, la referencia a “la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad”».*

En esta misma línea el Tribunal de Cuentas en el citado informe número 1003, deja perfectamente clara la errónea apreciación de la Junta Consultiva, al indicar en sus conclusiones respecto a la ejecución de las encomiendas que:

- 21ª.- *“No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendaria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración”.*
- 22ª.- *“El único supuesto en que se fijan límites legales a la subcontratación es el contemplado en la Disposición Adicional 25a del TRLCSP, estableciéndose el límite máximo en el 50% del presupuesto total de la encomienda. TRAGSA ha incumplido este límite en el 25% de los expedientes analizados”.*

En esta misma línea, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su informe n.º 2/2012 indica en sus conclusiones que *“la realización de las encomiendas de gestión a que se refiere el artículo 4.1.n) del TRLCSP no requiere necesariamente que la entidad que actúa como medio instrumental disponga de todos los medios necesarios para llevarlas a cabo, pudiendo contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resulten necesarios, siempre y cuando tales contrataciones se lleven a cabo con sujeción al TRLCSP”.*

La inaplicabilidad de este criterio de la ejecución del 50% tiene todavía menos sentido en el supuesto de gestión directa del servicio a través de las sociedades instrumentales, por cuanto la propia legislación deja perfectamente claro que éstas son gestoras de servicios no contratistas de obras, prohibiendo que ellas mismas realicen directamente las obras. Lo que es perfectamente coherente con su función. Ahora bien, hay que entender que se trata de un concepto de gestión amplio. En el supuesto de la promoción pública de vivienda el tema es perfectamente claro, se busca que las empresas sean promotoras no constructoras. Como se ha visto gestionar el servicio de promoción de viviendas municipal, no solo es el realizar la construcción del edificio, hay actuaciones previas urbanísticas, de redacción de proyectos de edificación, seguridad y salud etc., de dirección de obras, de acogimiento al régimen de protección...



Consecuentemente con ello, la legislación relativa a las sociedades urbanísticas es muy clara: “promueva pero no construya”. En este sentido el reiterado Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, en su artículo 5.3 indica que:

*“La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente”.*

Las Comunidades Autónomas, igualmente se manifiestan en este sentido. Se puede destacar la comunidad de Madrid, que en el artículo 75 de la Ley 9/2001, establece que las sociedades que gestionan el servicio de urbanismo en ningún caso podrán proceder directamente a la ejecución material de las obras. O Canarias que en el artículo 92 del Decreto Legislativo 1/2000, preceptúa que en ningún caso podrán las sociedades urbanísticas proceder directamente a la ejecución material de las obras.

El Decreto 29/2011, de 19/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha indica en su artículo 18 que:

*“Las sociedades urbanísticas adjudicarán la ejecución de las obras correspondientes de acuerdo con lo previsto en la normativa de contratación de las Administraciones públicas. En ningún caso podrán estas sociedades proceder directamente a la ejecución material de las obras”.*

## **2.2.- EJERCICIO HABITUAL DEL OBJETO SOCIAL: EL ENCARGO DE GESTIÓN**

### **2.2.1.- Configuración inicial de la sociedad**

Partiendo de una sociedad pública urbanística local de capital íntegro de la administración, las actuaciones habituales y ordinarias se determinan en dos momentos, el inicial, mediante la configuración de la sociedad con su objeto social y en un momento posterior, mediante la concreción de determinadas actividades y funciones que van surgiendo en la actuación de la sociedad y en base a las necesidades que van apareciendo tanto en la actuación de la Administración Local como de la propia sociedad.

Con carácter general, la determinación del objeto social de la sociedad en el expediente administrativo de constitución la legitima para prestar todos aquellos servicios de competencia de la administración sin necesidad de expreso y concreto encargo.

En este sentido, se puede considerar el expediente administrativo como un “macro y genérico encargo/encomienda de gestión”, pues mediante el mismo la administración configura la sociedad, analiza los distintos aspectos técnicos, económicos y jurídicos concurrentes, realiza los distintos estudios que justifican

su creación y las ventajas inherentes al servicio así prestado, y determina qué actividades y servicios se prestarán por la referida sociedad, fijándolos en su objeto social.

Esta configuración inicial no se encuentra en el aire sino que se concretan en ella las actividades que ha de realizar, su determinación y justificación económica y financiera, e incluso cronológica, determinando en un estudio económico-financiero de viabilidad las distintas actividades o servicios que irá realizando la sociedad en un horizonte temporal, intentando, en la medida de lo posible, que se configure como una sociedad de mercado al objeto de su configuración dentro de las sociedades del artículo 4.2 del Reglamento de Estabilidad Presupuestaria.

Además de ello, tras la nueva redacción del artículo 85.2, que, como se ha analizado detenidamente, introduce un nuevo y confuso párrafo que indica: *“Sólo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”*.

Además de este contenido material, desde el punto de vista formal, el expediente como si de una ordenanza se tratase es publicado y sometido a información pública durante 30 días, no aprobándose definitivamente hasta que, en su caso, se responda a las alegaciones presentadas.

Se trata por lo tanto de una verdadera norma de creación en la que se establece de forma expresa y clara que se trata de un medio instrumental y propio o servicio técnico del que se vale la administración local para la prestación de forma directa de un servicio público. Además de esta configuración y determinación genérica y previa del actuar de las referidas sociedades, anualmente existe otro instrumento específico donde se concretan las diferentes actuaciones de la sociedad, tanto en su labor de gestión de los servicios delegados, como en su actividad económica propia. Se trata del documento denominado PAIF (Programa de Actuación, Inversiones y Financiación) que, de acuerdo con la normativa de haciendas locales deben elaborar las sociedades determinando la previsión de ingresos y gastos de cada anualidad y ser aprobada por el Ayuntamiento<sup>302</sup>.

Este encargo genérico de gestión de servicios públicos es el que determina la esencia de la relación entre la administración y su sociedad, pues establece el

---

<sup>302</sup> Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004) y el Real Decreto 500/1990.

marco general de estas relaciones entre una y otra, relación que, evidentemente, se encuentra, como se ha analizado, fuera del ámbito de regulación de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ello es lógico, pues es la sociedad, como se ha indicado, el elemento establecido dentro de la potestad de autogobierno de la administración titular para la gestión de los servicios relativos al objeto social de que la ha dotado.

En este sentido, como no podía ser de otra manera, se pronuncia el ya indicado artículo 8 de la LCSP que, tras definir el contrato de gestión de servicios públicos en su apartado 2 indica literalmente que: *“Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*.

La normativa urbanística de las Comunidades Autónomas, pues nos encontramos analizando a las Sociedades Urbanísticas, prevén en esta misma línea, que estas sociedades son una forma de gestión directa del urbanismo y configuran esta relación con sus administraciones fuera de la normativa de contratación, entre otras, se pueden destacar:

- a) El Principado de Asturias establece en la relación entre la Administración y su Sociedad que, cuando se trate de Sociedades Urbanísticas de capital íntegramente público, no se requerirá licitación por parte de la administración del Principado, entidades locales y entidades jurídico-públicas que formen parte de ellas, cuando se les asignen las encomiendas relacionadas, así como tampoco el encargo de tareas o cometidos propios de la actividad urbanística que, aun desarrollándose en régimen de derecho privado, fuera propia de la competencia en esa materia de la Administración encomendante. (Decreto Legislativo 1/2004, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo).
- b) La Comunidad de Castilla y León, tanto a nivel local como a nivel autonómico, indica que se puede realizar “encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia” a estas sociedades (Ley 5/1999 de Urbanismo).

El hecho de que no es aplicable la normativa de contratación pública cuando se trate de la relación administración/sociedad instrumental ha sido reiterado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia. Así, la Sentencia TJCE de 12 de Julio de 2001, “Proyecto Scala 2001” comentada por Tomás Ramón Fernández, indica que:

*“No hace falta decir, porque es obvio, que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de esas obras (ejecución de los sistemas generales o de obras aisladas), la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la vigente legislación de contratos de las Administraciones públicas, adaptada a la Directiva 93/37 y a las demás normas*

*comunitarias, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las leyes de régimen local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes públicos “ad hoc” y de sociedades mercantiles. Mientras aquéllos y éstas no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva 93/37 queda al margen porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos”.*

La doctrina mayoritaria, entre los que destaca Santiago Muñoz Machado, indica que la ejecución de la obra por los propios medios, evita, desde luego, la aplicación de la normativa comunitaria y la doctrina de la Sentencia del asunto Scala. Si las obras se ejecutan por un tercero, financiándolas la Administración pública, se aplica sin duda la Directiva 93/37. Pero si la Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades mercantiles, no hay razón para aplicar la directiva citada, porque no se está actuando mediante la contratación de terceros, sino utilizando entes instrumentales propios. Cuestión distinta sería la ulterior utilización por estas sociedades o entes instrumentales de otras empresas mercantiles a las que adjudicar, total o parcialmente, las obras. Si éstas se realizan a través de terceros, la contratación quedaría sometida al régimen de concurrencia. Sin embargo, si la ejecución es directa por aquellas entidades o empresas, tal régimen queda excluido.

### **2.2.2.- Encargos propios de la actividad de la sociedad**

La relación genérica y ordinaria de la gestión de los servicios y/o actividades económicas que se concreta inicialmente en el objeto social, como se ha indicado, posteriormente se va definiendo según los casos y en función de los distintos elementos que sean necesarios o convenientes para ello, en virtud de la adopción de una amplia gama de posibilidades: Convenio de gestión de servicios públicos, convenio urbanístico, encargo de la Administración y aceptación expresa o tácita de la sociedad instrumental.

Todo ello, teniendo en cuenta lo ya indicado de que ya se han definido muchas de las actuaciones previas, con el estudio de viabilidad económica financiera que es de carácter plurianual, al objeto de la sectorización y de que anualmente se aprueba por la Corporación el PAIF y este forma parte como anexo del Presupuesto municipal.

En relación a este último, el PAIF, es necesario indicar que el texto Refundido de la Ley de Haciendas locales (RDL 2/2004) y el Real Decreto 500/1990, hacen referencia a los mismos. Así el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece que:

*“1. Las Entidades locales elaborarán y aprobarán anualmente un Presupuesto General en el que se integrarán:*

- a) El Presupuesto de la propia Entidad.*
- b) Los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma.*

- c) *Los estados de previsión de gastos e ingresos de las Sociedades Mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local*”.

Al objeto de la integración de dichos estados de previsión, el art. 111 del Decreto 500/90, establece que las sociedades deben de remitir sus previsiones de ingresos y gastos al ayuntamiento.

En concreto, profundizando los medios concretos, dentro de la amplia libertad que concede la normativa y la jurisprudencia analizada puede verificarse por:

- a) *Convenio urbanístico* entre la Administración matriz y la sociedad urbanística. Estos se encuentran ampliamente regulados estos últimos en las legislaciones urbanísticas de las CC.AA.

En concreto, entre otros se destacan:

- La Comunidad de Andalucía, que en la LOUA regula en sus artículos 92 y 95, respectivamente, los convenios con las sociedades públicas interadministrativos de colaboración y convenios urbanísticos de gestión.
  - El Principado de Asturias establece que el contenido y alcance de la encomienda o encargo habrá de formalizarse en convenio al efecto, en el que la sociedad tendrá la consideración de ente instrumental de la Administración en cuestión.
  - La comunidad de Extremadura: en el artículo 113 de la Ley 15/2001, autoriza a estas empresas públicas y a las Administraciones que las han creado, sus organismos dependientes o adscritos y los consorcios o cualquiera de éstos a suscribir convenios con fines de colaboración, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local.
  - La Región de Murcia en el artículo 158 de su DL 1/2005, indica que las mismas firmen convenios para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste.
- b) *Encargo gestión concreta de una actividad por parte de la Administración matriz y aceptación expresa* por el órgano de administración de la sociedad instrumental. El Pleno de la Corporación, como competente en la materia, puede materializar dicho contrato a personas permitidas por el ordenamiento jurídico. Ese encargo se acepta por el órgano de la sociedad competente para tal fin: el Consejo de Administración, Consejero Delegado o Director Gerente con competencia al efecto. Esta aceptación se configura como aceptación expresa.
- c) *Mandato o Encargo de la Administración matriz y aceptación tácita* de la sociedad instrumental manifestada en actos de ejecución de la encomienda (Artículo 1710 C.c.).

Estos últimos supuestos son igualmente reconocidos expresamente por normativa urbanística autonómica, en concreto: La Comunidad de Castilla y León, tanto a nivel local como a nivel autonómico indica que se puede realizar “encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia” a estas sociedades. Igualmente Galicia permite que se

encomienden a sus Sociedades Urbanísticas “la ejecución de las obras de urbanización, las operaciones de gestión y ejecución del polígono”.

## **2.3.- ENCARGOS ESPECÍFICOS: LA ENCOMIENDA O MANDATO DE GESTIÓN**

### **2.3.1.- Concepto de la encomienda o mandato de gestión**

El TRLCSP, como ya se ha analizado en profundidad, prevé la posibilidad de que la administración encomiende a su sociedad una “determinada prestación” y su expresa exclusión de dicho encargo de la normativa contractual pública cuando se trate de una sociedad instrumental cuyo único accionista es la administración. A modo de resumen hay que recordar que están excluidos de la Ley, de acuerdo con el artículo 5 en su letra “n”: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Santiago González-Varas<sup>303</sup> considera que: «dentro de los contratos excluidos de la LCSP, puede citarse el caso de los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, realice una determinada prestación. Este supuesto se refiere a las encomiendas de gestión que puedan pretender realizarse a otras entidades, planteándose cuándo ha de regir la ley pública de contratos y los principios de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta en este tipo de casos.

*El referido artículo 24.6 de la misma LCSP 30/2007, en el que se prevé el supuesto de la encomienda de gestión, se encuadra dentro del artículo dedicado a regular la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares: “a los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.*

<sup>303</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2007), páginas 12 y 13.

*Así pues, la vinculación estricta de la entidad encomendada respecto de la encomendante explica la posibilidad de entender que nos situamos ante encomiendas de gestión que se sitúan dentro de los contratos o negocios excluidos de la aplicación de la LCSP 30/2007».*

La figura, como igualmente se ha visto, no se encuentra ni definida ni convenientemente regulada en nuestro derecho. Por ello, el Tribunal de Cuentas en las recomendaciones del citado informe 1003 recomienda que:

- 1) Se proceda al cambio de denominación de la figura regulada en los preceptos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de evitar confusiones con la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la Ley 3/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- 2) Se proceda a una regulación integral de los encargos de gestión regulados en los artículos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de dotarlos de mayor seguridad jurídica, homogeneidad y mayores controles sobre las prestaciones encomendadas a los medios propios de la Administración.

Por ello, concluye Julio Tejedor<sup>304</sup> que, hasta ese momento, en todo caso, las limitaciones a la contratación en el marco de los encargos de ejecución a medios propios no pueden buscarse en la Ley, razón por la cual el Tribunal de Cuentas, además de requerir una adecuada justificación de la necesidad de la encomienda (recomendación tercera), propugna “que, en tanto no se proceda a la mencionada modificación legislativa, la Administración General del Estado establezca en las resoluciones de encomienda, estatutos de sus medios propios y demás normas reguladoras de los encargos que se encomienden a los mismos, limitaciones a la actividad que estos puedan contratar con terceros en relación con los encargos conferidos, a fin de evitar que la encomienda de gestión se convierta en un medio exclusivamente dirigido a orillar el régimen de contratación pública correspondiente al poder adjudicador encomendante, con el consiguiente encarecimiento de las prestaciones encargadas originado por el sobrecoste que implica la intermediación del medio propio” (recomendación cuarta).

### **2.3.2.- Requisitos encomienda**

La realización de la encomienda requiere una serie de elementos específicos, además de los establecidos para el medio propio, que, siguiendo a la doctrina mayoritaria y especialmente a Fernando García Rubio (García Rubio, 2010, páginas 51 a 57) son los siguientes:

#### **A) Inclusión en el objeto social**

En primer lugar es necesario que la prestación determinada encomendada por la administración pueda ser realizada por la sociedad y para ello debe estar incluida en el objeto social de ésta. Como se ha visto es el objeto social el que

---

<sup>304</sup> TEJEDOR BIELSA (2014). Página 406.

determina la capacidad de actuación de las sociedades, objeto social que se encuentra inserto en los estatutos que están inscritos en el registro mercantil, tras su elevación a escritura pública.

Así, como indica Fernando García Rubio, estaríamos dentro de dicho régimen jurídico de la encomienda si *“se recoge en el objeto social de las respectivas sociedades mercantiles la realización de las encomiendas que se pretendan acometer, siempre que entren dentro del concepto de competencia municipal amplio, previsto en el artículo 25 en relación con el 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, anteriormente citada, y que careciendo el correspondiente Ayuntamiento de medios humanos suficientes, o de experiencia en la realización de las actividades que se encomienden o en la gestión de éstas, que puedan tener una naturaleza fundamentalmente técnica y dada la proyección social de dichas actividades con respecto a los servicios complementarios, pudiera parecer conveniente un control municipal de la prestación”*.

No obstante esta afirmación, siguiendo el criterio manifestado en relación a la naturaleza de la encomienda, como la utilización de una organización ya establecida, instrumental o medio propio de la administración, para una actuación o prestación excepcional, por un lado, teniendo, por otro, en cuenta la afirmación de que en estas actuaciones lo que predomina es el carácter del encomendante y no del encomendado (mandato de gestión) y que en muchos supuestos lo que se produce, en realidad, es un mandato no representativo, pues los efectos se trasladan inmediatamente al mandante. Y, por último, el hecho de que las sociedades actúan sometidas “íntegramente” al Derecho privado, especialmente al mercantil y que éste derecho permite excepcionalmente que la sociedad exceda o sobrepase su objeto social, concluimos que la administración puede de forma excepcional y siempre que se trate de una actividad objeto de su competencia realizar una encomienda de gestión a una sociedad medio propio suyo aunque no se encuentre específicamente en su objeto social.

## **B) Necesidad de acuerdo de encomienda**

Para la realización de la encomienda es necesaria la adopción por el Ayuntamiento u órgano del acuerdo de encomienda. En el acuerdo de la encomienda hay que destacar que es necesario que se determine el modo de financiación de la misma. Si como se ha visto la encomienda es un “mandato” de acuerdo con la normativa civil el mandatario debe de salir “indemne” del mandato. Para lograr esto deben de fijarse las tarifas, en este sentido el artículo 24.6 del TRLCSP es claro al indicar que “cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”. A modo de ejemplo se puede citar la Orden FOM/3806/2008, de 18 de diciembre, sobre la aprobación de las tarifas sobre las encomiendas de gestión de la Administración Estatal a las empresas mercantiles del sector de transporte INECO y TIFSA.



### **3.- RELACIONES EXTERNAS: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN**

#### **3.1.- PLANTEAMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

A las sociedades mercantiles públicas de ámbito local, ya se ha reiterado, le es de aplicación con carácter general el Derecho Privado, pues se registrarán *“íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado”*<sup>305</sup>, no obstante ello por su carácter de sociedad pública dependiente en su totalidad de una administración u organismos públicos, esta aplicación general tiene ciertas excepciones y precisamente la normativa de contratación es una de ellas.

Un problema histórico en el Derecho contractual español ha sido precisamente determinar el alcance de la aplicación a las sociedades públicas del derecho administrativo regulador de la contratación, y su adecuación a lo establecido en la normativa de Régimen Interior de la Unión Europea.

Como se analizará seguidamente, el proceso no ha sido pacífico y la transposición de las Directivas Europeas (denominadas de “Mercado Interior”) al derecho interno no siempre ha sido considerada acertada y ha debido ser el TSJCE el que en distintas resoluciones determinó la inadecuación de nuestro derecho a las Directivas, obligando al Estado Español a realizar un largo proceso que ha lugar a distintas modificaciones normativas. Desde 1995 a 2007, se ha llegado a modificar la regulación más de cinco veces, como posteriormente analizaremos.

Inicialmente, las directivas de aplicación al sector y que debieron ser tenidas en cuenta y consecuentemente trascritas por la normativa española de 1995, eran las siguientes:

- Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.
- Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.
- Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras.

El legislador Español, en principio, consideró que estas Directivas habían sido implementadas por la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones

---

<sup>305</sup> Se recuerda aquí el ya reiterado artículo 85 ter de la LBRL que indica en su párrafo 1.º que: “las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo”.

Públicas (LCAP) y así expresamente se indica en su Exposición de Motivos<sup>306</sup>. La realidad demostró posteriormente que ello no fue así como se analizará seguidamente.

En un primer momento, la LCAP y su Texto Refundido, en su Disposición Adicional 6.<sup>a</sup>, sometían la actuación de estas sociedades a los principios de “publicidad y concurrencia”, excluyéndolas con carácter general de la aplicación de la propia Ley. Regulación que se mantuvo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, publicado por el Real Decreto Ley 2/2000.

Esta regulación fue criticada por sectores doctrinales al considerar que el Estado español no había transpuesto convenientemente las directivas europeas sobre contratación pública. Se basaban en el hecho de que las sociedades mercantiles públicas se encontraban dentro de la figura de “Poder Adjudicador”, perfilado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por lo que no se las podía excluir de la aplicación de Ley en la forma en que lo hacía la normativa española.

El alto Tribunal Europeo estableció que para el derecho comunitario lo importante no son las distintas y variadas formas organizativas sino el denominado “poder adjudicador”, fórmula inespecífica con la que se está aludiendo a cualquier tipo de formas organizativas que tiene su encuadramiento en el sector público, con la influencia dominante de la administración matriz y que cuando se habla de cualquier tipo de forma organizativa se refiere también a las formas jurídico-privadas. En esta línea fue definitiva la Sentencia de 15 de mayo de 2003, que condenó al estado español

---

<sup>306</sup> La Exposición de Motivos de la Ley indica que: “Además, la pertenencia de España a la Comunidad Europea exige la adecuación de nuestra legislación interna al Ordenamiento Jurídico Comunitario, recogido, en materia de contratación administrativa, en diversas Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios, aplicables, precisamente por su carácter de Derecho Comunitario, a todas las Administraciones Públicas.

.../...

Igualmente la Comunidad Europea ha adoptado la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios y por incorporación de los textos primitivos y sus modificaciones posteriores, ha adoptado las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE que constituyen los textos refundidos de las Directivas vigentes en materia de contratos de suministro y de obras, respectivamente, siendo el contenido de las tres últimas citadas Directivas el que resulta procedente incorporar, y así se realiza, al texto de la Ley. Igualmente se han tomado en consideración los aspectos relativos a la Contratación Pública resultantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que entró en vigor el 1 de enero de 1994 y algunos derivados del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido. Tampoco se ha estimado procedente, por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta, la incorporación de la Directiva 90/531/CEE, sobre los denominados sectores excluidos, hoy sustituida por el Texto Refundido que constituye la Directiva 93/38/CEE, aunque se prevén las medidas necesarias para su aplicación a Entidades Públicas sujetas a la Ley, en las fechas que la propia Directiva señala para los contratos de obras, suministros y servicios”.

en el caso TRACSA, por considerar que en la normativa interna no se había realizado adecuadamente la transposición de las directivas.

Ante ello, el Legislador español reaccionó con la reforma del TRLCAP, por la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2004 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). Se reformó el ámbito subjetivo de la aplicación misma y se refieren a ello tanto al artículo 2 del Texto refundido como la Disposición Adicional Sexta, estableciendo ya una serie de criterios de aplicación en mayor o menor medida, en base a la naturaleza de la actividad y en función de una serie de umbrales económicos en relación a la cuantía de la contratación.

Profundizando en esta línea, Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo (de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública), que realizó nuevas modificaciones del artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta. Igualmente la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, volvió a modificar el artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta.

A pesar de estas reiteradas modificaciones, que posteriormente se analizarán, las directivas europeas seguían sin estar adecuadamente implementadas en la legislación española y así era manifestado por la Doctrina más acreditada y la propia Jurisprudencia.

En este orden de cosas, se publican nuevas Directivas, la 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Ante las modificaciones legislativas europeas y la proliferación de las críticas doctrinales y reveses jurisprudenciales, se procedió a una nueva modificación en profundidad de la materia de contratación de las sociedades mercantiles públicas para transponer al ordenamiento jurídico español las nuevas Directivas. A tal fin se publican la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La primera de ellas, la LCSP, establece ya la aplicación de los criterios de las Directivas en relación con las Sociedades Urbanísticas, si bien de una forma íntegra para contratos que por su cuantía o especialidades se encuentran sometidos en gran medida a la normativa europea, denominados contratos SARA o “sometidos a legislación armonizada”, si bien se mantiene una aplicación atenuada para aquellos que no reúnen las anteriores características, los contratos No SARA, “no sometidos a legislación armonizada”. El Texto Refundido de la Ley, aprobado por el Real Decreto-Ley 3/2011, no ha variado la referida regulación.

Esta situación cambiará necesariamente en muy breve plazo, pues recientemente el Diario Oficial de la Unión Europea, el 28 de marzo de 2014, ha publicado las tres nuevas directivas que regirán la contratación pública en Europa en los próximos años. Los Estados deberán incorporarlas a sus respectivos ordenamientos antes del 18 de abril de 2016.

Hay que recordar, como indica el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) para situar la importancia de esta normativa, que la contratación pública (lo que el Sector Público, es decir, las Administraciones, Empresas Públicas, Organismos Autónomos, etc. demandan a las empresas privadas), supone el 18 por ciento del producto interior bruto (PIB) de la Unión Europea, aproximadamente unos 25.000 millones de euros anuales.

Las nuevas directivas que vienen a sustituir a las actualmente vigentes son las siguientes:

- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública, que deroga la anteriormente citada, la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales que deroga la anteriormente citada, la Directiva 2004/17/CE.
- Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la más novedosa, pues carece de precedente en la normativa comunitaria.

De entre las muchas novedades que se recogen en las nuevas directivas, de acuerdo con el MINHAP, destacan las siguientes:

- a) Priorizan la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o la innovación –en este último caso con la introducción de un nuevo procedimiento: El de asociación para la innovación- sobre el precio.
- b) Eliminan burocracia y costes para las empresas –lo que redundará en una mayor participación de las PYMES-, al exigirse sólo al adjudicatario la presentación de la documentación original que acredite el cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas para contratar, siendo en el resto de los casos sustituida por declaraciones de los propios participantes en el proceso de contratación.
- c) Se establecen disposiciones para garantizar que los subcontratistas cumplan las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, a la par que se habilita la posibilidad de que en el caso de impago por el contratista, sea la entidad contratante quién pague directamente a los subcontratistas.
- d) Los Estados miembros continuaran teniendo libertad para decidir cómo deben llevarse a cabo las obras públicas o funcionar los servicios públicos, bien sea de manera interna o bien externalizando a empresas

privadas. En este sentido, la nueva directiva 2014/23/UE, no exige la privatización de las empresas que presten servicios al público.

Las nuevas directivas, excepto preceptos puntuales, ya han entrado en vigor (a los veinte días de su publicación en el D.O.U.E.) y deberán ser objeto de transposición a los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, como se ha indicado, antes del 18 de abril de 2016.

En la actualidad se encuentra en trámite de aprobación el Proyecto de Ley, incluso ciertas características previstas en las nuevas directivas, han sido incorporadas al actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto la relativa a la sustitución de la obligación de presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos exigidos para contratar, por una declaración responsable firmada por el licitador o candidato.

Junto a estas directivas y como complemento de la mismas, el Parlamento Europeo aprobó el 11 de marzo de 2014 la Directiva sobre Facturación Electrónica en la Contratación Pública, que ya ha sido publicada en el DOUE, convirtiéndose en la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. Esta Directiva obliga a los Estados Miembros de la UE a aceptar facturas electrónicas en los contratos públicos. Estas facturas electrónicas tendrán que ser conformes con una norma europea para el modelo de datos semánticos destinado a los elementos esenciales de una factura electrónica (es decir, sobre qué información debe contener la factura) y con un número limitado de sintaxis (es decir, de normas sobre cómo escribir esa información). Normativa que como se analizará posteriormente ya ha sido transpuesta al derecho español.

### **3.2.- MODIFICACIONES NORMATIVAS**

Se analizarán con detalle las distintas y sucesivas modificaciones de la normativa de contratación en al proceso de adecuación de la normativa interna a las directivas europeas a que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

#### **3.2.1.- Ley Contratos Administraciones Públicas (Ley 15/1995) y su Texto Refundido (RDL 2/2000)**

En un primer momento, la Ley 13/1995 LCAP y su Texto Refundido, RDL 2/2000 (TRLCAP), siguiendo el criterio del Reglamento General de Contratación (Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>) que establecía con carácter general la exclusión de la aplicación de la ley a la actuación de las sociedades mercantiles públicas sometiéndolas a los principios de publicidad y concurrencia, como se ha visto.

A esta conclusión se llegaba tanto desde un punto de vista negativo, por no incluirse dentro de su ámbito de subjetivo de aplicación (art. 1.<sup>o</sup>), y positivo, porque se establece un régimen específico y concreto para ellas (Disposición Adicional 6.<sup>a</sup>). Lo analizaremos más detenidamente:

### a) Desde el punto de vista negativo.

Las sociedades mercantiles instrumentales no se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la nueva Ley, al no poder ser incardinadas dentro del artículo 1.<sup>o307</sup>.

Por otra parte, tampoco pueden incluirse dentro del apartado 3.º del referido artículo que indica la aplicación a: “... las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que se den los siguientes requisitos:

- *Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*
- *Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público”.*

Como ha manifestado la doctrina, por la redacción y lógica del artículo, han de concurrir ambas condiciones en las entidades de derecho público, la de no mercantilidad y la de financiación, presuponiendo la previa la naturaleza pública del actuante “ente” (personalidad jurídica pública).

De entrada, como se observa, no sería de aplicación el presente precepto a empresa instrumental. Por un lado, al ser una sociedad mercantil, no reúne la cualidad de ente público, lo que hace ya innecesario el estudio de las condiciones específicas. Y por otro, aun cuando sea a efectos de despolemizar

---

<sup>307</sup> El citado artículo 1 (Ámbito de aplicación subjetiva) establecía:

1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.
2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:
  - a) La Administración General del Estado.
  - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
  - c) Las entidades que integran la Administración Local.
3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:
  - a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
  - b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la disposición final primera.

el tema, estas condiciones no le son de aplicación, pues, aun cuando se pudiera entender aplicable el segundo (financiación y control efectivo) de los apartados referenciados (si por entidades se puede entender incluidas las sociedades mercantiles, lo que ya se ha afirmado no está de acuerdo ni la doctrina, ni la Jurisprudencia), se consideraba que no le era de aplicación el primero, ya que siempre tienen carácter mercantil, pues se impone necesariamente por la legislación específica la mercantilidad del objeto en las sociedades capitalistas (Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada), como son éstas. No obstante ello, veremos posteriormente que el criterio interpretativo de la mercantilidad ha cambiado posteriormente pues se referirá no a la forma, sino al objeto de la sociedad.

#### **b) Desde un punto de vista positivo.**

La nueva Ley regula esta materia de forma específica, estableciendo un régimen jurídico particular fruto de la finalidad y objetivo de las mismas.

En su Disposición Adicional Sexta<sup>308</sup>, establece los “Principios de contratación del Sector Público”, entendiéndose por tal las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, o entidades de derecho público. Indicando expresamente que éstas *“se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”*.

Los requisitos que debían de reunir estos integrantes del sector público, a tenor de lo establecido en la D.A. 6.<sup>a</sup> eran los siguientes:

- a) **Forma mercantil**, es decir han de ajustar su forma a una de las previstas por la legislación mercantil, que en el ámbito local lo harán siempre por imposición del artículo 89 del Reglamento de Servicios de Corporaciones locales (RSCL) que establece que: *“la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento”*.
- b) **En su capital ha de ser mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas** o de sus Organismos Autónomos, o entidades de derecho público. Es decir, comprende tanto a las empresas instrumentales o de capital íntegramente público, ya sean de primer nivel o escalón constituida directamente por la administración, como de segundo, las constituidas por otros entes o sociedades públicas. Incluyéndose

---

<sup>308</sup> La Disposición Adicional Sexta indicaba que: “Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

también las sociedades mixtas, entendiendo por tales aquellas que dan entrada al capital privado minoritariamente.

En su actuación, indicaba la norma, han de ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Esta nueva regulación tenía la ventaja de emplear, siguiendo la Jurisprudencia, un criterio más amplio que la antigua legislación, pues se refiere al sector público y no a las empresas nacionales.

Estos principios se caracterizan por dos notas concretas:

1. Los principios de publicidad y concurrencia se formulan genéricamente sin determinar cuál es su alcance.
2. No se establece la supletoriedad de los modos de la Ley que establecía la referida D.A. 2.<sup>a</sup> del Reglamento, hoy derogado, no habiendo declaración en tal sentido en la nueva Ley.

Esta última de las afirmaciones quedaba perfectamente determinada en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (informe 24/95, de 24 de octubre de 1995) que establece en la Segunda de sus consideraciones que: *“Aparte de las salvedades de que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sujeta la actividad contractual a los reseñados principios e, insistiendo en que la misma regulación existía con anterioridad a su entrada en vigor, cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguna la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente”*.

En esta misma línea, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha n.º 64/1999, de 21 de septiembre, indica que: *“Igualmente debe tenerse en cuenta que la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 1.3 y en la Disposición adicional sexta, ha excluido de su ámbito de aplicación a «las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o entidades de derecho público», cuya actividad contractual se sujeta tan sólo a los principios de publicidad y concurrencia, «salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios». En definitiva, se trata de una somera referencia a unos principios generales cuya articulación carece de regulación legal, dado que el legislador no se remite a las prescripciones de la LCAP, principios que incluso la norma permite que sean excepcionados siempre que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con aquéllos”*.

Es decir, combinando ambos aspectos, las sociedades públicas habían de dar publicidad y concurrencia a la contratación, no siéndole de aplicación supletoria los criterios y modos de la Ley de contratos.



Establecido ello, era indudable que había que fijar unos criterios determinantes del actuar para dichas empresas. Criterios que determinasen el alcance de la publicidad y la concurrencia que evidentemente debían ser establecidos por la entidad matriz o por medio de los órganos de gobierno de dichas sociedades. Por ello se seguía, en primer lugar, el criterio determinado por la propia corporación propietaria en el momento de su constitución en virtud de su potestad de autoorganización. En este sentido y con carácter meramente indicador, se tenía en cuenta la antigua legislación de contratos que afirmaban que “Cuando el volumen de contratación lo justifique, los Consejos de Administración deberán aprobar instrucciones y pliegos generales para la contratación de obras y suministros por la Empresa o Entidad”. Además de ello, en segundo lugar, se establecían los criterios en la aprobación de los pliegos aprobados por el órgano de contratación, generalmente el Consejo de administración.

Con esta regulación, se consideró por el legislador Español, como ya se ha visto, que las Directivas sobre contratación habían sido adecuadamente implementadas pero la Doctrina y la Jurisprudencia no lo consideraba así, por seguir ignorando el concepto europeo del “poder adjudicador”.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas siguió claramente esta línea:

- En la sentencia de 17 de diciembre de 1998 (comisión contra Irlanda) Coillte Teorante.
- En otra sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagbau, organismo austríaco dedicado a imprenta oficial.
- Un paso más en el desarrollo de estas ideas (concepto funcional de organismo público) da la importante sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding que se ocupa del término necesidades de interés general.
- En esta línea es definitiva la Sentencia de 15 de mayo de 2003, que condena al Estado español en el caso TRACSA, por la no transposición adecuada de las directivas.

Especial comentario merece esta última y definitiva sentencia de 15 de mayo de 2003, en la que el Tribunal de la UE condena a España por el incumplimiento de la Directiva 89/665 del Consejo, de 21 de diciembre, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los públicos.

La demanda de la comisión, como indica José Manuel Díaz Lema<sup>309</sup>, pedía la condena por considerar que la normativa española en relación a las Sociedades Públicas incumplía tres aspectos concretos de la Directiva, a saber: En primer lugar, porque excluía a las sociedades mercantiles de capital público de la normativa comunitaria de adjudicación de contratos públicos; porque, en segundo lugar, la normativa española no contemplaba la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite, excepto en ciertas circunstancias

---

<sup>309</sup> DÍAZ LEMA (2003), página 488.

cualificadas; y, en tercer lugar, porque las medidas provisionales tanto en la normativa administrativa como contenciosa, a criterio de la Comisión, eran insuficientes, por cuanto solo podían ser adoptadas con carácter accesorio y dependientes del recurso sobre el fondo del asunto.

El TSJCE da la razón a la Comisión en la primera y tercera de ellas, si bien considera que en lo relativo al recurso de los actos de trámite, la trasposición de la Directiva era la adecuada.

El Tribunal europeo analizó los siguientes criterios para calificar una sociedad como “no económica” en el caso de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. SIEPSA:

- a) Naturaleza: Creación específica para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Planes de Entidades Públicas.
- b) Objetivos: Las necesidades de interés general a satisfacer están intrínsecamente vinculadas al poder público.
- c) Dependencia: Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a la Empresa conforme a criterios aprobados por el poder; en definitiva la empresa realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.
- d) Mercado: Si existe un mercado de los bienes y servicios ofrecidos por la empresa o la actividad de la empresa no tiene competencia en el mercado: La sociedad no puede ser considerada como un organismo cuando opera en competencia con otros operadores económicos.
- e) Generación de beneficios: Debe quedar descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.
- f) Instrumental: Consiste en contribuir a la realización de la política del Estado.
- g) Riesgos: Con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de la empresa, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Ente y por ello el Estado, como único accionista, tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de la Empresa.

El citado Catedrático, José Manuel Díaz Lema, comenta tras la Sentencia que: *“Es en el sector local –en el que han proliferado en los últimos años las sociedades de capital público- donde la Sentencia comentada está llamada a ejercer una influencia muy notable. Pues la normativa comunitaria sobre contratos públicos será de aplicación tanto a las sociedades locales de capital íntegramente público, como a aquéllas donde se cumplan los requisitos adicionales antes señalados: actividad mayoritariamente financiada por la entidad local, gestión sujeta a la supervisión de la misma, o designación de más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o*

*supervisión por la entidad local. A grandes rasgos se puede decir que las sociedades locales de capital mayoritariamente público deberán someterse igualmente a la normativa comunitaria sobre contratos públicos, siempre que se cumplan los otros dos requisitos que definen a los Organismos de Derecho Público: estar dotados de personalidad jurídica y haber sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil*<sup>310</sup>.

En la misma línea se manifiesta Santiago González-Varas que indica que *“sobre la cuestión que nos ocupa acaso la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 (asunto 214/00) ha sido la más relevante: en el Derecho español, a partir de esta sentencia la adjudicación de entidades con forma jurídico-privada que realicen funciones administrativas (de satisfacción de interés general) han de seguir el régimen general del TRLCAP (ya no sirve aplicar la DA 6, y la jurisprudencia condescendiente del TS: STS de 4 de junio de 2001 y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 24/95)”. Y que por si quedaban dudas, “la STJCE de 13 de enero de 2005 C-84/03 vuelve a condenar al Reino de España por excluir del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública a las entidades de Derecho privado que cumplan funciones de satisfacción de interés general*<sup>311</sup>.

### **3.2.2.- Modificaciones posteriores de la LCSP**

#### **3.2.2.1.- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.**

Tras la citada sentencia del TSJCE era necesario proceder a la urgente modificación de la legislación contractual y ésta se realizó por la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2004. La reforma se refiere tanto en relación al ámbito subjetivo de la misma, al artículo 2 del Texto refundido, que ya habla de *“sociedades de derecho privado”* dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, como a la Disposición Adicional Sexta, estableciendo una serie de criterios de aplicación en mayor o menor medida por la naturaleza de la actividad y en función de una serie de umbrales económicos en relación a la cuantía de la contratación, dando entrada al concepto europeo de “poder adjudicador” pero sin utilizar de forma expresa el término.

En concreto, el artículo 67 da nueva redacción a los siguientes preceptos del TRLCAP:

- a) El apartado primero del artículo 2, que quedó con la siguiente redacción:  
*«1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas*

<sup>310</sup> DÍAZ LEMA (2003), página 490.

<sup>311</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2008), página 34.

*a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.»*

- b) Se dio igualmente nueva redacción a la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: *«Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público. Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»*

Consecuentemente con ello, se modifica el criterio definidor de la sociedad pública (*sociedad de derecho privado*) a los efectos de la normativa de contratación en los siguientes términos:

Hasta el 31 de diciembre de 2003 se entendía por Sociedad Pública: «Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público (Disp. Adicional sexta Ley Contratación Pública). Era la propiedad del capital social el elemento determinante del calificativo de sociedad pública cuando la Administración dispusiera de más del 50% del capital social.

A partir del primero de enero de 2004, en base a la nueva legislación, se entiende como Sociedad Pública cuando se encuentre una empresa en alguno de los siguientes supuestos:

- La actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público.
- Gestión se halle sometida a un control por parte de las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público.
- Órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.

Además de ello, si identificamos a las sociedad urbanística como sociedad creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, debemos entenderlas sujetas a las prescripciones de la LCAP, en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del IVA, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 de derechos especiales de giro) si se

trata de cualquier otro contrato de los mencionados; y para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Consecuentemente a las sociedades públicas, de acuerdo con la nueva norma, se les aplicará un doble régimen en relación con las sociedades urbanísticas:

- a) Aplicación parcial de las prescripciones de la Ley de Contratos (artículo 2.1.º): Se le aplicará a nuestras sociedades las materia relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para:
- Contratos de obras de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros.
  - Contratos de suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 249.681 euros.
- b) Aplicación Disposición Adicional 6.ª: En contratos no comprendidos en los supuestos anteriores, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».

Para garantizar el cumplimiento de este régimen de actuación, el artículo 60 bis y la nueva Disposición Adicional Decimosexta, establecía la posibilidad, por un lado, de la adopción de medidas provisionales contra los procedimientos que no cumplan estos criterios y, por otro, la formulación de recurso de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones

### **3.2.2.2.- Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública**

Profundizando en esta línea de progresiva aplicación de la normativa de contratación, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo (de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública) realizó nuevas modificaciones del artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta, fundaciones del sector público y de los convenios firmados con las Administraciones públicas. Se trata, por esta vía, de reforzar la publicidad y transparencia y así aumentar la eficiencia en la asignación del gasto público.

Así se le da nueva redacción al apartado 1 del artículo 2; queda del siguiente modo:

*«Artículo 2. Adjudicación de determinados contratos.*

*1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c)*

y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados».

Igualmente, la disposición adicional sexta queda redactada del siguiente modo:

*«Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público. Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»*

Como se observa, la diferencia esencial se refería fundamentalmente en relación al ámbito subjetivo en relación con las sociedades mercantiles a las contempladas en el los párrafos c y d del apartado 1.º del artículo 166 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas o sociedades mercantiles equivalentes de otras Administraciones Públicas.

El referido artículo 166 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, bajo la denominación “Ámbito de aplicación”, dispone lo siguiente:

*“1. Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:*

*c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.*

*d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149,*

1781), del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos”.

Las remisiones que a su vez realiza dicho artículo son las siguientes:

1. Ley General Presupuestaria: Artículo 6.

*“1.- Son Sociedades estatales a efectos de esta Ley:*

*a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de derecho público.*

*b) Las Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.*

*2. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley”.*

2. Ley del Mercado de Valores, en su artículo 4 dispone lo siguiente:

*“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.*

*Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*

*b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.*

*c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.*

*A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas”.*

### **3.2.2.3.- Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007**

Disposición final cuarta de la Ley, se titula *“Modificación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”*.

En la misma con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida se modifica el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en los siguientes términos:

En primer lugar, se vuelve a modificar el párrafo 1 del artículo 2 (Adjudicación de determinados contratos de derecho privado), en el siguiente sentido:

*«1. Las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior».*

Además, se modifica la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda redactada del siguiente modo:

*«Disposición adicional sexta Principios de contratación en el sector público. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas, se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».*

Como se aprecia, la nueva norma realizaba una serie de modificaciones más de matiz o de perfección que de técnica legislativa. Así establecía una redacción del párrafo 1.º artículo 2 sin remisiones a otras normativas, y, esencialmente, en la D.A. Sexta extendía su cobertura a determinados aspectos de las sociedades de segundo nivel y se daba un redacción más



precisa en orden a las aportaciones mayoritarias a capital en las sociedades o en relación al patrimonio fundacional en las fundaciones.

### **3.2.2.4.- Críticas a la nueva regulación**

La referida regulación seguía siendo criticada, como ya se ha indicado, por considerar que aún no se trasponía adecuadamente las Directivas Europeas al considerar las sociedades públicas como un “poder adjudicador” impondrían una aplicación más amplia de la normativa de contratación pública.

Desde la Doctrina administrativa destaca la opinión del profesor Ricardo de Vicente que, en relación con la regulación de las sociedades, indicaba que en derecho interno el problema está resuelto por la reforma de la Ley 62/2003 en la medida que la cita de las sociedades en dos apartados de la ley, no ya solo en la Disposición Adicional Sexta sino en el apartado 1 del artículo 2 (aplicación parcial de la ley) hace que se aplique parcial o mínimamente la ley según las cuantías de los contratos. Pero ante la duda de si la nueva regulación asegura una buena trascripción de las exigencias de esa jurisprudencia en el derecho interno, considera que no ha sido así y que no se puede asegurar que el Estado español no sea de nuevo denunciado por la Comisión ante el TJCE.

Insistiendo en el tema de la indebida transposición, la Jurisprudencia, si bien no de forma reiterada, indicaba la inadecuada trasposición de la normativa europea. En este sentido, se puede destacar la Sentencia de 19 de julio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 546/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). En la misma se analiza el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Bilbao que declaraba la falta de jurisdicción del Orden Contencioso-Administrativo para conocer del recurso interpuesto por la sociedad mercantil actora contra acuerdos del Consejo de Administración de “Bérriz Sociedad Urbanística, S.A.”, de 11 de diciembre de 2003 y 9 de enero de 2004, declinándola en favor de la Jurisdicción Civil.

El Juzgado “a quo” fundaba su tesis en la diferenciación entre Entidades Públicas Empresariales y Sociedades mercantiles, entendiendo que a estas últimas no les es aplicable la Ley de Contratos ni la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero tal planteamiento, a juicio de la Sala, “simplifica la interpretación del régimen de aplicación subjetiva de la Ley, que deriva de las Directivas de la Comisión Europea, y los artículos de la LCAP son casi transposición literal de las mismas, no cabiendo decir que toda sociedad pública con forma mercantil esté siempre al margen del régimen de contratación administrativa, pues la determinación de si está sujeta o no deriva de los requisitos establecidos en el artículo 1.3, y no del 2.1, como sostiene el Juzgador de instancia. Si presenta aquellos rasgos, será poder adjudicador en la terminología del TJCE. Examina la LJCA en su artículo 2, en relación con arts. 5, 7 y 9.3 LCAP, y deduce que dicho Orden es competente para conocer de la adjudicación de un contrato, sea público o privado, si es suscrito por una entidad sujeta a la LCAP, y pese a lo que señala la resolución recurrida, defiende que no cualquier ente público con forma mercantil está excluido de ese ámbito”.

La normativa europea, continúa, resume el carácter público en que el ente sea creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica propia, y que esté mayoritariamente financiado, gestionado, administrado, dirigido o supervisado por los Poderes Públicos.

Tras dichas premisas, la sala concluye que, a “criterio de esta Sala, desde el plano de la legalidad interna el criterio resolutorio de los Autos impugnados sería plenamente acertado”, pero no así desde el punto de vista del derecho comunitario, estableciendo en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

*«TERCERO.- Hay que añadir seguidamente que el Derecho Comunitario altera sustancialmente tales esquemas de la legalidad interna, y esto obliga a no dar por sentado que la normativa vigente en el momento en que la contratación se produjo, o siquiera la que con posterioridad se ha dictado, se encontrasen plenamente adaptadas a las Directivas de aplicación y a la jurisprudencia comunitaria, que es lo que el Auto de 11 de octubre de 2004, está presuponiendo en sus F.J. Segundo y Tercero cuando incorporando al discurso resolutorio la modificación introducida por la citada Ley de 2003, aprecia que concurren en el caso los tres requisitos a), b) y c), del artículo 2.1 LCAP, pero no así el de la letra d), (en el que luego nos centraremos), dejando zanjada la cuestión a favor de la inaplicabilidad de la citada ley de contratos y de la incompetencia de este Orden Jurisdiccional.*

*Precisamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, caso SIEPSA, comienza por señalar en su apartado 74 que, según jurisprudencia reiterada, para resolver sobre la calificación de una entidad como organismo de derecho público en el sentido del artículo 1, letra b, párrafo 2.º de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si cumple los tres requisitos acumulativos de dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado excluya esa calificación. Esos tres requisitos son precisamente que el organismo de que se trate sea creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; que esté dotado de personalidad jurídica; y que su actividad este mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas, o su gestión controlada por estas, o cuente con un órgano de administración, dirección, o vigilancia, compuesto por miembros nombrados, en más de su mitad por dichos poderes. Esos requisitos son los que la normativa interna recoge y corresponden a los de las letras a) y b) que el Auto apelado menciona, con lo cual se podría, en su caso, llegar a la conclusión de que “Bérriz Sociedad Urbanística S.A.” es un poder adjudicador de la Administración territorial de ámbito municipal. Frente a ello, lo que dicha sociedad demandada en la instancia opone en esta apelación es la identificación entre las exceptuadas necesidades de carácter mercantil y la noción de sociedad mercantil, -folio 47 de estas actuaciones-, de forma tal que el legislador europeo no habría incluido a las sociedades mercantiles en el ámbito de la contratación pública, pero ese es el enfoque que tajantemente desmiente tanto la directiva como la misma Sentencia comentada, pues es perfectamente posible que sociedades sujetas a derecho privado se creen para procurar necesidades de interés general que no tengan carácter industrial ni mercantil y está tan lejos de darse esa*

*identificación como justamente lo demuestra el presente caso en que, como las partes destacan, se trata de una sociedad anónima de carácter mercantil cuyo objeto es la elaboración, gestión y seguimiento del planeamiento urbanístico, y dentro de él, el cometido fundamental de gestión de la Normas Subsidiarias del municipio de Bérriz, es decir la actuación de una competencia local y la ejecución de políticas públicas en dicha materia, y como siguiendo el criterio del TJCE en la Sentencia de 2.003 mencionada, solo si una determinada sociedad o ente operase en condiciones normales de mercado, tuviese ánimo de lucro y soportase las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, - apartado 82-, cabría pensar que pretende satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, nada de ello puede suponerse mínimamente cuando, como en el presente caso, se actúa en el marco de la promoción pública de viviendas como un eslabón más de la política municipal sobre aquella materia, y subrogándose netamente en el lugar de la Administración municipal competente.*

*Se darían por tanto los tres requisitos exigidos por las Directivas comunitarias invocadas para que “Bérriz Sociedad Urbanística, S.A.”, quedase sujeta a los procedimientos de adjudicación que afectan de manera coordinada a todos los poderes públicos de la Unión Europea por virtud de las Directivas 92/50, 93/36, y 93/37, referentes a adjudicación de contratos de servicios, de suministros y de obras, modificadas por la Directiva 97/52, de 13 de octubre, y ámbito en que se ha dictado posteriormente la Directiva 2004/18, de 31 de marzo.*

*.../...*

*Hay que decir suplementariamente, que de darse finalmente contraposición entre la legislación interna y tales directivas, y como dice por ejemplo la STJCE de 5 de octubre de 2004, en C-397/2001 a C-403/2001 ... de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta».*

### **3.2.3.- Normativa actual: Ley de Contratos del Sector Público (30/2007) y su Texto Refundido de (RDL 3/2011)**

#### **3.2.3.1.- Planteamientos previos**

Como se ha visto, la Doctrina y la propia Jurisprudencia no consideraban adecuadamente transpuestas las Directivas Europeas al Derecho Español, incluso con las modificaciones de la LCAP producidas en los años 2004, 2005 y 2007, por lo que hubo de procederse a una nueva y amplia modificación. A tal fin se aprobó la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La primera de ellas, la LCSP, profundizando la tendencia iniciada en 2005, teniendo presente el criterio del “poder adjudicador”, establece un régimen

diferenciado de aplicación de la norma en función no solo de la tipología de la sociedad, sino también en función de la cuantía del contrato. Así establece la aplicación de los criterios de las Directivas en relación con las Sociedades Urbanísticas, si bien de una forma íntegra para contratos que por su cuantía o especialidades se encuentran sometidos a legislación armonizada y de forma menos amplia para los que no están. La posterior refundición de la normativa existente, realizada por el Real Decreto-Ley 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley (TRLCSLP), no ha variado la referida regulación.

Como indica Santiago González-Varas<sup>312</sup>, al que vamos a seguir en este estudio, la LCSLP merece una valoración en principio positiva en cuanto a que introduce una nueva diferenciación regulativa entre el régimen europeo y el régimen tradicional del contrato administrativo. *“En este sentido, se nos informa, primero, de querer cumplir con los designios europeos reproduciendo sus regulaciones y conceptos para los contratos que superen los umbrales comunitarios. Sin embargo, también se nos está indicando que la LCSLP puede contener (en las prescripciones propias del contrato de la Administración) regulaciones más intensas o exigentes que aquellas que contienen las propias directivas europeas”*.

Se introduce en nuestro Derecho, continúa el citado autor, una bifurcación en cuanto a las regulaciones aplicables (las tradicionales destinadas a la Administración, y aquellas de las directivas es decir la regulación armonizada). Se abre una posible “línea de futuro” consistente en ir traduciendo en lo sucesivo (es decir, en posible posteriores reformas legales) simplemente el régimen de las directivas comunitarias, cumpliendo así con la exigencia jurídica que tenemos al respecto, pero rebajando así los requerimientos normativos tradicionales. El debate de fondo que se plantea de cara al futuro es el de si finalmente no terminaremos en un modelo en el cual simplemente se requerirán a los poderes adjudicadores los requerimientos de las directivas comunitarias, cuando éstas hayan de aplicarse, pero no más que estos requerimientos. Piénsese que lo propio en la mayor parte de los Estados europeos es que, por debajo de los umbrales comunitarios, no exista un sistema de contrato administrativo. El desenlace final de esta tendencia podría ser la degradación de nuestro sistema normativo tradicional, o la rebaja de su calidad jurídica, como consecuencia de las directivas europeas.

No obstante esto, lo cierto es que la LCSLP plantea el problema práctico de la especial dificultad que tiene ahora conocer siquiera los preceptos concretos que son aplicables a una determinada entidad que desee conocer cuáles son en concreto sus regulaciones aplicables en cada tema contractual, ya que la LCSLP diferencia sus regulaciones en función de si el ente puede definirse como Administración, como sector público simplemente, como poder adjudicador, o en función de si el contrato es administrativo o es civil, etc.

Se establece por tanto, como concluye Gimeno Feliu, un sistema diseñado sobre los conceptos poder adjudicador, Administración pública y sector público,

---

<sup>312</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2008), páginas 7 y siguientes.

del que se deduce, por lo demás, un abandono de la categoría del contrato administrativo como referente de esta regulación<sup>313</sup>.

Este complejísimo planteamiento obliga a estudiar la ley componiendo el cuadro de regulaciones aplicables.

Al igual que la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la nueva Ley fue objeto de distintas modificaciones, como ya indicaba en el 2010, José María Gimeno Feliu, tras sólo poco más de un año de vigor de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, la misma afronta una intensa operación de ajuste mediante reformas parciales a través de distintas leyes, en un ejemplo de lo que -al menos desde la perspectiva normativa- nunca se debería hacer<sup>314</sup>.

### **3.2.3.2.- Distintos ámbitos de aplicación subjetivos**

En la nueva normativa se contemplan tres denominaciones subjetivas que es necesario precisar pues en función de que a los entes públicos puedan ser incardinados en uno u otro, porque en función de que encaje en uno de estos conceptos el régimen jurídico será sustancialmente distinto. Estos conceptos son el de sector público, el de Administración y el de poder adjudicador, al que antes ya se ha hecho mención. Los conceptos de cada uno de estos agentes, vienen establecidos en el art. 3 TRLCSP.

#### **A) Sector Público**

El concepto de Sector Público, el más amplio de todos, a los efectos de la Ley está determinado en su artículo 3. De acuerdo con el mismo, los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público son los siguientes:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

---

<sup>313</sup> GIMENO FELIU (2010), páginas 25-40.

<sup>314</sup> Ídem nota anterior.

- e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

## **B) Administraciones Públicas**

Dentro del sector público y a los efectos de esta Ley, indica el citado artículo en su párrafo 2.º tendrán la consideración de Administraciones Públicas, el ámbito más restringido, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
  1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
  2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

- f) (Suprimido)
- g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

El artículo 3.2 in fine, que parece pasar desapercibido, pero que es importante pues deja claro que no tienen la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

### C) Poder Adjudicador

El último de los conceptos, el de poder adjudicador, viene establecido en el párrafo 3.º de la norma, que indica que a sus efectos se consideran como tales los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Las administraciones públicas no plantean problemas, hay que ver los supuestos del apartado b) para establecer el alcance de los mismos.

De acuerdo con la Instrucción 1/2008 Abogacía del Estado<sup>315</sup> (**se adjunta como ANEXO número 5**), el concepto de “poder adjudicador” resulta de la conjunción de los siguientes requisitos:

- a) Ha de tratarse de entes, organismos o entidades -es indiferente su forma de personificación jurídica y, por tanto, carece de trascendencia que se trate de personificación jurídico-pública o de personificación jurídico-privada- que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.

---

<sup>315</sup> Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, página 3.

b) Ha de cumplirse, al menos, una de las tres siguientes exigencias:

- Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad.
- Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión.
- Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

Además de ello, como novedad se consideran igualmente las asociaciones formadas tanto por la propia administración como por los demás poderes adjudicadores, como las sociedades públicas.

Así pues, como indica Santiago González-Varas<sup>316</sup>, “el dato más característico de la contratación pública, en el nuevo contexto jurídico definido en buena medida por las directivas comunitarias, sería la irrenunciable sujeción del poder adjudicador a criterios de legalidad administrativa. Ahora bien ¿qué poder adjudicador? Esta pregunta no es inoportuna en este contexto porque precisamente su respuesta va a permitir profundizar en la afirmación que acaba de hacerse. Junto al Estado y los entes públicos territoriales, las directivas consideran también poder adjudicador a los “organismos públicos” (y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público). Y el criterio angular, y en todo caso de mayor interés práctico y significación teórica, es el criterio funcional que sirve para definir el organismo de Derecho público”.

El citado criterio funcional viene establecido por las Directivas, así es necesario esencialmente para que se le apliquen las mismas que dicho organismo haya sido creado para satisfacer una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial y mercantil, pero no todo organismo que cumpla esta función queda sujeto al régimen comunitario de contratación pública. Es preciso además que por un lado, exista una previa adscripción o vinculación del organismo a un poder público (Estado, ente territorial u otro organismo de Derecho público) y, por otro, que cumpla los requisitos anteriormente vistos de que el organismo tenga una actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales y otros organismos de Derecho público, que su gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos y que su órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

Continúa indicado el citado autor que *“volviendo al criterio funcional en virtud del cual el organismo ha de satisfacer una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial y mercantil. En principio, estamos ante una definición funcional que afecta sólo al organismo de Derecho público. Ahora bien, podemos hablar en términos generales de una caracterización funcional del poder público. En definitiva, lo que consigue la definición funcional del*

---

<sup>316</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2008), páginas 31 a 35.



*organismo de Derecho público es aplicar las directivas en todos aquellos casos en que es dudosa la calificación formal del ente como Administración. El límite último de la definición de Administración es funcional (junto a los casos, claros, del Estado, las CC.AA. o las Corporaciones locales). Determinante es entonces si la entidad cumple una función pública (satisfacción de interés general) o una función mercantil o industrial. De ahí que, en conclusión, en el Derecho comunitario se hable, sin más, de la “definición funcional” del Estado en general (y no sólo del organismo de Derecho público), ya desde la famosa sentencia Beentjes del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87)”.*

Esta definición de las directivas comunitarias, del poder adjudicador, está pensada, concluye, para evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones *formales* de las entidades llamadas a aplicar las directivas (por parte de las legislaciones de los Estados miembros), se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria. De ahí que, independientemente de aquéllas, el organismo o entidad quedará sujeto a las directivas si cumple la función que ellas mismas precisan.

Como principal novedad, indica en la misma línea José María Gimeno Feliu, nos encontramos la ampliación del ámbito de aplicación alcanzando ahora plenamente a cualquier ente instrumental de las Administraciones Públicas que tenga la consideración de poder adjudicador (art. 3.3 LCSP) con lo que se pretende reconducir la patológica fuga del derecho público de los entes instrumentales<sup>317</sup>.

El Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana (Sección 801:Normativa y grado de aplicación) de 10 de mayo de 2012, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, y a la vista de la realidad existente con carácter general en el sector público valenciano, en principio, debemos considerar que todos los entes sujetos a la influencia dominante de una Administración pública o de otro poder adjudicador han sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, salvo que acrediten la concurrencia de estas tres condiciones:

- Que operen en condiciones normales de mercado.
- Que tengan ánimo de lucro.
- Que soporten las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad.

Sólo en el caso de que la respuesta a estas tres cuestiones sea afirmativa, concluiremos que NO nos encontramos ante un poder adjudicador.

### **3.2.3.3.- Diversidad de aplicación**

Definido este distinto ámbito subjetivo, la realidad es que el mismo tiene una enorme importancia y es esencial, pues en función de que un ente pueda ser encuadrado en uno u otro supuesto, el régimen de aplicación de la Ley es distinto. En este sentido, se puede establecer tres niveles de aplicación de la ley al Sector Público en función de su ámbito subjetivo.

---

<sup>317</sup> GIMENO FELIU (2010), páginas 25-40.

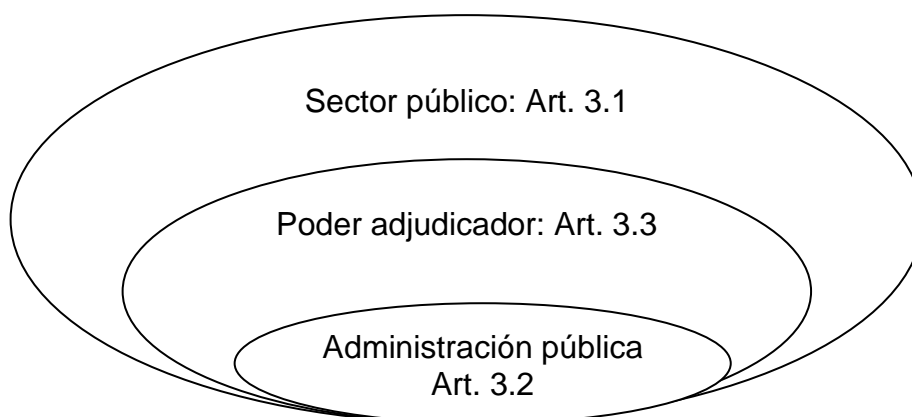
Un primer nivel, a las Administraciones Públicas les es de aplicación un nivel de “sujeción estricta”, es decir, total y plena.

Un segundo nivel, que comprende a los denominados “Poderes Adjudicadores” en el que se aplica la norma de forma más atenuada, pero estableciendo una distinción esencial entre los contratos SARA y los que no reúnen dicha característica. En el primer supuesto, contrato SARA, la aplicación es “intensa”, es decir se aplica la normativa con ciertas matizaciones y excepciones establecidas en los artículos 137.1 y 190 del TRLCSP. En caso contrario, la sujeción puede definirse como “débil”, pues en base a los arts. 137.2 y 191, se les aplica los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación plasmados en sus Instrucciones Internas de Contratación y algunos de los preceptos que específicamente se determinan, como posteriormente se analizará.

Un tercer nivel, por último, que se aplica para el resto del Sector Público que no pueden ser conceptuados como poderes adjudicadores, en cuyo caso, la sujeción de la ley es mínima, de acuerdo con el artículo 192. Si bien también deben de ajustar su actuación a publicidad, concurrencia y no discriminación.

Es muy clarificador Sosa Wagner, quien afirma que la nueva normativa de contratación “describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración «a los efectos de la Ley» de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a «los poderes adjudicadores», para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público” si bien concluye que “la descripción resulta aparentemente muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas”<sup>318</sup>.

### **TRES NIVELES DE APLICACIÓN**



<sup>318</sup> SOSA WAGNER (2010), página 743.

## **4.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS/URBANÍSTICAS**

### **4.1.- CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL TRLCSP A LAS SOCIEDADES PÚBLICAS**

#### **4.1.1.- Ámbito subjetivo: Poder adjudicador**

Dentro del sector público y a los efectos de esta la Ley, como se ha visto, son consideradas como Poder Adjudicador de acuerdo con el artículo 3.º párrafo 3 *“los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a (Administraciones públicas) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*. Además, 3.2 in fine, deja claro que no tienen la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Así pues, los preceptos aplicables a dichas sociedades serán los propios de la contratación del sector público, pero no de la Administración. Y ello siempre que la actividad sea de satisfacción de interés general y no tengan carácter industrial o mercantil.

Además, el artículo 3, apartado 1, letra d), del TRLCSP, conceptúa a las sociedades mercantiles del sector público como *“las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado es superior al 50 por ciento”*, el concepto de sociedad mercantil o sociedad mercantil del sector público no tiene por lo tanto otro criterio que el de ser las entidades partícipes en el capital social (entidades enumeradas en las letras a) a f) del artículo 3, apartado 1, de la LCSP) entidades del ámbito de la Administración General del Estado, Autonómica o Local es decir, entidades vinculadas o dependientes a cualquiera de las indicadas administraciones.

Pero el criterio de que las sociedades *“hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”* es el que ha planteado más problemas, pues en la normativa mercantil las sociedades de responsabilidad limitada (S.A. y S.L.) tienen todas ellas por su forma naturaleza mercantil<sup>319</sup>.

La Circular 1/08 de la JCCA de Aragón Interpretativa de la LCSP 30/07, profundiza en el tema considerando que debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de

<sup>319</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 2 (Carácter mercantil) indica que: “Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

2005, en las que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación, al afirmar que “no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665”.

No obstante estas definiciones y precisiones legales, siguen existiendo dudas de si las sociedades públicas son o no poderes adjudicadores. La realidad es que es un tema que ha sido objeto de distintas circulares, instrucciones, sentencias y comentarios de la Doctrina, dando lugar a un régimen diversificado, pues según distintas circunstancias las sociedades mercantiles públicas podrán ser o no consideradas dentro de esta categoría.

Analizaremos los dos aspectos fundamentales que determinan que la sociedad mercantil pública pueda ser considerada Poder Adjudicador o no: la determinación de la actividad realizada y el alcance del criterio formal.

#### **4.1.1.1.- Actividad realizada: Satisfacer necesidades de interés general**

Para definir el concepto de organismo de derecho público, ya se ha visto, debe atenderse a la naturaleza de la actividad, en concreto, “satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil”; en este supuesto serán las sociedades consideradas poderes adjudicadores y no en el caso contrario, que por tratarse de una mera gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico privado.

En este sentido, la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann), indica que hay una función de interés general cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de servicio público”, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales. En estos casos se produce una vis atractiva del primer elemento, el servicio público, debiendo entenderse a ese como Poder Adjudicador y consecuentemente sometido a la reglas de contratación pública.

Las empresas mercantiles, indica la Circular 1/08 de la JCCA de Aragón Interpretativa de la LCSP 30/07, no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la Ley. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador. Indicando que así se expresa de forma clara en la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España: “De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665”. El último requisito que se exige es que el control del ente -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración Pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la

“influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado) la STJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto Universidad de Cambridge) ha aclarado cuándo existe financiación mayoritariamente pública. Y debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado. Estos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas.

Como pone de relieve la Jurisprudencia Europea, no impide que esa actividad de la sociedad mercantil sea considerada de interés general:

- a) Régimen de competencia: La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia.
- b) Riesgo empresarial: La STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SEIPSA, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública. Dice así la Sentencia: “91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad.

#### **4.1.1.2.- Inaplicabilidad del criterio formal**

El ente, para considerarse poder adjudicador, debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada, pública o privada, indica la Circular 1/2008, no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 15 noviembre de 1998: “es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”.

Igualmente la Instrucción 1/2008 Abogacía del Estado “sobre Contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado”, en relación a este criterio formal indica que: *“Las circunstancias de que estas entidades tengan personificación jurídico-privada de sociedad mercantil y de que, más concretamente, sean en la generalidad de los casos sociedades anónimas no permiten afirmar que han sido creadas para satisfacer fines de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, nunca sean poderes adjudicadores. Aunque el artículo 3, inciso inicial, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre<sup>320</sup>, atribuye a la sociedad anónima carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, debe tenerse presente que una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario, y esto es lo que significa dicho precepto legal, y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial), siendo así que lo que toma en consideración la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2004 y, por tanto, la LCSP es el objeto (fin de la sociedad) para establecer un régimen jurídico en materia contractual diferente según que su objeto (fin) sea o no mercantil (o industrial). La propia realidad así lo confirma, pudiendo citarse a este respecto el caso de la Sociedad Estatal de Equipamientos e Infraestructuras Penitenciarias: estando constituida como sociedad anónima, no puede entenderse, sin embargo, que su objeto - planificación y creación de centros penitenciarios, genéricamente dicho- sea mercantil ni, por tanto, que haya sido creada para una finalidad mercantil; así lo confirmó la antes citada sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, C-283/00.*

*En consecuencia, debe concluirse que no puede establecerse una igualdad absoluta entre sociedad mercantil estatal y entidad que no sea poder adjudicador, en términos tales que toda sociedad mercantil estatal en ningún supuesto sea un poder adjudicador; habrá de examinarse caso por caso, atendiendo principalmente al objeto de la sociedad tal y como aparezca delimitado en la norma de creación, en su caso, y en los estatutos”.*

Gimeno Feliu, indica que no puede establecerse sin más el criterio de que las sociedades mercantiles públicas no son poderes adjudicadores por un mero criterio formal, el determinante es como indica la propia Ley siguiendo el ya indicado criterio funcional del Derecho Comunitario, en concreto cuando hayan sido creadas las sociedades específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, será poder adjudicador y no lo será en caso contrario.

Hay que concluir, por lo tanto, que las sociedades mercantiles públicas que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidas al régimen de la legislación de contratos públicos, por cuanto son verdaderos poderes adjudicadores y que en caso

---

<sup>320</sup> Hoy Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como hemos visto en la nota anterior.

contrario no lo serán, teniendo un régimen de mayor libertad contractual. En este sentido la Circular 1/08 de la JCCA de Aragón indica claramente que “las empresas que tengan consideración de medio propio se considerarán en todo caso poder adjudicador” (artículo 4.º del TRLCSP).

#### **4.1.2.- Ámbito objetivo: La legislación armonizada**

El régimen jurídico concreto al que deban someter su actividad contractual las sociedades mercantiles públicas, viene dado no sólo por la circunstancia de que tengan o no la consideración de poderes adjudicadores, elemento subjetivo de la relación contractual, sino también por el elemento objetivo de dicha relación que es el concepto o categoría legal de “contrato sujeto a regulación armonizada”, como ya se ha indicado.

La delimitación general de los contratos sujetos a regulación armonizada la establece el artículo 13 del TRLCSP, y los artículos 14 a 16 establecen una serie de precisiones en relación a los distintos tipos de contratos. En concreto puede establecerse la siguiente clasificación de acuerdo con los artículos citados y la Circular 1/2008 de la Abogacía del Estado:

##### **4.1.2.1.- Contratos sujetos a regulación armonizada**

Para considerar que un contrato se encuentra sometido a Legislación armonizada (contrato “SARA”) de acuerdo con los artículos 13<sup>321</sup> y ss., es necesario que concurren tres circunstancias concretas: Por un lado que se trate de un contrato de una tipología concreta; por otro, que tenga un valor o umbral determinado, y, por último, que la entidad del sector público que contrate tenga el carácter de poder adjudicador; consecuentemente faltando alguno de los requisitos que acaban de indicarse, el contrato no tendrá la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada. Habiendo ya estudiado detenidamente el último de estos aspectos, analizaremos los otros dos requisitos.

**1.- Tipología de contratos:** Quedan comprendidos dentro de esta categoría los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 y 16, ambas inclusive, del Anexo II del TRLCSP<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> El Párrafo 1.º del art. 13 del TRLCSP indica que: “Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17”.

<sup>322</sup> Estos servicios, con ciertas matizaciones, son los siguientes:

1. Servicios de mantenimiento y reparación.
2. Servicios de transporte por vía terrestre, incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo.
3. Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte

No se tienen en cuenta en esta clasificación el contrato de concesión de obra pública, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de gestión de servicios públicos. La razón de ellos es que al analizarse el régimen jurídico de la contratación de sociedades mercantiles públicas, los referidos contratos sólo pueden ser otorgados por Administraciones Públicas. Ello resulta así en base a los siguientes artículos: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado del artículo 11.1; para el contrato de gestión de servicios públicos, del artículo 8.1; y para el contrato de concesión de obra pública, a falta de indicación expresa en el artículo 7, de los artículos 240 y ss. del TRLCSP.

Por último, tienen igualmente la condición de contratos SARA los contratos subvencionados previstos en el artículo 17, estos contratos de obras y servicios que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

- a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior al umbral previsto para este tipo de contrato.
- b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral previsto para este tipo de contrato.

**2.- Umbrales:** Este valor de los contratos es denominado con el término "umbral". El Valor estimado conforme a las reglas que establece el artículo 88 debe ser igual o superior a las cuantías que para cada uno de los indicados tipos establecen los artículos del TRLCSP, en concreto, el 14 (contratos de obras), el 15 (contratos de suministro) y el 16 (contratos de servicios - comprendidos en las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo 11-).

- 
- de correo.
  4. Transporte de correo por vía terrestre y por vía aérea.
  5. Servicios de telecomunicación.
  6. Servicios financieros: a) servicios de seguros, b) servicios bancarios y de inversión.
  7. Servicios de informática y servicios conexos.
  8. Servicios de investigación y desarrollo.
  9. Servicios de contabilidad, auditoría y teneduría de libros.
  10. Servicios de investigación de estudios y encuestas de la opinión pública.
  11. Servicios de consultores de dirección y servicios conexos.
  12. Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos.
  13. Servicios de publicidad.
  14. Servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces.
  15. Servicios editoriales y de imprenta, por tarifa o por contrato.
  16. Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares.



Dichos umbrales, que se han ido adaptando periódicamente, son a nuestros efectos, los siguientes en la actualidad<sup>323</sup>:

- Contrato de obras..... 5.186.000 €
- Suministro y servicios..... 207.000 €

#### **4.1.2.2.- Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada**

En esta categoría, contratos “No SARA”, quedan comprendidos, en primer lugar, los contratos relacionados en el artículo 13, apartado 2, cualquiera que sea su valor estimado.

Igualmente se encuentran comprendidos en este apartado los contratos de servicios distintos de aquellos, que como se ha visto se encuentran sometidos a la legislación armonizada, en concreto los comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive, del Anexo II del TRLCSP.

#### **4.1.3.- Régimen jurídico distinto en función del carácter de la sociedad y del contrato**

Como consecuencia de la combinación de los elementos subjetivos y objetivos que se acaban de analizar, el régimen jurídico de la contratación es variado, sin perjuicio de su posterior estudio en profundidad, se puede sintetizar en el siguiente esquema:

- a) Sociedades Mercantiles con el carácter de Poder adjudicador, deberán diversificar su régimen de actuación en función de: Contratos sometidos a legislación armonizada, Contratos no sometidos a legislación armonizada
- b) Sociedades Mercantiles que no tengan el carácter de Poder adjudicador, no tienen el distinto régimen anterior, pues ninguno de los contratos que celebren puede calificarse, como ya se ha visto, como contrato sometido a legislación armonizada.

El TRLCSP es claro en este sentido, estableciendo una regulación específica y distinta para cada uno de los anteriores supuesto, tanto en su preparación como en su adjudicación.

- a) **Preparación:** En cuanto a la preparación de los contratos, regulada en el Libro II (Preparación de los contratos) junto al Título I, que trata de la “Preparación de los contratos por las administraciones públicas”, el Título segundo de forma independiente regula la preparación de “otros contratos” distintos de los anteriores y en su único capítulo determina las “Reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y de

---

<sup>323</sup> Cantidades de acuerdo con la Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2014.

contratos subvencionados”. Pues bien, en su artículo 137 “Establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos”, establece un régimen distinto a los contratos celebrados por poderes adjudicadores, en su n.º 1.º los SARA y el resto de contratos, en el párrafo 2.º.

b) **Adjudicación:** La adjudicación de los contratos se realiza en el Libro II (Selección del contratista y adjudicación de los contratos) estableciéndose en el segundo de sus capítulos la adjudicación de otros contratos del sector público, aportando en sus tres secciones el siguiente esquema:

- Sección 1.ª. Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas.
  - Artículo 189. Delimitación general.
  - Artículo 190. Adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.
  - Artículo 191. Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.
- Sección 2.ª. Normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público (artículo único, el 192. Régimen de adjudicación de contratos).
- Sección 3.ª. Normas aplicables en la adjudicación de contratos subvencionados (artículo único, el 193. Adjudicación de contratos subvencionados).

## **4.2.- PODER ADJUDICADOR: CONTRATOS SARA**

### **4.2.1.- Planteamiento general**

Los contratos SARA de los poderes adjudicadores son contratos privados, quiere decir ello que la sujeción a legislación armonizada no los convierte en contratos administrativos, y ello de acuerdo con el artículo 20 del TRLCSP<sup>324</sup>. Estos contratos, como indica la Circular 1/2008 de la Abogacía del Estado, se rigen, en lo que respecta al procedimiento para su adjudicación, por las normas establecidas para la adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas con determinadas especialidades y, en lo que respecta a su régimen

---

<sup>324</sup> El artículo 20 (Contratos privados) del TRLCSP indica:

“1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”.

de fondo (efectos, cumplimiento y resolución), por las normas del Derecho privado, ya que los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por dichas entidades no son contratos administrativos. Ahora bien, esto no impide, como posteriormente se analizará, que las sociedades públicas puedan aplicar en determinados extremos, al amparo del principio de libertad de pactos, las previsiones del TRLCSP para los contratos administrativos.

Como se ha visto, el TRLCSP, en relación a los contratos celebrados por Poderes adjudicadores, en los que se incluyen las sociedades mercantiles públicas, distingue en su regulación entre la preparación y la adjudicación de estos contratos cuando se encuentran sometidos a legislación armonizada.

En relación a la preparación, el artículo 137, “Establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos” indica en su párrafo 1.º que:

*“En los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 207.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 117 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 118 a 120. Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 112.2.b) sobre reducción de plazos”.*

En cuanto a la adjudicación, el artículo 189, con carácter general sujeta a las normas de la Sección primera, antes vista, a los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. Además el artículo 190 (Adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada) somete la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas para las administraciones públicas con las siguientes adaptaciones:

- a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.
- b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la

publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario. 2. Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 112.2.b) sobre reducción de plazos.

Como se ha visto, el régimen es en general el establecido para los contratos de las Administraciones con las especialidades que fijan estos artículos citados, si éstos no agotan todas ellas, pues en otros artículos del TRLCSP se aprecian otras especialidades por lo que es necesario que se analicen con cierto detalle. Para ello seguiremos el esquema y el contenido de la Instrucción 1/2008 de la Abogacía del Estado, adaptándola a las distintas modificaciones producidas desde su publicación y completándola con distintos aspectos novedosos y extraídos de la Jurisprudencia con el objeto de tener una visión lo más precisa posible del régimen de contratación de las sociedades mercantiles públicas/urbanísticas.

#### **4.2.2.- Requisitos órgano de contratación**

Se analizarán fundamentalmente dos aspectos en relación a los órganos de contratación; en primer lugar, quién es y dónde se define dicho órgano y su capacidad para contratar, y en segundo lugar, el específico sistema de publicidad en general y mediante medios telemáticos, recientemente introducidos en nuestra legislación.

##### **4.2.2.1.- Órgano de contratación y capacidad para contratar**

La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre<sup>325</sup>.

El órgano de contratación de las sociedades mercantiles públicas es el que determinen sus propios estatutos de acuerdo con la normativa mercantil, por cuanto son auténticas sociedades mercantiles; en este sentido el propio TRLCSP es claro en su artículo 316, en su párrafo 6.º al indicar que *“la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación”*.

Con carácter general el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, indica que la gestión y la representación de la sociedad es competencia de los administradores (artículo 209. Competencia del órgano de administración).

---

<sup>325</sup> El TRLCSP, artículo 51. Competencia para contratar.

Como se ha visto al analizar los órganos de Gobierno, las sociedades públicas locales tradicionalmente por ley, deben de dotarse de un Consejo de Administración; será éste el que ostente la competencia para contratar de acuerdo con la libertad que otorga el art. 85 ter de la LBRL.

Es en los estatutos sociales donde se reflejan las facultades del Consejo de Administración, entre las que se contempla necesariamente la capacidad para contratar. Los estatutos pueden emplear distintas fórmulas, que suelen formar parte de una amplia lista de facultades, entre las que se pueden indicar a modo de ejemplo las siguientes:

1. *“Convenir, concertar y ejecutar y cumplir toda clase de contratos que se refieran al objeto social, directa o indirectamente.*
2. *Corresponde al Consejo de Administración las más amplias facultades para el cumplimiento y desarrollo del objeto social, salvo lo que por Ley o Estatutos está reservado a la Junta General de Socios. Asimismo corresponde al Consejo de Administración la representación de la Sociedad en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la empresa. En particular serán atribuciones del Consejo de Administración:*
  - *Autorizar toda clase de contratos, adquisiciones y suministros, fijando las condiciones generales que hayan de regir tales contrataciones.*
  - *Contratar con cualquier entidad y organismo estatal, paraestatal o particular los empréstitos, operaciones de préstamos, créditos etc., que puedan ser necesarios para el desarrollo de las actividades encomendadas a la Sociedad.*
  - *Celebrar toda clase de actos y contratos, adquirir, comprar, permutar, vender y arrendar bienes, muebles e inmuebles, y constituir y cancelar derechos reales e hipotecas.*
  - *Autorizar el otorgamiento y formalización de las escrituras y documentos que sean necesarios para la consecución del fin social, con las cláusulas y requisitos que estime oportunos”.*

No se suele emplear el concepto administrativo de “órgano de contratación” en dichos estatutos, si bien, sí es un término que como posteriormente se verá cuando se analice la contratación No SARA, se utiliza habitualmente en las “Instrucciones Internas de Contratación”.

Es habitual que la parte de la contratación se delegue en algún consejero delegado o en el Gerente de la sociedad haciendo uso de la expresa previsión del art. 50 que en su párrafo segundo permite a los órganos de contratación podrán delegar facultades con el cumplimiento de las normas y formalidades aplicables para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios.

#### 4.2.2.2.- Publicidad contrataciones

Las sociedades públicas, en relación a los contratos SARA, tienen un régimen especial de publicidad, pues como se ha indicado, el artículo 190 excluye la publicación de las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales<sup>326</sup>, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante. No obstante ello, podrán seguir publicándose en dichos diarios con carácter voluntario.

Con ello, se potencia la transparencia y el acceso público a la información y publicidad de las sociedades mediante medios informáticos y telemáticos. Se inició este sistema de información, ya con el TRLCAP y la LCSP que en su artículo 42, imponía la obligación de difundir a través de Internet, en el denominado “perfil del contratante”, las informaciones relativas a la actividad contractual del órgano de contratación. Línea que seguía la LCSP de 2007 y fue ampliamente desarrollada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la que dando un paso más se centralizaba el acceso a la información contractual en una plataforma electrónica en la que se difundirá toda la información relativa a las licitaciones convocadas por el sector público estatal, la denominada “Plataforma de Contratación del Estado”, en la que se imponía la publicación de los procedimientos de contratación para el sector público estatal.

Como complemento final es interesante resaltar que en esta misma línea de actuación el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se

---

<sup>326</sup> A los diarios oficiales se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, para el contrato de gestión de servicios públicos.

Artículo 142. Convocatoria de licitaciones. Párrafo 1.º: Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado».

Artículo 154 (Publicidad de la formalización de los contratos), párrafo 2.º: Cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años, deberá publicarse, además, en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha formalización, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de la misma.

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al «Diario Oficial de la Unión Europea» y publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma de 2012, introduce una nueva sección<sup>327</sup> denominada “Página web”, artículos 11 bis, ter y quáter, en la que se faculta a las sociedades de capital para tener una página Web corporativa, que será obligatoria para las sociedades cotizadas y cuya publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” será gratuita.

El TRLCSP en la actualidad, establece los siguientes medios telemáticos para garantizar la transparencia y el acceso público a la información y publicidad de las sociedades mediante dos medios concretos que analizaremos: el “Perfil del Contratante” y la nueva “Plataforma de Contracción del Sector Público”:

## **A) Perfil del contratante**

Se regula en el actual artículo 53 que impone a los Órganos de Contratación la obligatoriedad de difundir su Perfil del Contratante a través de Internet con la indicada finalidad de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual.

Se debe potenciar la utilización del perfil de contratante como medio de difusión de la actividad contractual y, en su caso, como herramienta que permita dar cumplimiento a la publicidad relativa a los contratos, requerida por la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La información relacionada en el artículo 8.1.a de dicha Ley hace referencia, respecto de todos los contratos, a su objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación, procedimiento utilizado, instrumento de publicidad, licitadores, identidad del adjudicatario, modificaciones de contrato, decisiones de desistimiento y renuncia<sup>328</sup>.

El contenido del Perfil de contratante es muy amplio, pues de acuerdo con el TRLCSP podrá incluir:

- Cualquier información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación.
- Datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, como los anuncios de información previa, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados.
- En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos, pues su difusión a través del perfil surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III.

---

<sup>327</sup> Sección 4.ª “Página Web” del Capítulo II, Denominación, nacionalidad y domicilio del Título I, Disposiciones generales.

<sup>328</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, celebradas en Madrid los días 5 y 17 de marzo de 2015, organizadas por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Madrid.

Pormenorizando su contenido, el Perfil de contratante debe facilitar el acceso a:

- la documentación administrativa y técnica que conforma los expedientes contractuales,
- los anuncios,
- la composición de las mesas y los comités de expertos,
- las actas que se levanten durante el procedimiento de licitación,
- el contrato formalizado,
- la totalidad de las resoluciones que se adopten durante la tramitación, ejecución y liquidación de los contratos, incluidas las incidencias que se produzcan.

También resulta recomendable facilitar información de los contratos menores en tramitación a través del Perfil de contratante, de forma que se facilite la participación de operadores en el procedimiento<sup>329</sup>.

Todo ello sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente.

Las condiciones técnicas del Perfil que determina la norma son las siguientes:

- La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse tanto en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, como en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación.
- El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

## **B) Plataforma de contratación del Sector Público**

La actual “Plataforma de Contratación del Sector Público” (PCSP), cuya nueva denominación se la ha dado la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de Mercado<sup>330</sup>, pues originariamente se denominaba “Plataforma de Contratación del Estado”, pues amplía su utilización a todo el Sector Público.

---

<sup>329</sup> Ídem nota anterior.

<sup>330</sup> La disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de Mercado establece que: “La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público. En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.



La PCSP es una plataforma electrónica que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha puesto a disposición de todos los órganos de contratación del sector público.

Su finalidad es dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos, permitiendo a las empresas acceder a la información sobre las licitaciones públicas convocadas por todos los organismos cuya contratación está regulada por el TRLCSP.

Es complementaria del “perfil de Contratante”, pues en todo caso, los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal y ahora de todo el sector público, deberán integrarse en esta plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. A tal fin en las sedes electrónicas de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil del contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tras la reforma operada por la Ley de garantía de unidad de Mercado, es obligatoria su utilización por las sociedades públicas, en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entes del sector público sea mayoritaria. Por cuanto la Disposición Adicional Tercera de la referida ley impone la publicación bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Las condiciones generales de la PCSP son las siguientes:

- 1) La plataforma deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma.
- 2) La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en la plataforma surtirá los efectos previstos en la Ley.
- 3) El acceso de los interesados a la plataforma de contratación se efectuará a través de un portal único.
- 4) Es totalmente gratuita.

Al objeto de dar cumplimiento a la obligación de publicar la convocatoria de licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los órganos de contratación no pertenecientes al Sector Público Estatal cuentan con dos alternativas: Adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público, alojando su perfil del contratante en la misma, o agregación de información en la Plataforma de Contratación del Sector Público mediante mecanismos de interconexión, manteniendo su perfil del contratante fuera de la Plataforma de Contratación del Sector Público, pero notificando a esta la información que se publica.

Para organismos con un bajo volumen de contratación (por ejemplo, ayuntamientos o municipios pequeños) se recomienda la adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público, para la publicación de anuncios a través de la aplicación basada en formularios web. Las otras alternativas requieren inversión en desarrollos informáticos y mantenimiento de los mismos, que sólo tienen sentido con grandes volúmenes de contratación.

Es muy interesante la “Guía de aplicación de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado a la Plataforma de Contratación del Sector Público, para entidades no pertenecientes al Sector Público Estatal”, en la que se pormenorizan los distintos sistemas alternativos de utilización, los procesos y soluciones técnicas de conexión, así como distintos contenidos y datos de la misma.

Para darse de alta en la Plataforma, el órgano de contratación deberá realizar los siguientes pasos:

- 1º. Escrito dirigido a la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, sita actualmente en C/ José Abascal 4, 2.ª planta, 28003 Madrid, en la que solicita el alta en la Plataforma de Contratación del Estado.
- 2º. Formulario de alta, que adjuntará con el referido escrito. Se adjunta a este documento como Anexo I “Datos para el alta en el Perfil del Contratante” y Anexo II “Alta de Usuario”.
- 3º. Habrá de anexar, además, la normativa en virtud de la cual se justifica la potestad para contratar.

#### **4.2.3.- Condiciones de aptitud del contratante**

Con carácter general y para todo el Sector Público, en el que están incluidas las Sociedades Mercantiles Públicas, el artículo 54 del TRLCSP establece las “condiciones de aptitud” que deben reunir las personas físicas o jurídicas y nacionales o extranjeras, que quieran contratar con dicho sector. En concreto es necesario que *“tengan plena capacidad de obrar”, que “no estén incurso en una prohibición de contratar” y, además, “acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”*. También se les exige a los empresarios contratistas que cuenten con *“la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*.

Además, en relación a la aptitud general para contratar, se regulan dos previsiones específicas:

En primer lugar el artículo 55, relativo a las Empresas no comunitarias que deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española la reciprocidad de participación de empresas españolas en licitaciones públicas en su país de origen, pudiendo prescindirse de este informe con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. Teniendo que tener, además, abierta sucursal en España, con designación de apoderados o

representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil.

El artículo 56 determina la imposibilidad de concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Estos preceptos se enmarcan dentro del Libro I del TRLCSP donde se determina la configuración de la contratación de todo el sector público y en concreto en una sección que determina la aptitud para contratar con dicho sector. Quiere ello decir que estas normas sobre aptitud y capacidad del contratista son de aplicación a las Sociedades Mercantiles Públicas que sean Poderes Adjudicadores en sus contratos SARA, si bien con ciertas especialidades prevenidas en el texto legal y que se destacan seguidamente.

#### **4.2.3.1.- Capacidad de obrar**

En relación a la capacidad de obrar del contratista a los contratos SARA de las sociedades mercantiles públicas consideradas como poderes adjudicadores, le es de aplicación el contenido de los aspectos regulados por los siguientes artículos del TRLCSP:

- 1) **Personas jurídicas.** El artículo 57 en relación a la capacidad de las Personas jurídicas, que deben dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos la prestación objeto del contrato, pudiendo aplazar la constitución de la anunciada sociedad hasta la adjudicación.
- 2) **Empresas Comunitarias.** El artículo 58 exige igualmente en relación a la capacidad de Empresas comunitarias, que con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate y cumplan, en su caso, los requisitos nacionales de autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate.
- 3) **Uniones Temporales de Empresas.** El artículo 59 permite la concurrencia de UTEs de empresarios estableciendo sus requisitos, clasificación y régimen de responsabilidad, así la capacidad de contratar sin que sin que sea necesaria la formalización unión temporal en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. Estableciendo en su párrafo 2.º que: *“Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior, podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE) que especificará esta circunstancia”.*

Este segundo inciso ha sido introducido por la Ley de Emprendedores<sup>331</sup> y como indica la propia Ley su finalidad es *“para poner en contacto a*

---

<sup>331</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En su Capítulo II (Medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores) ubicado en el Título II, “Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales”, contempla

*pequeños emprendedores que se dediquen a una misma actividad, se prevé la posibilidad de que los empresarios puedan darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. El objetivo de estas medidas es fomentar la creación de uniones de empresarios con el fin de que en conjunto alcancen las condiciones que se les exigen en los pliegos de contratación”.*

Ante las dudas que suscitó, ha sido objeto de interpretación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>332</sup> en el sentido de que la previsión legal pretende, según la Exposición de motivos de la Ley 14/2013, “poner en contacto a pequeños emprendedores que se dediquen a una misma actividad”, con el objetivo de “fomentar la creación de uniones de empresarios con el fin de que en conjunto alcancen las condiciones que se les exigen en los pliegos de contratación”.

No obstante ello, surge la duda de si podrán darse de alta en el ROLECE todas las empresas interesadas en publicitar su deseo de concurrir a licitaciones públicas en Unión con otras empresas, con independencia de si están o no están clasificadas o de si reúnen los requisitos para estarlo o si, por el contrario, solo tendrán acceso aquellas que previamente hayan obtenido la clasificación en este Registro.

Ante ello la Junta ha aclarado que, al igual que pueden inscribirse en el ROLECE empresas no clasificadas, asimismo podrán darse de alta y especificar su interés en formar las referidas uniones, todas las empresas que tengan acceso al ROLECE conforme a los artículos 15 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo<sup>333</sup>; excepto aquellas empresas inscritas como consecuencia de una prohibición de contratar.

**4) Acreditación de la capacidad de obrar.** El artículo 72 establece la forma de determinar la capacidad de obrar de los empresarios en función de las siguientes categorías:

- Personas jurídicas que se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.
- Empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado.
- Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el

---

medidas para eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública modificando el TRLCSP, en concreto en los artículos 42 a 47.

<sup>332</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación de algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público tras la modificación de la misma realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización.

<sup>333</sup> Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.

En relación a la capacidad de obrar, es importante la reforma que ha introducido la citada Ley de Emprendedores en relación a la acreditación de las condiciones para contratar de los empresarios con la introducción del párrafo 4.º del artículo 146, que permite la sustitución de la documentación exigida en el citado artículo (la que acredite la capacidad, la solvencia, no incuso en prohibiciones, etc.) por una “**declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración**”. Esta declaración ante las dudas que suscitó, fue objeto de interpretación por la ya comentada Recomendación de la JCCA. De la misma y en relación al tema estudiado se pueden extraer los siguientes aspectos:

En primer lugar, aclarar el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del nuevo apartado cuarto del citado artículo 146.

- a) **Objetivo:** La declaración responsable a que se refiere este precepto sustituirá únicamente la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 de este artículo en los siguientes términos:
- En todo caso en los procedimientos de licitación de contratos de las Administraciones Públicas de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 Euros y de suministro y servicios con valor estimado inferior a 90.000 Euros.
  - En todos los demás contratos de las Administraciones Públicas, y no solo en obras, suministros y servicios, los órganos de contratación tienen discrecionalidad para optar por la declaración responsable.
- b) **Subjetivo:** Es de aplicación a las sociedades u organismos públicos que componen el Sector Público, pues la Junta indica que Adicionalmente, esta Junta Consultiva considera que si bien el artículo 146 se ubica en el Capítulo I, del Título I, del Libro III, que tiene por título “Adjudicación de los Contratos de las Administraciones Públicas”, el nuevo apartado cuarto de este artículo también podrá ser de aplicación, en los términos que señalan los artículos 190, 191 y 192 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a los entes, organismos y entidades que de acuerdo con el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no tengan la consideración de Administración Pública y que, sin embargo, sí estén dentro del sector público.

En relación a ello, lo explica claramente la Recomendación. Distinguiendo los tres supuestos referidos:

- Poderes adjudicadores con contratos sometidos a legislación armonizada (art. 191 TRLCSP).
- Poderes adjudicadores con contratos no sometidos a legislación armonizada (art. 192 TRLCSP).
- No poderes adjudicadores pertenecientes al sector público (art. 193 TRLCSP).

En base a estos tipos de contratos se realiza la siguiente interpretación por la Junta Consultiva:

- Supuestos del art. 191, indica que procede la aplicación del 146.4 por remisión normativa a *sensu contrario*.
- Contratos a que se refieren los artículos 191 y 192 de la citada Ley, se alcanza por vía interpretativa la misma conclusión, esto es, que procede la aplicación del citado artículo 146.4. Esta interpretación atiende a la finalidad de la modificación que introduce la Ley 14/2013 en el citado artículo 146, cual es la de favorecer la participación de las PYMEs en los procedimientos de contratación del sector público a través de la reducción de las cargas administrativas. Asimismo esta interpretación está en sintonía con los artículos 190, 191 y 192 los cuales establecen un régimen jurídico ciertamente más flexible para la adjudicación de los contratos de los entes, organismos y entidades del sector público que no sean Administración Pública, si lo comparamos con el procedimiento de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, sin duda más formal y rigorista. De lo que sigue que si en este último procedimiento se admite la declaración responsable a que se refiere el artículo 146.4, con más razón deberá admitirse en los procedimientos de licitación de otros entes, organismos y entidades del sector público.

Seguidamente el Recomendación analiza distintos supuestos que dar lugar a dudas y realiza unas específicas recomendaciones, en concreto:

- La exigencia de la declaración de responsable debe reflejarse expresamente en el pliego. Si relegada en el pliego no se presenta y se presenta la documentación completa debe darse plazo de 10 días para que subsane y presente la declaración.
- Si los pliegos no la contemplan y se presenta solo la declaración, al igual que el anterior, debe darse el plazo para que se presente completa del 146.1.
- La Mesa, o el órgano que realice las funciones de ésta, deberán comprobar que la declaración responsable cumple desde un punto de vista formal y también material, con lo exigido por las normas legales y reglamentarias que son de aplicación. En especial: que está válidamente firmada y que contiene una declaración comprensiva de todos los requisitos que lista el artículo 146 en su apartado primero. En caso contrario debe dársele plazo para subsanar.
- La declaración solo sustituye a los documentos del 146.1 y no cualesquiera otros que sean exigibles o deba presentar el licitador.
- Los órganos de contratación tienen libertad para aprobar un modelo de declaración responsable. No obstante, si algún candidato o licitador no presentara la declaración responsable siguiendo el modelo incluido en el Pliego, el órgano de contratación deberá dar plazo de subsanación al candidato o licitador.

Además de ello, en relación con el posterior requerimiento de documentación, establecido en el inciso segundo del párrafo 4.º, la Junta indica que para que la

Ley de emprendedores pueda cumplir con su finalidad de reducción de las cargas administrativas que el procedimiento de licitación impone a las empresas, el artículo 146.4 debe interpretarse como sigue:

- La Ley establece la siguiente regla general: cuando el pliego exija la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 146.4, la acreditación de la posesión y validez de los documentos que exige el apartado 1 del artículo 146 del TRLCSP deberá exigirse únicamente al licitador en cuyo favor hubiera recaído propuesta de adjudicación y, en todo caso, previamente a la adjudicación del contrato.
- Excepcionalmente el órgano de contratación, “en orden a garantizar el buen fin del procedimiento”, podrá dirigir requerimiento a los candidatos o licitadores, antes de la adopción de la propuesta de adjudicación, para que aporten la documentación a que se refiere el apartado primero del citado artículo 146. El alcance de esta previsión legal, se pormenoriza en la propia recomendación a la que me remito.

#### **4.2.3.2.- Prohibiciones de contratar**

La regulación de las específicas prohibiciones de contratar del TRLCSP<sup>334</sup> ha sido recientemente modificada por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que ha modificado puntualmente la redacción del artículo 60 (*Prohibiciones de contratar*), modificado en profundidad el artículo 61 (*Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento*) e introducido un nuevo artículo, el 61 bis (*Efectos de la declaración de prohibición de contratar*). En el artículo 60 son tratadas las distintas prohibiciones; en primer lugar, se regulan las prohibiciones generales para todo el Sector Público, párrafo 1.º, estableciendo en su párrafo 2.º unas adicionales de aplicación exclusiva para la Administración.

Tendrán consecuentemente prohibido contratar con las Sociedades Mercantiles Públicas las empresas en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Por condena firme por determinados delitos como asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación, etc.
- b) Por haber sido sancionados administrativamente y con carácter firme por infracción grave en distintas materias como de disciplina de mercado, en materia profesional, laboral, social o medioambiental, con las condiciones que se establecen.
- c) Determinadas situaciones de insolvencia como haber solicitado la declaración de concurso voluntario, declaradas insolventes en cualquier

---

<sup>334</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público. Siendo su entrada en vigor el día 20 de octubre de 2015.

procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados.

- d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social.
- e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la variación de sus circunstancias al órgano de clasificación.
- f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos específicos de incompatibilidades que se determinan. Extendiéndose dicha prohibición a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal
- g) Haber contratado a personas respecto de las que se ha procedido por incumplir la normativa sobre conflictos de intereses por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo<sup>335</sup>.

La prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar, de acuerdo con el artículo 73, se realizará mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos.

Cuando los anteriores documentos no puedan ser expedidos por la autoridad competente, podrán ser sustituidos por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. Declaración que se hace extensible cuando se trate de empresas de Estados miembros de la Unión Europea siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo y sea otorgada ante una autoridad judicial.

#### **4.2.3.3.- Condiciones de solvencia**

La exigencia y las condiciones de solvencia se regulan, con carácter general, en el artículo 62 del TRLCSP que es aplicable a todos los contratos con el sector público. En base a ello le serán aplicables a la contratación de las sociedades mercantiles el contenido de los artículos 62 a 64 y 73 a 79 que concretan y determinan los aspectos específicos de los criterios de solvencia.

El régimen jurídico contenido en dichos artículos es el siguiente:

---

<sup>335</sup> Artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.



1. **Exigencia de solvencia:** Serán los Órganos de Contratación los que determinen los requisitos o condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica de los empresarios. No obstante ello, este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en la norma, como posteriormente analizaremos.
2. **Determinación en anuncios y pliegos:** Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato.

En los pliegos se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.

Además de estos criterios generales se podrá exigir en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales o establecer penalidades para el caso de que se incumplan por el adjudicatario. Igualmente en los contratos que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

3. **Proporcionales al contrato:** Estos criterios deben estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. No pueden establecerse unos criterios que por su desproporción impidan o limiten en gran medida la concurrencia.
4. **Acreditación de la solvencia:** Los medios admitidos para la acreditación se determinará igualmente por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento. En relación a los medios exigidos se establece en la Ley un doble criterio, la regla general de acreditación, que se aplicará siempre a los contratos que celebre las Administraciones y por otro un criterio más laxo para los entes distintos de aquella, pero siempre que no se trate de contratos SARA.

Con carácter general, la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación determinando los que considere más adecuados de entre los previstos en los artículos 75 a 79. Los citados artículos determinan distintos medios para acreditar cada una de las solvencias de entre los que debe optar y determinar el Órgano de Contratación en los Pliegos los que se consideren convenientes. En concreto los artículos citados se refieren a:

- Artículo 74. Medios de acreditar la solvencia económica y financiera del empresario.
- Artículo 76. Solvencia técnica en los contratos de obras.
- Artículo 77. Solvencia técnica en los contratos de suministro.
- Artículo 79. Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos.

Como excepción, como se ha indicado y para contratos no SARA, los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas, como las Sociedades Mercantiles Públicas, podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 75 a 79.

Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

#### **4.2.3.4.- Exigencia de Clasificación**

Otro de los elementos a analizar es la posible exigencia de la clasificación al contratista y sus efectos si bien analizaremos en qué consiste la misma y sus condiciones.

##### **A) Concepto de clasificación**

La Clasificación Empresarial es un requisito de solvencia que en determinados casos es necesario que posean las empresas que deseen contratar con la Administración Pública, ya sea nacional, autonómica o local, según el artículo 67 y siguientes del TRLCSP, recientemente modificados por el Real Decreto 773/2015<sup>336</sup>, con entrada en vigor el 5 de noviembre de 2015.

La Clasificación Empresarial se define mediante tres conceptos:

- a. El Grupo que es la clasificación general de actividades.
- b. El Subgrupo que es la subdivisión dentro del grupo general de actividades.
- c. La Categoría que indica el límite máximo económico al cual podrá licitar la empresa de acuerdo con la anualidad media del contrato.

Sirve para determinar la solvencia de las empresas para acceder a contratos de obras y servicios con las Administraciones Públicas, mediante grupos y subgrupos de actividades y límites económicos, expresados por categorías.

---

<sup>336</sup> El Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Hay que precisar que el citado Real Decreto 1098/2001 realiza una amplia modificación de la clasificación y su configuración en grupos, subgrupos y categorías, imponiendo la exigencia de medios, nuevas categorías de los contratos, limitación del número de Certificados, desaparición de varios subgrupos de clasificación de servicios, etc. Es importante el hecho de que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley, se modifica el Anexo II del Reglamento al objeto de delimitar el ámbito de trabajos incluidos en cada subgrupo en los términos definidos por el Vocabulario Común de Contratos Públicos (códigos CPV -*Common Procurement Vocabulary*-), aprobado por el Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, estableciendo la correspondencia entre los subgrupos de clasificación y los códigos CPV de las actividades de servicios que corresponden a cada uno de ellos, de manera que la determinación del CPV de un contrato efectuada por el órgano de contratación determinará de modo inequívoco su correspondencia con alguno de los subgrupos de clasificación establecidos, o bien su no correspondencia con ninguno de ellos.

El Reglamento General de Contratación<sup>337</sup>, en sus artículos 25 y ss., establece las clasificaciones empresariales siguientes distinguiendo entre Contratos de Obras y de Servicios.

### 1.- Clasificación de Obras.

Actualmente existen 11 grupos (de la A, a la K<sup>338</sup>) y 69 subgrupos. Las categorías venían tradicionalmente determinadas por letras A, a F; tras la reciente reforma vienen determinadas en números. Estas categorías son las siguientes:

Cuantías	Categoría
Hasta 150.000	1
Más de 150.000 y hasta 360.000	2
Más de 360.000 y hasta 840.000	3
Más de 840.000 y hasta 2.400.000	4
Más de 2.400.000 y hasta 5.000.000	5
Más de 5.000.000	6

<sup>337</sup> Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Éste realiza una amplia modificación de la clasificación y su configuración en grupos, subgrupos y categorías, imponiendo la exigencia de medios, nuevas categorías de los contratos, limitación del número de Certificados, desaparición de varios subgrupos de clasificación de servicios, etc.

<sup>338</sup> Los grupos de los contratos de obras de acuerdo con el artículo 25 son los siguientes:

- A. Movimiento de tierras y perforaciones.
- B. Puentes, viaductos y grandes estructuras.
- C. Edificaciones.
- D. Ferrocarriles.
- E. Hidráulicas.
- F. Marítimas.
- G. Viales y pistas.
- H. Transportes de productos petrolíferos y gaseosos.
- I. Instalaciones eléctricas.
- J. Instalaciones mecánicas.
- K. Especiales.

En relación a las categorías es necesario hacer dos precisiones:

- a) La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.
- b) Las categorías 5 y 6 no serán de aplicación en los subgrupos pertenecientes a los grupos I, J y K. Para dichos subgrupos la máxima categoría de clasificación será la categoría 4, y dicha categoría será de aplicación a los contratos de dichos subgrupos cuya cuantía sea superior a 840.000 euros.

En relación a las nuevas categorías, la Disposición transitoria segunda del Real Decreto 773/2015 establece que para los contratos de obras cuyo plazo de presentación de ofertas termine antes del día uno de enero de 2020, las clasificaciones en los subgrupos incluidos en el artículo 26 del Reglamento surtirán sus efectos, con el alcance y límites cuantitativos determinados para cada subgrupo y categoría de clasificación, tanto si fueron otorgadas en los términos establecidos por el presente real decreto como si lo fueron con anterioridad a su entrada en vigor y en los términos establecidos por el Real Decreto 1098/2001, de acuerdo con el siguiente cuadro de equivalencias:

Categoría del contrato	Categoría Real Decreto 1098/2001
1	A o B
2	C
3	D
4	E
5	F
6	F

Ello significa que desde la entrada en vigor del Real Decreto hasta la fecha definitiva de extinción del anterior sistema (1 de enero de 2020) convivirán los dos sistemas de categorías (el de “letras” y el de “números”) y en los pliegos y anuncios de licitación o invitaciones a licitar deberá indicarse la clasificación por ambos sistemas.

## 2.- Clasificación de Servicios.

Existen 11 grupos (de la L a la V<sup>339</sup>) y multitud de subgrupos, si bien el citado RD 773/2015 los ha modificado. Así desaparecen muchos subgrupos, bien

<sup>339</sup> Los grupos de servicios de acuerdo con el artículo 37 son los siguientes:

- L. Servicios administrativos.
- M. Servicios especializados.
- N. Servicios cualificados.
- O. Servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles.
- P. Servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones.
- Q. Servicios de mantenimiento y reparación de maquinaria.
- R. Servicios de transportes.

porque no se utilizaban en las licitaciones bien porque habitualmente tales trabajos son objeto de un contrato de gestión o concesión de servicio público (que es otra figura contractual distinta). Así por ejemplo en el grupo O desaparecen el 5 (mantenimiento de mobiliario urbano) y el 7 (mantenimiento de edificios singulares), y en el P el 4 (mantenimiento de instalaciones de electro medicina) y el 6 (mantenimiento de material e instalaciones de oficina). También se crea el subgrupo nuevo U8 relativo a “Servicios de información y asistencia telefónica”. El día 1 de enero de 2016 ya no podrán ser exigidas las clasificaciones de servicios cuyos subgrupos desaparecen con la reforma. Estas clasificaciones relativas a los subgrupos que desaparecen con la reforma se extinguirán el 1 de enero de 2016, y se modificarán en ese sentido las inscripciones en el ROLECE de las empresas que las tuvieran.

Las categorías igualmente se han modificadas por el RD 773/2015. Se modifican los valores de las categorías así como su denominación, que pasa de utilizar letras minúsculas a usar números; así la tabla vigente a partir de ahora será la siguiente:

<b>Cuantías</b>	<b>Categoría</b>
Hasta 150.000	1
Más de 150.000 y hasta 300.000	2
Más de 300.000 y hasta 600.000	3
Más de 600.000 y hasta 1.200.000	4
Más de 1.200.000	5

La Clasificación se obtiene cumplimentando el expediente por el contratista con las actividades (grupos y subgrupos) que pretendan obtener, expresando en los diversos anexos del expediente formulario tipo las características jurídicas, recursos humanos y materiales, experiencia de las actividades solicitadas y medios financieros, que dispone la empresa. Se acompañará la documentación relacionada en el formulario junto con los respectivos certificados acreditativos de la experiencia de la empresa.

El estudio y concesión corresponde a la Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registro de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a través de un acuerdo mensual de la Comisión de Clasificación correspondiente, que expide el certificado, con dos años de vigencia. El Certificado es intransferible a otras empresas, salvo los expedidos a empresarios individuales y en las fusiones o escisiones de sociedades.

Las Comunidades Autónomas han establecido igualmente sistemas de Clasificación para contratos dentro de su Comunidad, aplicando los mismos criterios.

- 
- S. Servicios de tratamientos de residuos y desechos.
  - T. Servicios de contenido.
  - U. Servicios generales.
  - V. Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Además de los efectos propios de la clasificación, la acreditación de la solvencia del empresario, se pueden indicar los siguientes:

- a) Es inscribible de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que hubiese adoptado el acuerdo de clasificación.
- b) Tendrá una vigencia indefinida en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión. No obstante ello, el artículo 70.2 del TRLCSP establece la obligación de la revisión anual de la clasificación ya que para su conservación se deberá justificar anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional. Para ello el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada.
- c) Será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla.
- d) El empresario está obligado a poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma. La omisión de esta comunicación es muy grave pues hará incurrir al empresario en la prohibición de contratar prevista en la letra e) del apartado 1 del artículo 60.

## **B) Exigencia al contratista**

A diferencia de la Administración para las Sociedades mercantiles Públicas, como entidades del sector público que no tienen el carácter de Administración Pública, la exigencia de clasificación será potestativa, así se desprende de lo establecido en el párrafo 5.º del artículo 65, como indica la Instrucción 1/2008 de la Abogacía del Estado. Podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia en los supuestos del apartado 1 del artículo 65.

Este artículo ha modificado varias veces restringiendo cada vez más el gran poder que tenía la Administración para imponer la clasificación lo que daba lugar a que a que se en muchos procedimientos de contratación se impidiese el acceso a pequeños contratistas o empresas de nueva creación (emprendedores) en beneficio de las grandes empresas. La evolución ha sido la siguiente:

### **1. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.**

En primer lugar la ley de Emprendedores en su artículo 43 elevó los umbrales para la exigencia de la clasificación en los contratos de obras y de servicios, que venía siendo una traba para muchas empresas, especialmente para aquellas de menor tamaño o de nueva creación ya que no logran cumplir con todos los requisitos exigidos para obtener la correspondiente clasificación. En concreto:

- Contratos de obras: el umbral pasa de 350.000 a 500.000 euros (se eleva en 150.000 euros).
- Contratos de servicios, pasa de 120.000 a 200.000 euros (se eleva en 80.000 euros).

## **2. Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.**

La Disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica vuelve a modificar el artículo 65.1 para restringir aún más la posibilidad de exigencia de clasificación, dando al artículo su actual redacción y estableciendo el siguiente régimen de exigencia:

- a) Contratos de obras: Será exigible para contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros
- b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario.
- c) La clasificación no será exigible ni aplicable para los demás tipos de contratos.

Consecuentemente con ello, las sociedades públicas no vienen obligadas a exigir la clasificación, pero en el supuesto de exigirla viene al igual que la propia Administración limitada por a los supuestos establecidos en el artículo 65.1 que se acaban de analizar.

No obstante ello, aun cuando no sea exigible la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo, se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

### **4.2.4.- Elementos reales**

Analizaremos distintos elementos reales del contrato, en concreto el objeto, el precio y el plazo de duración del contrato.

#### **4.2.4.1.- Objeto de los contratos**

Hay que partir en relación al objeto de los contratos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, es necesaria la realización de un previo expediente de contratación, en el que debe incorporarse un documento específico denominado Memoria o informe de necesidad, en el que se determine con precisión la naturaleza y la extensión de las necesidades a

satisfacer, así como la idoneidad del objeto del contrato y su contenido para satisfacerlas.

Como consecuencia de ello, el objeto de los contratos debe ser no solo perfectamente determinado sino adecuado a las necesidades que la Sociedad Mercantil Pública quiere satisfacer con la celebración del mismo, ello queda claro no solo en el citado artículo 22, sino también el artículo 86 aplicable a todo el Sector Público, que bajo la rúbrica “Objeto del contrato” indica literalmente que: “El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado”. Se habrán de tener presentes, en consecuencia, las normas sobre el carácter determinado del objeto, la prohibición de fraccionamiento del mismo, las reglas sobre división del objeto en lotes y la posibilidad de contratación separada de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra.

Pero, qué significa que el objeto sea cierto. Como punto de partida hay que indicar que según el Tribunal Supremo “el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil, lo que lleva a la sentencia del Tribunal Supremo señalar que en la contratación administrativa han de ser cumplidos los requisitos esenciales de dicha relación jurídica en la que necesariamente han de concurrir los de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, conforme expresa el artículo 1261 de Código civil”<sup>340</sup>.

La exigencia de determinación, como indica José Enrique Candela Talavero, no hace sino reproducir en sede de la contratación pública lo previsto para todo tipo de contratos en el artículo 1273 del Código Civil, que impone el requisito de la determinación de toda obligación contractual; si bien la jurisprudencia (SSTS de 22 de febrero de 1968 y 14 de junio de 1996) aclaró que el objeto de la obligación puede ser determinado o determinable, si constan en este último caso en el contrato los elementos para su determinación, y según el cual: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”. De manera que su ausencia conduce a un vicio sustancial en la prestación que provoca la nulidad del contrato. Pues si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización)...” (STS 28 de enero de 2000)<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> STS de 30 de septiembre de 1998, citada por José Antonio Moreno Molina y Francisco Pleite Guadamillas, “La nueva Ley de contratos del sector público: estudio sistemático”. Página 363. Colección Manuales Profesionales, Editorial La Ley, 2007.

<sup>341</sup> CANDELA TALAVERO (2014).



Más concretamente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de octubre de 2006 (Rec 1232/2001), considera que la concreción obliga a que el contrato esté *“referido a una cosa o actividad determinada, es decir, que la principal prestación del contratista debe estar identificada suficientemente y por lo común apriorísticamente sin que pueda estar supeditada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a la celebración del contrato. Esta tarea de identificación es una misión que deben cumplir el pliego de condiciones particulares se la contratación y el de prescripciones técnicas...”*.

En relación al fraccionamiento, el citado artículo 86 del TRLCSP indica que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Prohibición que procede de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 18.1 establece que *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”*.

En el caso de producirse el prohibido fraccionamiento, como indica José Enrique Candela<sup>342</sup>, nos encontramos ante un fraude de ley. Así en palabras del Informe n.º 31/12, de 7 de mayo de 2013 JCCA, *“la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley”*. Pues al dividir el objeto se produce una disminución de la cuantía del contrato eludiéndose los mecanismos de control contractual; lo que nos lleva a la huida del derecho administrativo en forma de la división en lotes, que ha sido objeto de estudio y dictámenes por las Juntas Consultivas de Contratación estatal y autonómicas de las que son una buena muestra el reciente Informe n.º 31/12, de 7 de mayo de 2013 de la Junta Consultiva de Contratación (JCCA). No obstante lo dicho también son destacables los supuestos admitidos como excepción a la prohibición de fraccionamiento una vez acreditados los requisitos materiales en cada supuesto. Que se une con la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, configurando el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación de la libertad configuradora derivada del artículo 86 TRLCSP, si bien acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos (Resoluciones n.º 138/2012 y n.º 143/2012 TACRC).

No obstante ello, sí se permite el referido fraccionamiento en los siguientes supuestos previstos en el art. 86:

- a) Cuando el objeto del contrato lo admita y así se justifique debidamente en el expediente. En tal caso podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean

---

<sup>342</sup> CANDELA TALAVERO (2014).

susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

- b) Cuando se contraten separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

Pero para evitar posibles problemas referidos al fraccionamiento, se indica que aun en los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto<sup>343</sup>.

#### 4.2.4.2.- Precio

La eficiencia y economía en la utilización de los fondos públicos, los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto y la exigencia de que el precio de los contratos sea adecuado, atendiendo al precio general de mercado, y exige su justificación en el expediente a través de la correspondiente memoria económica<sup>344</sup>.

Al igual que lo relativo al objeto, la regulación del precio de los contratos del artículo 87, se refiere a los “contratos del sector público”, por lo que, en principio, resultan de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de las Sociedades Mercantiles Públicas.

En concreto se indica que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras leyes así lo prevean.

Pudiendo establecerse de dos formas concretas:

- a. Mediante un precio alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato y cerrado.
- b. Mediante su referencia a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten.

En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.

A modo de ejemplo, una cláusula de precio de un Pliego de Sociedad Pública, se formula de la siguiente manera:

**1. “El presupuesto de licitación asciende a la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL CIEN (133.100,00) Euros, IVA INCLUIDO al tipo del 21%. Siendo el**

<sup>343</sup> Esta regla tiene una excepción en los supuestos de los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.

<sup>344</sup> 1.3.- Memoria económica del contrato.

*precio estimado del contrato la cantidad de CIENTO DIEZ MIL (110.000,00) Euros, IVA excluido (Correspondiendo 23.100 € al IVA), para todo el plazo de ejecución señalado en la Cláusula 9.2 del presente pliego. Ninguna proposición podrá exceder del referido presupuesto de licitación, por ello las que se presenten superando el presupuesto base de licitación serán automáticamente desechadas.*

*2. A todos los efectos, se entenderá que las ofertas presentadas por los licitadores comprenden los tributos que le sean de aplicación según las disposiciones vigentes, a excepción del IVA, que figurará en cuantía aparte”.*

Por el contrario no será de aplicación a las Sociedades Mercantiles Públicas los siguientes aspectos relativos al precio:

- La prohibición de pago aplazado del artículo 87.7 se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que si podrá ser usado sal prohibición expresa en su normativa específica de aplicación.
- los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 152, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1901.a).

#### **4.2.4.3.- Plazo de duración y prórrogas**

La regulación general del Plazo de los contratos se encuentra en el artículo 23 del TRLCSP, que resulta aplicable pues se encuentra referido a los “contratos del sector público”.

El citado artículo indica que la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. Ésta debe establecerse por el ente contratante de forma acorde a la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, sin que resulte ajustado a la norma hacerla depender del procedimiento de adjudicación empleado. No obstante ello, existen supuesto especiales en los que la duración del mismo viene establecida por la propia norma<sup>345</sup>, así el contrato de servicios que no podrá tener un tiempo ordinario de más de cuatro años o de seis si se suman las dos eventuales prórrogas permitidas (art. 303) o el contrato menor que no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (art. 23.3).

Además de la duración inicial *“el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las*

---

<sup>345</sup> El art. 23 citado, en su párrafo 2.º indica que: “Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”.

partes” (art, 23.2). De lo expuesto pueden extraerse los siguientes aspectos esenciales:

- a) Posibilidad de prorrogar los contratos cuando ésta haya sido prevista de forma expresa en los PCAP, debiéndose justificar la necesidad y el interés público de la misma y no pudiéndose alterar los términos del contrato.
- b) Posibilidad de prórroga temporal y extraordinaria no prevista expresamente.
- c) La prórroga deberá ser expresa, no se producirá ni automáticamente ni de forma tácita.
- d) Será obligatoria para el contratista, salvo que se hubiera expresamente pactado lo contrario en el contrato.
- e) Deberá ser acordada por el órgano de contratación.

Se analizaran estos requisitos de la prórroga detenidamente a continuación:

a) Posibilidad de prorrogar los contratos cuando ésta haya sido prevista.

Como se ha visto, está perfectamente admitida la prórroga de los contratos cuando esta haya sido prevista en los pliegos de contratación y/o en el contrato, siempre y cuando estos periodos de prórroga hayan sido tenidos en cuenta en el momento de la licitación, estableciendo como plazo máximo del contrato el inicial más el de las prórrogas.

b) Posibilidad de prórroga temporal y extraordinaria no prevista expresamente.

La prórroga expresamente pactada, como se ha visto, perfectamente posible, pero qué sucede si la sociedad no ha previsto la prórroga o ésta, estando prevista no se considera conveniente concederla y, además, no se ha tenido la previsión necesaria para tener un nuevo contrato adjudicado antes de haber finalizado el contrato anterior. Ante ello se plantea la cuestión de si es posible la prórroga de un contrato, más allá de lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato, mientras se tramita una nueva adjudicación.

En estos casos, y aunque es cierto que dicha posibilidad debería estar prevista en el pliego de contratación, la Administración, un ente instrumental o Sociedad Pública pueden, por motivos de interés público fundados en la necesidad de continuar con la prestación del servicio, prorrogar el contrato hasta que exista un nuevo adjudicatario del servicio. Es necesario además, que ese contrato de servicios sea esencial o la ausencia de su prestación cause perjuicios de cierta entidad para el funcionamiento de la Administración. En otro caso, no existe justificación para prorrogar un contrato de servicios cuando se ha cumplido el plazo.

El antiguo art. 218 del Reglamento de Contratación del Estado imponía al empresario la obligación de “prestar el servicio con la continuidad convenida...”, de tal modo que el art. 56 RC afirmaba que “por ningún motivo, ni aún por

demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato...”. Por ello, el hoy derogado art. 59 RC disponía que “Los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación, obligatoriamente para el contratista, hasta que realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquélla, a falta de licitador, en las condiciones eximentes de ambas formas de contratación. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.”

Hoy, a falta de este amparo normativo, se plantea la cuestión sobre si resulta posible que el contratista de un servicio continúe prestándolo por el tiempo necesario hasta que el nuevo contratista se pueda hacer cargo de él. La respuesta es positiva en circunstancias especiales de pendencia del fin de una licitación; por varios argumentos:

- El art. 128.1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, impone al concesionario la obligación de prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente. Esta regla se fundamenta en la necesidad de mantener, en todo caso, la continuidad del servicio, que excluiría esta actuación de la prórroga o de la tácita reconducción, respondiendo únicamente a circunstancias excepcionales.
- Existen varias aplicaciones jurisprudenciales de este principio. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1998 que considera, que el hecho de continuarse la prestación del servicio por exigencias de la continuidad del mismo y hasta la adjudicación que se hiciera a través de nueva licitación, no supondría una tácita reconducción del contrato.

Además de la anterior, pueden consultarse la STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2003 o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2002, que admite la continuidad del servicio (tal como admite la Comunidad Europea en la comunicación de la Comisión 98/c 147/2005 publicada en el DOCE de 13 de mayo de 1998) con la empresa que venía prestándolo hasta su autorización previa convocatoria de una nueva.

En relación a los contratos menores, como se ha visto, el artículo 23 en su párrafo 3.º, específicamente indica no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. Esta prohibición pueden entenderse referida a la prórroga ordinaria de un contrato, pero no parece que debe entenderse a la extraordinaria y obligatoria siempre que se den las circunstancias de necesidad de continuidad del servicio y se encuentre pendiente de nueva adjudicación directa o, en caso de apreciar la necesidad de la continuación del servicio por un periodo superior al año, se inicie un procedimiento de contratación, negociado u ordinario, según las condiciones del nuevo servicio a prestar.

El único problema que podría plantearse es que debe producirse la prórroga antes de haber expirado el plazo de ejecución del contrato, pudiendo entenderse que en caso contrario se habría producido la extinción por cumplimiento.

c) La prórroga deberá ser expresa, no se producirá ni automáticamente ni de forma tácita.

Las prórrogas van a requerir siempre acuerdo expreso de las partes, como se ha visto, el art. 23.2 del TRLCSP admite la prórroga «sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes».

El Informe de la JCCA 24/2004, de 7 de junio, concluye que no caben prórrogas tácitas aunque estuviesen previstos en los pliegos elaborados y aprobados con anterioridad a la modificación apuntada. En el mismo sentido se pronuncia el Informe JCCA 35/2004, de 8 de julio. También se manifiesta en este sentido el Informe 7/2009, de 30 de julio (La LEY 2814/2009), de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre la prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos, concluye que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, las prórrogas tácitas tienen que ser rechazadas.

Únicamente en el ámbito de la contratación privada, el IJCCA 38/2006, de 30 de octubre (La Ley 169/2006) considera que son posibles las prórrogas tácitas si su legislación específica lo prevé, ya que esta cuestión corresponde a los efectos y extinción de los contratos, que se rigen para éstos por las normas de derecho privado.

d) Será obligatoria para el contratista, salvo que se hubiera expresamente pactado lo contrario en el contrato.

Acordada la prórroga, ésta puede ser impuesta al contratista en el ejercicio de las potestades administrativas de que goza y por razones de interés público.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de marzo de 1999 expone, en su supuesto de prórroga forzosa, que:

*“Al regular el art. 127.1 RS las potestades exorbitantes de que gozará la Administración en los contratos de servicios públicos señala que la Corporación concedente ostentará sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:*

*1.º Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconseje el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del servicio.*

*Si observamos atentamente los preceptos transcritos siempre hacen referencia a la posibilidad de introducir modificaciones en el servicio. Por modificar hay*

*que entender «cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes». Según la doctrina civilista se consideran, por regla general, condiciones accidentales del contrato las que se refieren a la cantidad, modo, tiempo o lugar de las obligaciones. La prórroga de la duración del contrato podría tener cabida dentro de la potestad de modificar el servicio (...)*”.

Pero si esta prórroga del contrato está claro que puede ser impuesta por la Administración en base al ejercicio de sus potestades, qué sucede con las Sociedades Mercantiles Públicas, como es EMSULE, que carecen de dichas potestades, siendo como son sus contratos privados, ¿pueden imponer esta prórroga forzosa?

Si bien el tema no es pacífico, se aporta las consideraciones positivas de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña de 2009 que les da valor y fuerza contractual en base al principio de libertad de pactos, recogido expresamente en el artículo 25 de la LCSP (hoy 25 del TRLCSP) con el fin de garantizar la consecución del interés general a que tiene que dirigir toda su actividad, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

El Informe 14/2009, contempla distintos aspectos, pues su “Asunto” es: “Calificación jurídica del contrato de mediación de seguros y duración de los contratos de seguros y de mediación de seguros. Posibilidad de prever determinadas prerrogativas en los contratos privados”. En concreto lo contempla en el apartado IV. “Posibilidad de prever determinadas prerrogativas en los contratos privados”, que indica literalmente lo siguiente, que por su interés se transcribe:

*«La tercera de las consultas planteadas se refiere a la posibilidad de prever en un contrato privado de seguros las prerrogativas de interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, suspender su ejecución y acordar la resolución y sus efectos.*

*Hay que iniciar el análisis de esta cuestión partiendo del artículo 194 de la LCSP, el cual dispone que “Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.*

*Este artículo se encuentra recogido en el libro IV de la LCSP, relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y más concretamente en el capítulo II de su título I que regula las “prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos”. De la ubicación dentro de la Ley de este precepto y de su tenor literal se desprende que las prerrogativas a que se refiere se encuentran circunscritas al ámbito de los contratos administrativos -en coherencia con el régimen jurídico privado establecido por la LCSP en relación con los efectos y extinción de los contratos privados- y que se hayan suscrito por una Administración Pública.*

*Ciertamente, el cimiento de las prerrogativas de que se encuentra investida la Administración se justifica en el servicio al interés general, que se pone especialmente de relieve en los contratos administrativos. En este sentido, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo indicando que la vinculación directa de los contratos administrativos con la satisfacción del interés público justifica las facultades de que disfruta la Administración en las relaciones contractuales (entre otras, STS de 24 de enero de 2007).*

*No obstante, hay que poner de relieve que también los contratos privados que suscriba la Administración Pública -e, incluso, los que suscriban el resto de entes, organismos o entidades que conforman el sector público, de acuerdo con la LCSP- están dirigidos con carácter general a la consecución del interés general. Es este el sentido en que hay que entender la previsión contenida en el artículo 3.2 del RGLCAP, citado anteriormente, que dispone que en los contratos privados, el órgano de contratación tiene que incluir las cláusulas más convenientes al interés público.*

*Por lo tanto, la obligación que se impone a la Administración de garantizar el correcto cumplimiento y la correcta ejecución de los contratos de naturaleza privada que se suscriba, como garantía de la satisfacción del interés general, determina la necesidad que ésta se reserve determinadas facultades.*

*En este orden de consideraciones, mientras las prerrogativas previstas en el artículo 194 de la LCSP son atribuidas ex lege a la Administración pública en los contratos administrativos, el principio de libertad de pactos, recogido expresamente en el artículo 25 de la LCSP, habilita a incluir en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.*

*De acuerdo con lo que se ha expuesto, la posibilidad de prever en los pliegos de cláusulas de los contratos privados la atribución a la Administración de determinadas facultades deriva de la necesidad de incluir las previsiones más convenientes al interés público, siempre que éstas no versen sobre materias de ius cogens y, en general, respeten los límites fijados en el artículo 25 de la LCSP, citados anteriormente».*

En esta misma línea la reiterada Instrucción n.º 1/2008<sup>346</sup>, indica que conviene precisar que, según el sentido en que se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo -no puede estimarse que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes (lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil) cuando ésta limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo-, cabe entender que es admisible la modificación del contrato por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que esté expresamente prevista esa posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato -la aceptación por el contratista de esta previsión de

---

<sup>346</sup> Instrucción n.º 1/2008, antes citada.



modificación del objeto del contrato habrá tenido lugar con la presentación de su oferta, al implicar ésta la aceptación de las cláusulas o condiciones rectoras de la relación contractual-. Si este requisito se exige para los contratos administrativos en el artículo 202.2 de la LCSP, con igual o mayor motivo ha de exigirse para los contratos privados que concierten las entidades de referencia; y

- b) Que la procedencia de la modificación se supedite a la concurrencia de circunstancias o acontecimientos que objetivamente considerados justifiquen la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de ésta.

Pudiendo concluirse que en los contratos privados suscritos por sociedades públicas se pueden incluir cláusulas en éstas se reserven determinadas facultades para garantizar su correcto cumplimiento y ejecución, en base el principio de libertad de pactos y con el fin de garantizar la consecución del interés general a que tiene que dirigir toda su actividad, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

- e) La prórroga deberá ser acordada por el órgano de contratación.

La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre, de acuerdo con el artículo 51 (Competencia para contratar) del TRLCSP.

El órgano de contratación de las sociedades mercantiles públicas es el que determinen sus propios estatutos de acuerdo con la normativa mercantil, por cuanto son auténticas sociedades mercantiles, en este sentido el propio TRLCSP es claro en su artículo 316, en su párrafo 6.º al indicar que “la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación”.

Con carácter general el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, indica que la gestión y la representación de la sociedad es competencia de los administradores (artículo 209. Competencia del órgano de administración).

Como se ha visto al analizar los órganos de Gobierno, las sociedades públicas locales tradicionalmente por ley, deben de dotarse de un Consejo de Administración, será éste el que ostente la competencia para contratar.

Es en los estatutos sociales donde se reflejan las facultades del Consejo de Administración, entre las que se contempla necesariamente la capacidad para contratar, de acuerdo con la libertad que otorga el art. 85 ter de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local.

No se suele emplear el concepto administrativo de “órgano de contratación” en dichos estatutos, si bien, sí es un término que se utiliza habitualmente en las “Instrucciones Internas de Contratación”.

Es habitual que la parte de la contratación se delegue en algún consejero delegado o en el Gerente de la sociedad haciendo uso de la expresa previsión del art. 50 que en su párrafo segundo permite a los órganos de contratación podrán delegar facultades con el cumplimiento de las normas y formalidades aplicables para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios.

#### **4.2.5.- Elementos formales**

##### **4.2.5.1.- Justificación de la necesidad e idoneidad**

Las Sociedades Mercantiles Públicas, al igual que el resto del sector público, indica el artículo 22, “no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

A tal fin, a todos los expedientes de contratación debe incorporarse distintos documentos necesarios para su adecuada tramitación, en concreto, los siguientes:

- a) Una Memoria o informe de necesidad en el que se determine con precisión la naturaleza y la extensión de las necesidades a satisfacer, así como la idoneidad del objeto del contrato y su contenido para satisfacerlas.
- b) Informe acreditativo de la insuficiencia de medios personales y/o materiales propios o la conveniencia de no ampliarlos, analizando el beneficio de externalizar la prestación del servicio, en particular en aquellos casos en que estemos ante prestaciones de servicios de carácter periódico y dilatadas en el tiempo.

##### **4.2.5.2.- Mesa de contratación**

La Mesa de Contratación es el “el órgano competente para la valoración de las ofertas” que asiste a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con el artículo 320 del TRLCSP.

Su constitución es obligatoria para dichas administraciones en procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad del artículo 171.1, siendo potestativa en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación. Igualmente a la Administración Pública le es de aplicación las reglas sobre composición y nombramiento de los miembros de dicha Mesa que establece el citado artículo 320, que estará constituida por un

Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario, todos ellos nombrados por el órgano de contratación.

Por el contrario, la constitución de Mesa de Contratación no es obligatoria para las Sociedades Mercantiles Públicas. No obstante ello, la Circular de la Abogacía del Estado indica que *“una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que el artículo 1 del TRLCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 de la Ley para las Administraciones Públicas”*.

Tras el análisis de los diversos procesos de contratación de distintas Sociedades Mercantiles Públicas, pone de manifiesto la generalidad de la constitución de Mesa de Contratación no solo para los contratos SARA, en los Pliegos de Contratación, sino también para el resto de contratos, en la Instrucciones Internas, si bien, como analizaremos posteriormente, se suelen delegar en el Gerente las funciones de valoración de ofertas en procedimientos de contratación de escasa cuantía.

#### **4.2.5.3.- Expediente de contratación**

##### **A) Aspectos Generales**

El Libro II “Preparación de los contratos” del TRLCSP, establece una distinción esencial entre la reglas aplicables a la preparación de los contratos de las administraciones públicas (Título I. Preparación de contratos por las Administraciones Públicas) y las aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (Título II).

Se analizarán, en primer lugar, de forma extractada las reglas generales de preparación de los Contratos de las Administraciones Públicas, para analizar seguidamente y de modo comparado las reglas aplicables a la Sociedades Mercantiles Públicas.

- **Preparación de los contratos de las Administraciones Públicas**

De acuerdo con el artículo 109 (Expediente de contratación: iniciación y contenido) las administraciones Públicas que pretendan celebrar un contrato deberán con carácter tramitar un expediente que se compone de las siguientes elementos y caracteres:

- 1) Se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22.
- 2) Deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación.
- 3) Se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.
- 4) Se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato.
- 5) Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención. Si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.
- 6) Una vez completado, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

• **Preparación de los contratos de poderes adjudicadores no Administraciones**

Los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas; se establece una distinción entre dos tipologías de contratos:

1. Los contratos sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 207.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas contenidas en los artículos siguientes:
  - a) Las establecidas en el 117 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas.
  - b) Las del 118 relativo a Condiciones especiales de ejecución del contrato.
  - c) El 119 en materia de información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales.
  - d) El 120, que establece la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.
  - e) El 112.2.b) sobre reducción de plazos, si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo

debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo.

2. En contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.000 euros, En estos casos se debe elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el ya visto artículo 120. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

## **B) Pliegos de reguladores del contrato**

En la contratación de las Sociedades Mercantiles Públicas, se elabora y aprueba un pliego de cláusulas donde se establecen las normas aplicables a la contratación y el régimen de derechos y obligaciones de las partes, si bien no siempre se denomina como en la Administración Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) y se establecen la Condiciones Técnicas de los contratos, aunque tampoco se suele utilizar siempre la denominación de Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTe).

Como se ha visto, el establecimiento de las condiciones técnicas se exige expresamente, no así el de condiciones administrativas, lo que ha hecho plantearse a algún sector doctrinal su obligatoriedad o no. Sin perjuicio de que la realidad es que sí se aprueba habitualmente, es interesante para evitar problemas traer a colección la indicación de la Instrucción 1/2008 de la Abogacía del Estado que se manifiesta en los siguientes términos:

*“A mayor abundamiento, los pliegos de cláusulas o condiciones particulares, en cuanto establecen, con carácter previo, las reglas de general aplicación a las que se ha de ajustar la licitación, constituyen el instrumento adecuado para garantizar la objetividad, igualdad y transparencia que el artículo 1 de la LCSP exige, con carácter general, en la contratación de todo el sector público.*

*En consecuencia, parece lógico entender que en la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones, sociedades y entidades públicas de que se trata habrán de elaborarse unos pliegos reguladores de la licitación y unos pliegos que, con observancia de las reglas con independencia de la concreta denominación que se atribuya a una y otra modalidad de pliegos”.*

Centrado ello, en relación a su contenido, cada uno de estos dos pliegos, el de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y los de Prescripciones Técnicas (PPT), tienen una finalidad y contenido distintos, por lo que debe evitarse incorporar al PPT cláusulas que, de conformidad con el artículo 86 del RGLCAP, son propias del PCAP. Por su parte, el PPT debe centrarse en describir con precisión las características, requisitos y condiciones de las prestaciones que vayan a ser contratadas, definiendo sus calidades,

concretando, en su caso, los medios personales y materiales necesarios para la correcta prestación del servicio.

Muchas sociedades tienen establecidos unos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares estandarizados o pliegos tipo, lo que facilita la labor de elaboración y de interpretación.

En relación al contenido de los pliegos, es muy interesante la “Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el contenido Básico de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares comunes a todo tipo de contratos administrativos”. **(Se adjunta como Anexo número 7)**

### **C) Tramitación urgente**

El órgano de contratación podrá declarar urgente la tramitación de un expediente de contratación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria, si la celebración del contrato *“es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público”*, indica el art. 137.1 con carácter general, o el artículo 190.2, en relación a poderes adjudicadores no administración, *“si por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos”*.

En estos casos se aplica lo previsto en el artículo 112.2.b) sobre reducción de plazos, estableciéndose con carácter general los plazos establecidos en la ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato lo harán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 156.3 como período de espera antes de la formalización del contrato, en el supuesto de que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación. No obstante, cuando se trate de procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada, esta reducción no afectará a los plazos establecidos en los artículos 158 y 159 para la facilitación de información a los licitadores y la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto. En los procedimientos restringidos y en los negociados en los que, conforme a lo previsto en el artículo 177.1, proceda la publicación de un anuncio de la licitación, el plazo para la presentación de solicitudes de participación podrá reducirse hasta quince días contados desde el envío del anuncio de licitación, o hasta diez, si este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y el plazo para facilitar la información suplementaria a que se refiere el artículo 166.4 se reducirá a cuatro días. En el procedimiento restringido, el plazo para la presentación de proposiciones previsto en el artículo 167.1 podrá reducirse hasta diez días a partir de la fecha del envío de la invitación para presentar ofertas.

Debe tenerse en cuenta que la tramitación de urgencia al dar lugar a una significativa reducción de plazos para la presentación de ofertas, supone una restricción de la concurrencia de licitadores. Por ello se recomienda que solo debe ser empleada cuando responda a una situación de urgencia objetivamente evaluable, basada en la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público,

sin que una falta de previsión pueda justificar la aplicación de este procedimiento excepcional.

#### **4.2.5.4.- Procedimiento de adjudicación**

Ya se ha visto que se prevén expresa y separadamente distintas especialidades en relación a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de la Sociedades Mercantiles Públicas como poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas, en el artículo 190 pues somete su adjudicación a las normas establecidas para las administraciones públicas. En concreto no se les aplican las siguientes normas:

1. Las establecidas en relación a la intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos (artículo 150.2.2.º).
2. Los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas (artículo 152, nos. 1 y 2).
3. Lo relativo a la formalización de contratos, especialmente la imposición de realizarla en documento administrativo. Por el contrario si se les aplican los plazos de formalización de los contratos en los casos de posibilidad de recurso especial y que no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización (artículo 160.3 y 5).
4. Las normas previstas en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.
5. Los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos previstos en el artículo 172.
6. No hay que publicar las adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales, debiendo hacerse la publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y su inserción en la Plataforma de Contratación del sector Público, pudiéndose utilizar medios adicionales con carácter voluntario.

En relación a los procedimientos específicos, a los contratos sujetos a legislación armonizada de las Sociedades Mercantiles Públicas, se aplican con las salvedades que se han visto, las reglas previstas por el TRLCSP para los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas. Los procedimientos son los siguientes: procedimiento abierto (artículos 157 y siguientes), el restringido (artículos 162 y siguientes), el negociado (artículo 169), con o sin publicidad (artículos 177 y 178, respectivamente), y el diálogo competitivo (artículo 179 y siguientes)<sup>347</sup>.

La confidencialidad es elemento esencial en el proceso de contratación, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás disposiciones concordantes en materia de protección de datos de carácter personal. No obstante ello<sup>348</sup>, los principios de

---

<sup>347</sup> Se sigue adaptada a al TRLCSP la citada Instrucción n.º 1/2008 de la Abogacía del Estado en su página 25.

<sup>348</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, a las que se ha hecho referencia en nota anterior.

publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa exigen que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción. Por ello, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.

Es competencia del órgano de contratación establecer el alcance de la confidencialidad bien de oficio o una vez solicitada por el aspirante a contratista al ser el que se encuentra habilitado para otorgar el acceso al expediente de contratación, debiendo limitar el mismo e impedir su ejercicio, respecto de aquellos documentos que se correspondan con información secreta o comercial o que afecten a aspectos confidenciales de la entidad a que se refiera ese acceso solicitado. Esta determinación no puede incluir todo el contenido de la oferta pues afectaría directamente al principio de publicidad.

En este sentido, el artículo 140 del TRLCSP es claro al indicar que:

*“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.*

*2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor”.*

Consecuentemente con ello, los elementos esenciales de la confidencialidad son los siguientes:

- a) Se solicita por el contratista, identificando expresamente la documentación incluida en su oferta que tiene este carácter y debe hacerse, en todo caso, al presentar la documentación.
- b) Es el órgano de contratación el que tras la solicitud determina el concreto alcance de la misma, pues no debe limitarse a denegar el acceso solicitado por el mero hecho de que el interesado califique como confidencial determinada documentación, pues debe determinar si esa calificación es o no es correcta.
- c) La obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. En caso contrario una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.



A modo de ejemplo, se adjunta una cláusula de confidencialidad incluida en un pliego de contratación de una empresa pública municipal:

**“6.- CONFIDENCIALIDAD.**

*Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, éstos podrán designar como confidencial parte de la información facilitada por ellos al formular las ofertas, en especial con respecto a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las mismas. El órgano de contratación no podrá divulgar esta información sin su consentimiento.*

*Todos los datos o se conozcan o manejen por razón de la prestación del servicio objeto del presente contrato tiene carácter personal, y como tales, el uso que de ellos se pueda hacer, está regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás disposiciones concordantes en materia de protección de datos de carácter personal.*

*En este sentido, cuantas personas tengan acceso a los datos suministrados estarán obligadas a mantener sigilo respecto a los mismos, así como a no comunicarlos más que a quienes tengan derecho legítimo a conocerlos utilizando los cauces legalmente estipulados.*

*La información facilitada por \_\_\_\_\_ será considerada confidencial, no pudiéndose destinar a otros fines que los establecidos en el presente pliego y en el de prescripciones técnicas. Del mismo modo la entidad adjudicataria estará obligada a respetar el secreto profesional de conformidad con lo señalado en el artículo 10.2 de la citada Ley Orgánica 15/1999, y la custodia de toda esa información de acuerdo con el artículo 9 del mismo texto legal.*

*La entidad adjudicataria adecuará sus actuaciones a la Ley Orgánica 15/1999”.*

Cuestión distinta de la confidencialidad es la posibilidad que se concede al órgano de contratación de no publicar, una vez adjudicado el contrato, determinada información que pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, en el artículo 153 del TRLCSP y que posteriormente se analizará.

#### **4.2.5.5.- Criterios de adjudicación**

Los criterios de adjudicación, elemento fundamental para la elección del contratista en base a que su oferta sea la más ventajosa, de acuerdo con la normativa actual de contratación, deben reunir los siguientes requisitos de

acuerdo con el TRLCSP<sup>349</sup> y las Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”<sup>350</sup> que se sintetizan:

## **A) Determinación**

Se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. Debiendo ser formulados de manera objetiva, respetando siempre los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no otorgando una excesiva libertad de decisión al Órgano de Contratación.

## **B) Vinculación objeto del contrato**

Estarán necesariamente vinculados al objeto del contrato. Entendiendo por tales y sin carácter exhaustivo la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

La vinculados al objeto del contrato, impone que estos criterios no se encuentren referidos a características o circunstancias de las empresas licitadoras, dado que son elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta, frente a los criterios de solvencia que sirven para definir la capacidad necesaria de los licitadores para la ejecución del contrato, debiéndose valorar como criterios de admisión. Por ello, no pueden ser empleados como criterios de adjudicación los siguientes: la experiencia, las certificaciones de calidad, de gestión ambiental, de gestión de seguridad y salud en el trabajo y de responsabilidad social corporativa, los currículos o la titulación del personal de los licitadores ni los medios humanos y materiales, salvo que se trate de mayores medios sobre los previstos en los pliegos.

## **C) Criterio único o Pluralidad de criterios**

Pueden ser uno o varios criterios, precisándose cuando sean varios la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada, pero en el caso de

---

<sup>349</sup> Estos criterios surgen esencialmente del artículo 150 (Criterios de valoración de las ofertas) del TRLCSP, aplicable por la reemisión expresa ya vista del artículo 190.

<sup>350</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, a las que se ha hecho referencia en nota anterior.

que sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Se considera que en atención a los principios de eficiencia y economía en la gestión de los fondos públicos, en todos los procedimientos de licitación el criterio determinante para la adjudicación de los contratos debe ser el precio, debiendo justificarse en el expediente la elección e incorporación de otros criterios diferentes.

La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos bajo<sup>351</sup>:

- a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e) Contratos de gestión de servicios públicos.
- f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

#### **D) Criterios valorables mediante fórmulas o a través de un juicio de valor**

Los criterios pueden ser de distinta naturaleza, pues éstos pueden valorarse en función de cifras o porcentajes o hacerse depender de un juicio de valor,

---

<sup>351</sup> Artículo 150.3 del TRLCSP.

debiendo dejarse perfectamente claros y cada uno de ellos se asignen correctamente a cada categoría, puesto que la norma exige que la apertura y valoración de las proposiciones vinculadas a un juicio de valor, se efectúe con carácter previo a la apertura de las proposiciones que se valoren mediante la aplicación de fórmulas.

Con carácter general, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Las fórmulas aplicables a los criterios de adjudicación que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes, deben figurar en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o denominación similar. No deben desincentivar o limitar la presentación de bajas, debiendo operar tomando en consideración la baja real que las mismas representan, dado que el establecimiento de umbrales de saciedad, la valoración en función de tramos fijos (vinculados a cifras o a porcentajes) o la asignación de puntuación sin tomar en consideración la baja real que las mismas producen, no resulta conforme a los principios de eficiencia y economía en la gestión de los fondos públicos.

El empleo de criterios de adjudicación diferentes evaluables mediante un juicio de valor, requiere que tengan relación con el objeto del contrato, que resulten de las necesidades a satisfacer y que se efectúe su justificación en el expediente, debiendo definirse con precisión y claridad su contenido, así como su forma de valoración o asignación de puntuaciones, de manera que quede garantizada la aplicación efectiva de los principios de igualdad, publicidad, objetividad y transparencia<sup>352</sup>.

## **E) Inclusión de criterios sociales/medioambientales y su preponderancia en casos de igualdad**

En la actual normativa de contratación se permite que, además del establecimiento en los pliegos de las condiciones obligatorias de integración de determinándose colectivos, se incluyan en los mismos, dentro de los criterios de valoración de los pliegos o de las condiciones de ejecución, cláusulas denominadas sociales.

El Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León<sup>353</sup>, establece una definición operativa de «cláusulas sociales» entendiéndose por tales aquellas que establecen la inclusión de aspectos de política social en los procedimientos de contratación pública como el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, la inserción laboral de personas con discapacidad, el fomento de la estabilidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva

---

<sup>352</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, a las que se ha hecho referencia en notas anteriores.

<sup>353</sup> Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública.

entre mujeres y hombres y el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas.

Su objetivo es incorporar cláusulas sociales al contrato en el momento de identificar sus necesidades de compra, al diseñar las especificaciones técnicas del contrato, en los criterios de selección del contratista, como criterios de adjudicación y también como condiciones de ejecución contractual. Incluso, tal y como posibilitan las Directivas sobre contratación pública y el TRLCSP, reservando una parte de los contratos públicos a talleres protegidos como en el caso de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, desde el respeto al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y candidatas.

En los últimos años, la integración de aspectos sociales en la contratación pública, ya sea como criterio de selección del contratista, como criterio de adjudicación de los contratos, como cláusula de preferencia o reserva, o como condición especial de ejecución, ha sido objeto de análisis y regulación mediante instrumentos diversos, de carácter europeo, nacional, autonómico y local. Son también numerosos los dictámenes e informes emitidos sobre la cuestión por las distintas Juntas Consultivas de contratación administrativa y otros órganos consultivos<sup>354</sup>.

Es decir, las cláusulas sociales o medioambientales pueden tener una triple repercusión en la contratación:

- a) Como criterio de valoración, en el que se otorga determinada puntuación al licitador que cumpla determinadas condiciones sociales, laborales o medioambientales.
- b) Como criterio de desempate, dando preferencia al licitador que las cumpla en caso de empate en la puntuación con otros licitadores. En caso de igualdad entre proposiciones deben emplearse como elementos que determinen la preferencia de adjudicación criterios sociales y/o de género, en los términos que se definan en los PCAP (DA 4.ª del TRLCSP), de forma que el sorteo únicamente podrá ser utilizado como último criterio de desempate, cuando además así se haya previsto expresamente en los PCAP.
- c) Como condiciones de ejecución, imponiéndose su cumplimiento al adjudicatario del contrato, previendo que en caso de incumplimiento de las mismas se resuelva el contrato, por ser una obligación esencial, en caso contrario la imposición de penalidades o la consideración de infracción grave a los efectos de prohibición de contratar con la administración (art. 60.2 del TRLCSP).

En concreto, ciñéndonos ya a las denominadas «condiciones especiales de ejecución de los contratos», por ser éstas la posibilidad que se plantea en la solicitud de informe, esta Junta Consultiva se pronunció por primera vez

---

<sup>354</sup> Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

sobre las mismas en su Informe 6/2009, de 15 de abril, cuyas consideraciones generales se dan por reproducidas, al no haber perdido su vigencia. La referencia al artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de emisión del informe, hay que entenderla hecha en la actualidad al artículo 118 TRLCSP, en el que con carácter general se contiene la regulación estatal básica de la figura.

Posteriormente, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, incorporó en su artículo 3, entre los principios rectores de la contratación, la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante. Siendo uno de los objetivos de la norma, declarados en su artículo 1, el fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público de Aragón. Con posterioridad, ha sido aprobado y publicado el paquete legislativo de la Unión Europea en el que se contiene el nuevo marco normativo de los contratos públicos: Directivas 23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que ya están en vigor, y cuya transposición a nuestro derecho interno debe producirse en un plazo que concluye el 18 de abril de 2016. Hay que destacar que estas Directivas incorporan, por primera vez en el Derecho europeo, una regulación específica sobre la ejecución de los contratos que, en materia de condiciones especiales de ejecución, incorpora novedades que deben destacarse. La inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad.

En todo caso, la decisión sobre su concreta incorporación en una licitación, salvo que se adopte una norma reglamentaria de obligado cumplimiento en tal sentido, corresponderá al órgano de contratación, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

La Disposición adicional cuarta del TRLCSP, establece la posibilidad de incorporar en los pliegos las siguientes cláusulas concretas:

- a) La obligación de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, en los supuestos que ello sea necesario por lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativa a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.
- b) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin

ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales, y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

- c) La preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

En esta línea, el Tribunal de Cuentas, en su informe N.º 1.066 (Fiscalización relativa a la Contratación del Sector Público Estatal celebrada durante el ejercicio 2012), publicado el 16 de febrero de 2015, recomienda que *“resultaría conveniente que las entidades fiscalizadas aplicasen, en lo posible, las previsiones legales tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres a través de la contratación del Sector Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres”*<sup>355</sup>.

#### **4.2.5.6.- Perfección**

Tradicionalmente desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 en relación a la adjudicación, se distinguían dos fases, la “adjudicación provisional” y la “adjudicación definitiva”. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007, restableció la figura que había desaparecido con la de 1995, habiendo vuelto a desaparecer en el TRLCSP.

Como se ha indicado, tradicionalmente se distinguían dos fases en relación con la adjudicación:

- a) **La adjudicación provisional**, se acordaba por el órgano de contratación en resolución motivada y se notificaba a los candidatos o licitadores y se publicaba en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles (o hasta un mes si así se fijaba) desde la publicación. En este plazo, el adjudicatario debía presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, documentos acreditativos de su aptitud para contratar y constituir la garantía procedente y cualesquiera otros o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.
- b) **La adjudicación definitiva** se producía dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expiraba el plazo ante señalado, siempre que el

---

<sup>355</sup> VI. 3. Recomendación 4.<sup>a</sup> en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de los pliegos de prescripciones técnicas.

adjudicatario hubiera presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva.

Con la adjudicación definitiva se producía la perfección del contrato de acuerdo con el artículo 27.1 de la citada LCSP/2007.

En la actualidad el procedimiento para la perfección del contrato es similar en el TRLCSP si bien no se distinguen las concretas clásicas fases de la adjudicación provisional y definitiva. En concreto el artículo 151 (modificado por Ley 34/2010, de 5 de agosto) y ss., establece las siguientes, centrándonos en una Sociedad Mercantil Pública, en la que el Órgano de Contratación es el Consejo de Administración de la misma y de acuerdo a lo establecido en distintos pliegos consultados:

### **A) Clasificación de las ofertas**

El órgano de contratación, el Consejo de Administración, analizará la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, en el caso de existir ésta, quien habrá clasificado por orden decreciente las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio. Pudiendo solicitar para ello cuantas aclaraciones o informes técnicos complementarios estime pertinentes.

Es fundamental que esta clasificación y propuesta sean perfectamente justificadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP, pues la defensa de los licitadores y el control judicial de las resoluciones administrativas, exigen que los informes que impliquen la emisión de un juicio de valor de carácter técnico deban ser motivados, especificando las razones de las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores en los diferentes criterios de adjudicación, en particular cuando se emitan en aplicación de criterios vinculados a un juicio de valor. Por su parte, los informes preceptivos, en su caso, de los Servicio Jurídicos y de la Intervención, deben contener un pronunciamiento crítico favorable o desfavorable sobre la adecuación de los expedientes y las propuestas a la normativa<sup>356</sup>.

### **B) Requerimiento al licitador**

El órgano de contratación, previa a la adjudicación, requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles (excluidos sábados)<sup>357</sup>, a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la siguiente documentación:

---

<sup>356</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, a las que se ha hecho referencia anteriormente en distintas notas.

<sup>357</sup> El artículo 151 del TRLCSP indica que las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.



- a) La documentación acreditativa de que en el licitador propuesto para la adjudicación del contrato concurren los requisitos de capacidad, solvencia y representación para contratar exigidos en el presente pliego y que han sido objeto de la Declaración Responsable del licitador o su representante. El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar será el de finalización del plazo de presentación de las ofertas.
- b) Certificaciones expedidas por los órganos competentes en cada caso, con la forma y con los efectos previstos en los artículos 13, 14, 15 y 16 del RCAP, acreditativas de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.
- c) Alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE), referida al ejercicio corriente, o el último recibo, completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto. En el caso de persona física o jurídica exenta del pago IAE, deberá aportarse la documentación siguiente: en el caso de personas físicas, declaración indicando dicha circunstancia; y, en el caso de personas jurídicas, el modelo 200 o 201 del Impuesto sobre Sociedades del último ejercicio, o bien la comunicación del importe neto de la cifra de negocios regulada en la Orden HAC/85/2003, de 23 de enero, del Ministerio de Hacienda (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2003).
- d) Resguardo acreditativo de haber abonado los gastos derivados de la publicación del anuncio de licitación, en su caso.
- e) Justificante de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.
- f) Justificante de haber constituido el seguro a que hace referencia en cláusula 3.6.5 de este pliego. No será necesario que aporte la documentación relativa al seguro cuando ésta haya sido ya presentada con en el Sobre "A" para acreditar la solvencia económica y financiera. En el supuesto de que el último día del plazo fuera inhábil, se suele trasladar al siguiente hábil.

El plazo de diez días hábiles concedido al licitador propuesto para la adjudicación del contrato, podrá ampliarse a petición de éste si el órgano de contratación lo valorase necesario. Sólo podrá concederse una única prórroga que no excederá de cinco días hábiles y tanto la solicitud de ampliación como la decisión sobre la misma tendrán que producirse antes de que finalice el plazo. Igualmente, el órgano de contratación otorgará un plazo de tres días hábiles (sábados excluidos) para la subsanación de la documentación aportada que adolezca de un defecto subsanable. No obstante ello, estos extremos deben establecerse en los Pliegos.

## C) Adjudicación del contrato

Una vez cumplido el requerimiento anteriormente indicado, el órgano de contratación (habitualmente el Consejo de Administración) adjudicará el contrato.

No obstante ello, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada, deberá motivar su decisión.

De no cumplirse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, y se suele proceder de acuerdo con los pliegos a recabar la documentación señalada en el párrafo anterior al licitador que haya quedado clasificado en siguiente lugar y así se procederá sucesivamente en caso de que licitadores sucesivamente requeridos no cumplimentasen el requerimiento (art. 151.2 TRLCSP).

Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados.

En el caso de que el contrato fuera adjudicado a una Agrupación de Empresas, deberán éstas acreditar la constitución de la misma, en escritura pública, dentro del plazo otorgado para la formalización del Contrato, y NIF asignado a la Agrupación.

El órgano de contratación adjudicará el contrato en el plazo máximo de un mes, a contar desde la apertura de las proposiciones. De no dictarse la adjudicación en dicho plazo, el empresario tiene derecho a retirar su proposición y a que se le devuelva la garantía depositada en su caso.

En el artículo 155 TRLCSP se distinguen supuestos que dan lugar a la no adjudicación: la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento. Ambos supuestos que sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación, tienen efectos distintos:

- a) La Renuncia a la celebración de un contrato que ya ha sido convocado solo podrá producirse por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente y no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la misma.
- b) El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

En ambos casos deberá notificarse a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido

anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea». Debiéndose compensarles por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

## **D) Notificación de la adjudicación**

La adjudicación deberá ser motivada, se notificará al adjudicatario, a los demás candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. No obstante ello, la notificación a través del perfil de contratante no cumple con los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP. El perfil de contratante es el medio a través del cual se materializan las exigencias del principio de transparencia. La notificación requiere de un acto individualizado.

La motivación, como se indica en las Conclusiones<sup>358</sup>, *“no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982 de 16 de junio, SSTs de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo 1999 y 13 de enero de 2000). Ello quiere decir que, siendo imprescindible el conocimiento de las razones que fundamentan la decisión de adjudicación del contrato para poder interponer el recurso pertinente, no es necesario que éstas sean expuestas de forma exhaustiva en el texto de la resolución que se notifica, sino simplemente de modo suficiente. Lo determinante para acordar la nulidad del acto resolutorio del procedimiento de adjudicación no es tanto el contenido del mismo, como el hecho de que el licitador recurrente no haya podido tener conocimiento de sus motivos”*.

Deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

- En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.
- El nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de

---

<sup>358</sup> Las ya reiteradas conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”.

éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

- Se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 140.3.

Por último, se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones.

#### **4.2.5.7.- Formalización del contrato**

##### **A) Criterios generales**

No se podrá iniciar la ejecución del contrato sin este requisito de formalización. La exigencia de formalización de los contratos, que se prevé en el artículo 28.2 y en el artículo 156 del TRLCSP se encuentra referida a los contratos de la Administraciones Públicas, imponiéndose expresamente que deben realizarse en “documento administrativo”, lo que no es posible en el caso de Sociedades Mercantiles Públicas, por lo que como ya se ha visto se excluye su aplicación a los poderes adjudicadores no administraciones en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo de 15 días si es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Indicado ello, en los pliegos suele establecerse que el órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato dándole un plazo de cinco días hábiles (siempre que dicho día no sea sábado, en cuyo caso se realizará el siguiente hábil). Indicando que al tratarse de un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, dicho requerimiento no podrá realizarse hasta que hayan transcurrido 15 días hábiles desde que se notifique la adjudicación del contrato a los licitadores sin que se haya interpuesto recurso alguno que lleve aparejada suspensión. En caso de haberse interpuesto recurso que conlleve dicho efecto el plazo de cinco días hábiles citado más arriba se contará desde que se hubiere levantado la suspensión.

El contrato se formalizara en documento privado, si bien el contratista podrá elevar al contrato a escritura pública siempre que corra este con los gastos de dicho acto. En el documento de formalización del contrato no podrán incluirse estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, excepto aquellos que se refieran a los elementos de la proposición del adjudicatario y, en su caso, a las condiciones especiales de ejecución.

Si el contrato no pudiese ser formalizado por causas directamente imputables al adjudicatario en el plazo establecido, se resolvería el mismo con pérdida de la fianza depositada, indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y se procederá a adjudicar al siguiente licitador quien, por ordenación de sus ofertas, siguiese a éste.

## **B) Confidencialidad**

Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, éstos podrán designar como confidencial parte de la información facilitada por ellos al formular las ofertas, en especial con respecto a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las mismas. El órgano de contratación no podrá divulgar esta información sin su consentimiento.

Todos los datos o se conozcan o manejen por razón de la prestación del servicio objeto del presente contrato tiene carácter personal, y como tales, el uso que de ellos se pueda hacer, está regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás disposiciones concordantes en materia de protección de datos de carácter personal.

En este sentido, cuantas personas tengan acceso a los datos suministrados estarán obligadas a mantener sigilo respecto a los mismos, así como a no comunicarlos más que a quienes tengan derecho legítimo a conocerlos utilizando los cauces legalmente estipulados.

La entidad adjudicataria estará obligada a respetar el secreto profesional de conformidad con lo señalado en el artículo 10.2 de la citada Ley Orgánica 15/1999, y la custodia de toda esa información de acuerdo con el artículo 9 del mismo texto legal, debiendo adecuará sus actuaciones a la referida Ley Orgánica.

## **C) Publicación de la formalización**

La formalización se publicará en la forma prevista en el artículo 154 del TRLCSP, que distingue distintos medios en función de la tipología y cuantía de los mismos. Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse al Diario Oficial de la Unión Europea y publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de la adjudicación. En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 207.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

Por excepción en relación a los contratos SARA de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas, como se ha visto, no publicar las adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales, considerándose cumplidos los requisitos de publicidad con la publicación efectuada en el DOUE y la inserción de la correspondiente información en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante. Todo ello, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

En relación a la información que debe publicarse se prevé en el 154.4 que el órgano de contratación no publique determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato.

Se deberá justificar debidamente en el expediente que dicha información tiene esta naturaleza de reservada en base a distintos supuestos<sup>359</sup>, en concreto cuando:

- a) La divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas.
- b) Se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente.
- c) Lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

#### **4.2.5.8.- Obligación de remisión de información contractual**

##### **A) Análisis general de las formas de remisión de información contractual**

La normativa actual establece una amplia obligación de remisión de información de la distinta contratación realizada por parte de la Administración y, en general, por todos el Sector Público, sean o no poderes adjudicadores. Esta información varía en función del tipo de contrato y esencialmente de la cuantía del mismo.

La obligación vienen impuesta no solo por la normativa estatal, especialmente el TRLCSP, que ha ampliado las obligaciones iniciales de información que establecía la LCSP, sino por la normativa de las Comunidades Autónomas que complementan en gran medida la estatal e imponen la remisión de dicha información, en muchos supuestos reiterativa, imponiendo su remisión igualmente a las Sindicaturas de Cuentas u órganos de control similares.

El esquema general de la remisión de la información es el siguiente, en función de los órganos destinatarios, finalidades y administraciones titulares:

- a) Estado: Se remitirá al Tribunal de cuentas, al Registro de Contratos sector público y a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
- b) Comunidades Autónomas: Sindicaturas de cuentas u otros entes fiscalizadores.

Todos ellos son de aplicación a las sociedades mercantiles públicas, en mayor o menor medida, como seguidamente se analizará por separado.

---

<sup>359</sup> Artículo 153 del TRLCSP. "Información no publicable".

## B) Remisión al Tribunal de cuentas

El artículo 29 (“Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas”) del TRLCS<sup>360</sup> regula la obligación de remisión de una amplia documentación relativa a los contratos del Sector Público al Tribunal de cuentas.

El precepto se incluye dentro del Libro primero, titulado «Disposiciones generales de la contratación del sector público», y por tanto resulta de aplicación a todas las entidades que integran el sector público local.

Se establece por lo tanto las siguientes obligaciones:

- a) La remisión de información sobre los contratos al Tribunal de Cuentas, estableciendo que dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, se remitirá al Tribunal u Órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma, una copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado el contrato, acompañada de un extracto del expediente de que se derive, siempre que la cuantía exceda de determinados importes según tipo de contrato.
- b) La de comunicar las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos indicados, sin perjuicio de las facultades reconocidas al Tribunal de Cuentas y a los Órganos de fiscalización de las Comunidades Autónomas para reclamar cuantos documentos y antecedentes se estimen pertinentes en relación con los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

La nueva regulación del ámbito de aplicación implantado por la LCSP y mantenido en el vigente TRLCSP, contiene una notable ampliación respecto de la prevista en la LCAP e, incluso, en su posterior texto refundido, en un ámbito subjetivo y subjetivo:

---

<sup>360</sup> El citado artículo 29 indica que:

“1. Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.

2. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización externos de las Comunidades Autónomas para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

4. Las comunicaciones a que se refiere este artículo se efectuarán por el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de ella”.

1.- **Ámbito objetivo:** Se refiere a los contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos al TRLCSP, en la forma y términos previstos en el mismo:

- Los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3 TRLCSP.
- Los contratos los subvencionados por dichos entes organismos, en los términos del artículo 17 y 250 de ese mismo texto legal.

2. **Ámbito subjetivo:** Comprende todos los entes, organismos y entidades recogidos en el artículo 3.1 TRLCSP que como ya se ha visto en su letra d) se refiere a: *“Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100”*.

La Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), en su artículo 39 sujeta a fiscalización todos los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector público y, en particular, aquéllos que superen determinadas cuantías según tipo de contratos, así como todos los superiores a 60.101,21 euros que hubieren sido objeto de ampliaciones o modificaciones posteriores a su celebración que supongan incremento de gasto superior al 20 por ciento del presupuesto primitivo o eleven el precio total del contrato por encima de las cuantías anteriormente señaladas, así como los que hayan producido las mencionadas ampliaciones o modificaciones. Asimismo, se efectúa una previsión específica para cualquier contrato administrativo que, superando la citada cuantía, hubiere sido objeto de resolución y, en su caso, para aquellos otros que se otorguen en sustitución del resuelto.

Esta misma Ley, en su artículo 40.2, establece que los Centros, Organismos o Entidades que hubieren celebrado contratos de los indicados enviarán, anualmente, al Tribunal una relación de los mismos, incluyendo copia autorizada de los respectivos documentos de formalización y de aquellos otros que acrediten su cumplimiento o extinción, sin perjuicio de remitir cualesquiera otros que aquél requiera.

En desarrollo de las citadas obligaciones y para clarificar el contenido de la información a remitir se publicó la “Resolución de 10 de mayo de 2012, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 26 de abril de 2012, por el que se aprueba la Instrucción sobre remisión de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos, celebrados por las Entidades del Sector Público Local, al Tribunal de Cuentas”.

Mediante la presente Instrucción el Tribunal de Cuentas concreta la información y documentación que le ha de ser remitida, en cumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 40 de la LFTCu y 29 del TRLCSP, para, de este modo, facilitar y normalizar el cumplimiento de las obligaciones que en esta materia recaen sobre las Entidades del Sector público local. El



alcance de esta Instrucción, de conformidad con el objetivo perseguido, se limita a señalar la documentación que ha de remitirse regularmente al Tribunal para facilitar el control sobre esta actividad. En el anexo de la misma se relacionan los documentos que constituyen el extracto del expediente de contratación que deberá enviarse al Tribunal de Cuentas, dentro de los plazos referidos en el citado artículo 29 del TRLCSP, ordenados según tipo y tramitación de los correspondientes contratos.

En consecuencia, se diferencia en el ámbito temporal distintas obligaciones de remisión:

- Anual: una relación anual de la contratación formalizada en el ejercicio precedente.
- A lo largo del ejercicio: a efectuar dentro de los tres meses siguientes a la formalización de cada contrato o su finalización, y que se concreta en el envío de determinados documentos que se mencionan en el anexo I.<sup>361</sup>
- Requerimientos Específicos: El Tribunal de Cuentas podrá ampliar el alcance de la relación anual de contratos a remitir al Tribunal o requerir que, junto con la documentación relacionada en esta Instrucción, sea aportada cualquier otra documentación relativa a los expedientes de los contratos que a continuación se indican en el epígrafe II o a cualquier otro contrato formalizado. En este caso, la entidad pública local requerida deberá facilitar la información y documentación solicitada, en cumplimiento del deber de colaboración previsto en el artículo 7 de la

---

<sup>361</sup> Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, en los términos indicados en el artículo 29 del TRLCSP, por las entidades del sector público local remitirán al Tribunal de Cuentas lo siguiente:

1. Copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado el contrato, acompañada de un extracto del expediente que a estos efectos se entenderá conformado por los documentos que se indican en el anexo I de esta Instrucción, sin perjuicio de lo que pudiera establecerse por el órgano de control externo competente para su ámbito autonómico, según la naturaleza, el procedimiento y la forma de adjudicación, siempre que el contrato supere las siguientes cuantías:

- Contratos de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos y de colaboración entre el sector público y el privado, cuya cuantía exceda de 600.000 euros.
- Contratos de suministro de cuantía superior a 450.000 euros.
- Contratos de servicios de cuantía superior a 150.000 euros.
- Contratos administrativos especiales de cuantía superior a 150.000 euros.

2. Modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos indicados, cumplimentando el anexo II, acompañados de la documentación que a este respecto se contempla en los apartados III y IV del anexo I.

3. Extractos de todos los contratos administrativos de importe superior a 60.000 euros, que hubieran sido objeto de modificaciones posteriores a su celebración, las cuales, aislada o conjuntamente, supongan incremento de gasto superior al 20 por 100 del presupuesto primitivo o eleven el precio total del contrato por encima de los límites antes señalados para cada tipo de contrato, incluyendo en el extracto la documentación relativa a las mencionadas modificaciones. La remisión se efectuará cumplimentando el anexo II al que se acompañará el extracto con los documentos que con carácter general se mencionan en los apartados I y II, respecto del contrato original y III y IV del anexo I, que a cada modificación y tipo de contrato correspondan. En todo caso, con idéntica salvedad a la indicada en el primer párrafo del apartado precedente.

Ley 2/1982, de 12 de mayo, Orgánica del Tribunal de Cuentas y de lo expresamente establecido en los referidos artículos 40.2 de la LFTCu y en el artículo 29.3 del TRLCSP.

En relación a la documentación a remitir al tribunal de cuentas, la Instrucción distingue entre la documentación a presentar entre las entidades del sector público local que tienen la consideración de administraciones públicas y por los organismos y las entidades del sector público local que no tienen la consideración de Administración Pública. La relativa a los primeros es muy amplia y exhaustiva distinguiendo los distintos momentos o supuestos temporales que se han indicado. En relación a al sector público que no tiene la Condición de Administración pública, es mucho más simple y se analizarán seguidamente.

La Documentación a remitir al Tribunal de Cuentas por los organismos y las entidades del sector público local que no tienen la consideración de Administración Pública, entre las que se encuentran las Sociedades Mercantiles Públicas, deberán remitir la información sobre la contratación establecida para la administración con las especialidades siguientes:

- a) Remitirán sus relaciones de contratos integradas en las de la entidad de la que son dependientes.
- b) Los extractos de los expedientes comprenderán, únicamente, copia de las ofertas solicitadas y recibidas, la copia certificada del documento en el que se hubiera formalizado el contrato o las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, y las variaciones de precio que se hubieren producido, así como de las comunicaciones efectuadas.
- c) Se remitirá, asimismo, copia del documento en el que hubiere quedado formalizada la nulidad o la extinción normal o anormal del correspondiente contrato.

### **C) Remisión al Registro de Contratos sector público**

El artículo 333 (Registro de Contratos del Sector Público) establece la obligatoriedad de todos los órganos de contratación, tanto centrales como periféricos, organismos autónomos y restantes Entidades de Derecho Público, de enviar la información relativa a los contratos adjudicados, al Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

El Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos públicos, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en materia de información sobre la contratación pública, para las comunicaciones de los datos sobre contratos a otros órganos de la Administración que estén legalmente previstas y, en general, para la difusión pública de dicha información, de conformidad con el principio de transparencia. Siendo el instrumento de los poderes públicos para la revisión y mejora continuas de los procedimientos y prácticas de la

contratación pública, el análisis de la calidad, fiabilidad y eficiencia de sus proveedores, y la supervisión de la competencia y transparencia en los mercados públicos.

Los órganos de contratación de todas las Administraciones públicas y demás entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción. No obstante ello, para evitar duplicidades, en los casos de Administraciones Públicas que dispongan de Registros de Contratos análogos en su ámbito de competencias, la comunicación de datos podrá ser sustituida por comunicaciones entre los respectivos Registros de Contratos. El Ministerio de Economía y Hacienda determinará reglamentariamente las especificaciones y requisitos para la sincronización de datos entre el Registro de Contratos del Sector Público y los demás Registros de Contratos.

Para cumplir con esta obligación las comunicaciones de datos se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. La forma de la comunicación fue establecida ya por el MINHAP con anterioridad al TRLCSP en desarrollo de lo previsto en el artículo 115 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la ORDEN EHA/1077/2005, de 31 de marzo. La Orden estableció los formatos y especificaciones de los medios informáticos y telemáticos que se utilizarán para la remisión de los datos de los contratos adjudicados con posterioridad al 1 de enero de 2005 que no hubieran sido comunicados a la fecha de entrada en vigor de la Orden. Con el mismo fin, el Ministerio tienen puesto a disposición de todos los órganos de contratación de las distintas Administraciones públicas las aplicaciones informáticas necesarias para la gestión telemática de dichas comunicaciones. Para su utilización, los responsables de los órganos obligados a notificar los contratos adjudicados o modificados deberán registrarse inicialmente en el sistema, cumplimentando para ello el formulario electrónico de Petición de Acceso al sistema de notificación telemática de contratos. Una vez procesada dicha petición, podrá utilizar las funciones disponibles para la notificación telemática de los datos de contratos, o habilitar a otros usuarios de su organización para su cumplimentación<sup>362</sup>.

## **D) Remisión a la Junta de Contratación Administrativa**

Igualmente el órgano de Contratación, de las sociedades mercantiles, en los mismos plazos fijados para la remisión de la información al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con el artículo 30<sup>363</sup> remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) la información sobre la celebración contratos, modificación, prórroga o variación del plazo, las variaciones de precio y el importe final de los contratos, la nulidad y la extinción normal o anormal de los mismos, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional.

---

<sup>362</sup> Texto obtenido en la Página Web del MINHAP.

<sup>363</sup> Este artículo es de aplicación a la contratación de todo el Sector Público al encontrarse en el Capítulo IV del Título I del Libro I del TRLCSP.

Las Comunidades Autónomas que cuenten con Registros de Contratos podrán dar cumplimiento a estas previsiones a través de la comunicación entre Registros.

## **E) Remisión a entes fiscalizadores de las CC.AA.**

Las CC.AA. en su propia normativa, han impuesto en mayor o menor medida la remisión de las contrataciones a su Sindicaturas de Cuentas o entes similares fiscalizadores. En unos casos la información se complementa abarcando contratos e información distinta de la remitida al Estado si bien, en otros casos, esta información es en cierta medida coincidente. Es cierto que existe cierta coordinación y, como se ha visto en el apartado anterior, la información remitida a las CC.AA es, a su vez, enviada por ésta a la JCCAE.

Ejemplo de esta imposición es la Comunidad Valenciana a través del “Acuerdo de 13 de septiembre de 2013, del Consell de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, por el que se dispone la publicación de la instrucción relativa al suministro de información sobre la contratación de las sociedades del Sector Público Valenciano, tanto autonómico como local”.

La remisión de la información comprende a todo el sector público autonómico y local, incluyendo las sociedades mercantiles públicas de una u otra administración. De acuerdo con el artículo 3.4.º la relación anual de contratos debe incluir todos los formalizados en el ejercicio anterior, de importe igual o superior a 50.000 euros (IVA excluido), cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros (IVA excluido), para los demás contratos. En el supuesto de que no se hubiese celebrado ningún contrato que superase las cuantías mencionadas, se hará constar dicha circunstancia mediante comunicación negativa.

Además, el artículo 4 regula la “Información que se debe remitir sobre los contratos que superen los umbrales señalados en el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, es decir, los que deben remitirse al Tribunal de Cuentas, indicando que los titulares de los órganos de contratación del sector público valenciano, tanto autonómico como local, o los presidentes o secretarios de los mismos en el caso de que sean colegiados, deberán remitir, antes de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, la información contractual y adjuntarán copia certificada en PDF del contrato, sin anexos ni documentos complementarios, en los supuestos siguientes:

1. Contratos de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuya cuantía exceda de 600.000 euros, IVA excluido.
2. Contratos de suministros de cuantía superior a 450.000 euros, IVA excluido.
3. Contratos de servicios y contratos administrativos especiales de cuantía superior a 150.000 euros, IVA excluido.

4. Si se trata de contratos mixtos, se remitirá cuando la suma de todas sus prestaciones supere los 150.000 euros, IVA excluido. 2. Igualmente, en relación con los contratos señalados en el apartado anterior, se comunicarán antes de los tres meses siguientes a que se hayan producido las incidencias que se especifican en el modelo que figura en la dirección electrónica indicada en el apartado anterior.

#### **4.2.6.- Contenido del Contrato**

##### **4.2.6.1.- Contenido mínimo y libertad de pactos**

Siguiendo el principio de libertad contractual establecido por el artículo 1255 del Código civil<sup>364</sup>, el artículo 25 da la libertad de establecer en los contratos del sector público los pactos, cláusulas y condiciones que se consideren adecuadas y necesarias al fin perseguido en el contrato, siempre y cuando no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Además de ello y con carácter general, el artículo 26 del TRLCSP (Contenido mínimo del contrato) establece que salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- a) La identificación de las partes.
- b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
- c) Definición del objeto del contrato.
- d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- e) La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
- f) El precio cierto, o el modo de determinarlo.
- g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- h) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- h) Las condiciones de pago.
- i) Los supuestos en que procede la resolución.
- j) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.

---

<sup>364</sup> El art. 1255 del Código Civil establece que: "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

- k) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

Ante lo indicado, suele concertarse los contratos en un doble formato, un primer formato que se pudiera denomina extenso, en el que al igual que en la contratación civil, se determina pormenorizadamente todo el contenido del mismo relativo a circunstancias de las personas, procedimiento, objeto y condiciones, y el de contenido estricto, en el que con un mínimo contenido se realiza una amplia remisión a los distintos documentos que han servido de base para la selección del contratista, como los pliegos, tanto el de condiciones administrativas (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT), así como a la oferta del contratista y sus condiciones especiales de ejecución, adjuntando la referida documentación como anexo, siendo firmada toda ella por las partes.

El contrato no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.

Estos dos preceptos el 25 y el 26 son de aplicación a todo el sector público y consecuentemente a la Sociedades Mercantiles Públicas. Siendo el principio de libertad contractual, como se verá posteriormente, un importante elemento para facilitar la contratación de las Sociedades por cuanto su régimen contractual no tiene potestades de las que sí gozan las Administraciones Públicas.

#### **4.2.6.2.- Garantías**

Para las Administraciones Públicas, salvo excepciones establecidas en el TRLCSP, es requisito necesario para la formalización la prestación por el empresario de las garantías previstas en los artículos 95 y ss., como salvaguarda de los intereses públicos.

De acuerdo con estos artículos, se pueden establecer los siguientes tipos de garantías:

- a) Provisional: se otorga como requisito necesario previo para poder acudir a los procedimientos de adjudicación. Su cuantía es del 2% del tipo de licitación.
- b) Definitiva: La han de otorgar los adjudicatarios de los contratos y su importe será del 4% del importe de aquellos.
- c) Especiales: Se produce en aquellos supuestos en los que el Órgano de Contratación los establece motivadamente en el Pliego de Cláusulas administrativas especiales, puede ascender hasta el 6%.
- d) Complementarias: Se produce en aquellos supuestos de adjudicación cuando la proposición haya estado incurrida inicialmente en presunción de temeridad, pudiendo exigirse como garantía definitiva fianza por el importe total del contrato adjudicado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 104, en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la exigencia de garantía es potestativa. Son los órganos de contratación los que podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, tanto la provisional, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación, como definitiva, al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

La libertad para establecer el régimen jurídico de las garantías, en estos casos es muy amplio, pues tanto el importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

En relación a estas la Instrucción 1/2008 de la Abogacía del Estado, define su régimen jurídico indicando que *“siendo potestativa para el órgano de contratación la exigencia de garantías y pudiendo establecer dicho órgano el régimen de su devolución y cancelación, el repetido órgano, al amparo del principio de libertad de pactos (artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil), podrá optar por aplicar las reglas que establece la LCSP en materia de garantías o por aplicar un régimen jurídico distinto. En cualquier caso, sí resultan aplicables, por expresa indicación del artículo 92.2 de la LCSP, las formas de garantía que admite el artículo 84 de dicho texto legal; ahora bien, puesto que no se trata de contratos administrativos, no resulta procedente que la garantía constituida en metálico, valores públicos o privados se deposite en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, por lo que esta modalidad de garantía habrá de constituirse en la cuenta de la sociedad, fundación o entidad pública contratante que se designe al efecto. Por lo demás, conviene precisar que en el primer supuesto de los indicados -opción por la aplicación de las reglas de la LCSP en materia de garantías- no será aplicable la regla del artículo 89 -preferencia en la ejecución de garantías- (hoy 101 del TRLCSP), al tratarse de una norma que por su materia constituye un privilegio en favor de las Administraciones Públicas y que, como tal, no puede extenderse a otros sujetos de derecho”*.

#### **4.2.6.3.- Prerrogativas**

La administración en su contratación ostenta una serie de prerrogativas, en concreto el artículo 210 del TRLCSP indica que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*. En concreto tiene las prerrogativas para:

- a) Interpretar el contrato.
- b) Modificación unilateral del contrato, tanto en relación a su contenido como su duración.
- c) La autotutela de declarativa (la facultad de acordar con fuerza de obligar a la otra parte la resolución del contrato y determinar los

efectos de ésta) y autotutela ejecutiva (proceder ejecutivamente contra el contratista) han de quedar excluidas.

Estas prerrogativas por su ubicación en el texto legal<sup>365</sup> no las tienen más que las Administraciones Públicas. No obstante ello, aunque el tema no es totalmente pacífico, ha puesto de manifiesto tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, muchas de estas prerrogativas las pueden ostentar los poderes adjudicadores que no sean administración, como las Sociedades Mercantiles Públicas cuando así se haya pactado en virtud del principio de libertad de pacto del artículo 25 del TRLCSP, anteriormente analizado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña de 2009 que les da valor y fuerza contractual en base al indicado principio de libertad de pactos con el fin de garantizar la consecución del interés general a que tiene que dirigir toda su actividad, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

El Informe 14/2009 contempla distintos aspectos, pues su "Asunto" es: *"Calificación jurídica del contrato de mediación de seguros y duración de los contratos de seguros y de mediación de seguros. Posibilidad de prever determinadas prerrogativas en los contratos privados"*.

En concreto lo contempla en el apartado IV. "Posibilidad de prever determinadas prerrogativas en los contratos privados", que indica literalmente lo siguiente:

*"La tercera de las consultas planteadas se refiere a la posibilidad de prever en un contrato privado de seguros las prerrogativas de interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, suspender su ejecución y acordar la resolución y sus efectos.*

*Hay que iniciar el análisis de esta cuestión partiendo del artículo 194 de la LCSP, el cual dispone que "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".*

*Este artículo se encuentra recogido en el libro IV de la LCSP, relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y, más concretamente, en el capítulo II de su título I que regula las "prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos". De la ubicación dentro de la Ley de este precepto y de su tenor literal se desprende que las prerrogativas a que se refiere se encuentran circunscritas al ámbito de los contratos administrativos -en coherencia con el régimen jurídico privado establecido por la LCSP en relación con los efectos y extinción de los contratos privados- y que se hayan suscrito por una Administración Pública.*

---

<sup>365</sup> El artículo 210 se encuentra ubicado en el Capítulo II del Título I del Libro IV, con la denominación de "Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos".



*Ciertamente, el cimiento de las prerrogativas de que se encuentra investida la Administración se justifica en el servicio al interés general, que se pone especialmente de relieve en los contratos administrativos. En este sentido, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo indicando que la vinculación directa de los contratos administrativos con la satisfacción del interés público justifica las facultades de que disfruta la Administración en las relaciones contractuales (entre otras, STS de 24 de enero de 2007).*

*No obstante, hay que poner de relieve que también los contratos privados que suscriba la Administración Pública -e, incluso, los que suscriban el resto de entes, organismos o entidades que conforman el sector público, de acuerdo con la LCSP- están dirigidos con carácter general a la consecución del interés general. Es este el sentido en que hay que entender la previsión contenida en el artículo 3.2 del RGLCAP, citado anteriormente, que dispone que en los contratos privados, el órgano de contratación tiene que incluir las cláusulas más convenientes al interés público.*

*Por lo tanto, la obligación que se impone a la Administración de garantizar el correcto cumplimiento y la correcta ejecución de los contratos de naturaleza privada que se suscriba, como garantía de la satisfacción del interés general, determina la necesidad que ésta se reserve determinadas facultades.*

*En este orden de consideraciones, mientras las prerrogativas previstas en el artículo 194 de la LCSP son atribuidas ex lege a la Administración pública en los contratos administrativos, el principio de libertad de pactos, recogido expresamente en el artículo 25 de la LCSP, habilita a incluir en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.*

*De acuerdo con lo que se ha expuesto, la posibilidad de prever en los pliegos de cláusulas de los contratos privados la atribución a la Administración de determinadas facultades deriva de la necesidad de incluir las previsiones más convenientes al interés público, siempre que éstas no versen sobre materias de ius cogens y, en general, respeten los límites fijados en el artículo 25 de la LCSP, citados anteriormente.*

*Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes”.*

En esta misma línea la reiterada Instrucción n.º 1/2008 de la Abogacía del Estado indica que conviene precisar que, según el sentido en que se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo -no puede estimarse que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes (lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil) cuando ésta limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo-, cabe entender que es admisible la modificación del contrato por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que esté expresamente prevista esa posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato -la aceptación por el contratista de esta previsión de modificación del objeto del contrato habrá tenido lugar con la presentación de su oferta, al implicar ésta la aceptación de las cláusulas o condiciones rectoras de la relación contractual-. Si este requisito se exige para los

contratos administrativos en el artículo 202.2 de la LCSP, con igual o mayor motivo ha de exigirse para los contratos privados que concierten las entidades de referencia; y

- b) Que la procedencia de la modificación se supedite a la concurrencia de circunstancias o acontecimientos que objetivamente considerados justifiquen la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de ésta.

De igual manera indica que no es posible que las sociedades puedan imponer con fuerza de ley al contratista la resolución de un contrato o determinar los efectos o proceder ejecutivamente contra él. Pero no obstante ello, *“ante situaciones que puedan dar lugar, según lo establecido en el pliego de cláusulas o condiciones particulares, a la resolución del contrato o a la adopción de medidas sobre los derechos económicos del contratista (exigencia de penalidades, etc.), éste no formule oposición, pudiendo en tal caso hacerse efectivas por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial. En otro caso, es decir, de suscitarse oposición, la sociedad, fundación o entidad pública empresarial podrá declarar por su parte resuelto el contrato, acordar la imposición de penalidades, etc., pero en tal supuesto esa declaración o acuerdo, sobre no tener fuerza de obligar al contratista, dará lugar a que éste interponga la oportuna demanda ante el órgano jurisdiccional (civil) competente (o, en su caso, ante árbitro) que será el que definitivamente decida la controversia, declarando si la resolución (o el acuerdo de que se trate) ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente efectuada”*.

Juan Carlos Etxezarreta y Federico Andrés López de la Riva, indican que los tribunales vienen reconociendo esta posibilidad, al considerar que no queda al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de un contrato cuando ésta se limita al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo (STS de 3 de marzo de 1992). Concluyendo que *“se considera que cabe entender admisible la modificación del contrato por parte de un contratante, en este caso la sociedad, cuando esté expresamente prevista esta posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato, y la procedencia de la modificación se supedite a circunstancias o acontecimientos que objetivamente considerarían la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de ésta”*<sup>366</sup>.

Pudiendo concluirse que en los contratos privados suscritos por sociedades públicas se pueden incluir cláusulas en éstas que reserven determinadas facultades para garantizar su correcto cumplimiento y ejecución, en base el principio de libertad de pactos y con el fin de garantizar la consecución del interés general a que tiene que dirigir toda su actividad, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

---

<sup>366</sup> ETXEZARRETA VILLALUENGA Y LÓPEZ DE LA RIVA (2009), páginas 36-56.

#### 4.2.6.4.- Pago del precio y su plazo

Ya se ha analizado tanto la fijación de precios de los contratos, artículo 87, como el cálculo del valor de dicho precio, artículo 88, e indicado que ambos son aplicables a las Sociedades Mercantiles Públicas.

El pago se hará de acuerdo con lo establecidos en pliegos y contratos, pudiéndose hacer de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiera estipulado.

Es esta cuestión, la del plazo del pago la que más problemática ha planteado y que debe ser analizada detalladamente. Así, fijado el precio, tradicionalmente, a las sociedades públicas mercantiles se les daba una gran capacidad de fijación del plazo del mismo, siendo el que se determinase bien en el pliego o en el contrato, simples dentro de los límites legales, por el contrario a la administración se le establecía una clara imposición del plazo máximos de 60 días de acuerdo con el artículo 200 de la LCSP (Hoy artículo 216.4 del TRLCSP). Por ello no era extraño ver plazos de pagos de 120 días en pliegos y contratos de sociedades públicas.

En la actualidad, este régimen de libertad en relación a las sociedades públicas ha cambiado de forma radical, siendo uno de los temas que ha experimentado profundas modificaciones durante los últimos años. Es muy reveladora la afirmación inicial de Manuel Fueyo Bros, a quien seguiremos en un artículo de mayo de 2012: *“En relación a los plazos de pago de las sociedades mercantiles públicas se está produciendo un lío monumental”*<sup>367</sup> y es verdad pues no ha estado claro hasta fechas recientes el exacto régimen y los concretos plazos aplicables a estas sociedades que como se ha visto son poderes adjudicadores, pero no administraciones públicas, los coloquialmente llamados “PANAP”.

La problemática que planteaba el tema es si los plazos establecidos en el artículo 216.4, aplicables a las Administraciones Públicas, lo eran también a los poderes adjudicadores que no reunían ese carácter como las sociedades mercantiles públicas.

Siguiendo al autor citado, Manuel Fueyo Bros, la realidad es que el art. 216.4 solamente es aplicable a las Administraciones Públicas “stricto sensu”, a los PANAPS no les es de aplicación pues sus contratos son privados de acuerdo con el artículo 20 del TRLCSP y sus efectos se rigen por el Derecho Privado. Así, indica que *“para llegar a esta conclusión hay que partir de la definición de actos separables típica de la legislación de contratos. Efectivamente, el art. 216 del TRLCSP (antiguo 200 de la LCSP), que regula el pago del precio, se incardina en el Libro IV (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), Capítulo III (ejecución de los contratos). Es decir, el pago es un acto de mera ejecución, y, en consecuencia, ello implica que la regulación contenida en la ley es aplicable exclusivamente a los poderes adjudicadores*

---

<sup>367</sup> FUEYO BROS (2012).

*que sean Administraciones Públicas, sin que pueda predicarse, de ninguna manera, una interpretación extensiva que abarque a todo el sector público (incluida las sociedades mercantiles públicas)”.*

En este sentido, como conclusión previa, la normativa de aplicación al plazo de pago de los contratos es distinta en función de tipo de entidad de que se trate y su incardinación en el sector público. En concreto se aplica la siguiente:

- a) Administraciones públicas: se les aplica el artículo 216 del TRLCSP.
- b) PANAP: Entre ellos las sociedades públicas, al ser sus contratos privados de acuerdo con el artículo 20 del TRLCSP se le aplica el artículo 4.º (“*Determinación del plazo de pago*”) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones (Ley de Morosidad, en adelante).

Centrado este aspecto analizaremos la evolución histórica de la normativa aplicable a nuestras sociedades públicas.

#### 1.- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La redacción originaria de la Ley establecía que los plazos de pago y de aplicación de intereses de demora eran los establecidos por las partes, siendo supletorios de aquellos los fijados en la Ley. En este aspecto el Preámbulo de la Ley era claro, al indicar “*el plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora establecidos en la ley son de aplicación en defecto de pacto entre las partes*”. Siendo la finalidad esencial de la norma en relación con las medidas sustantivas contra la morosidad “*el establecer, con carácter general, un plazo de exigibilidad de intereses de demora, determinar su devengo automático, señalar el tipo de interés de demora y otorgar al acreedor el derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro. A estas medidas se añade la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio a los efectos de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total de la deuda*”.

El plazo de pago que debía cumplir el deudor, de acuerdo con el originario artículo 4, era “*el que se hubiera pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable y, en su defecto, el establecido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente*”. De acuerdo con ello, a falta de pacto entre las partes, el plazo de pago que se establecía era el siguiente:

- a) Treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente.
- b) Si la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se presta a duda, treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios.
- c) Si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

- d) Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, treinta días después de esta última fecha.

2.- Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La nueva redacción de la Ley de Morosidad transpuso al derecho español el derecho comunitario. Esta norma, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>368</sup>, modificó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas suprimiendo la libertad de pacto en cuanto a plazos y tipos de interés en el ámbito de las Administraciones públicas, se pretende que los poderes públicos paguen en el plazo de 30 días. La norma establecía el plazo ordinario de pago de 30 días, si bien permitía que por pacto se estableciese el plazo máximo de pago en 60 días. En concreto se establecía en su artículo 4.º que:

1. *“El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad.*
- 2.../...
3. *Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales”.*

En caso de incumplir el citado plazo, el artículo 5, establecía que se incurriría en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor.

El esquema de pago de la Ley era el siguiente:

- 1º. Emisión por el contratista de la factura en el plazo de 15 días de la recepción de la mercancía o prestación del servicio.
- 2º. Pago en el plazo pactado 30 o 60 días desde la recepción de la mercancía o prestación del servicio.
- 3º. Si no se producía el pago en dicha fecha (30/60 días) se devengaban intereses de demora directamente y sin necesidad de intimación por el contratista/acreedor.

---

<sup>368</sup> Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Informe 58/10, de 23 de mayo de 2011. “Plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades que, aun perteneciendo al sector público estatal, no tengan, sin embargo, la consideración de Administración Pública”.

Si bien establecía se aplicaría a partir del 1 de enero de 2013, siguiendo un período transitorio para su entrada en vigor, en la Disposición Transitoria Segunda, estableciendo el siguiente calendario:

- Desde la entrada en vigor de la presente Ley, 7 de julio de 2010, hasta el 31 de diciembre de 2011, serán de 85 días.
- Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, 75 días.
- A partir del 1 de enero de 2013, 60 días.

Concluyendo que, en definitiva, los plazos de pago máximos aplicables eran los siguientes:

Desde	Hasta	Plazo Admón. Públicas	Plazos Sociedad mercantil pública
07-07-2010	31/12/2011	55 días	85 días
01-01-2012	31-12-2012	40 días	75 días
01-01-2013	en adelante	30 días	60 días

### 3.- Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

La modificación de la ley fija, con carácter general, como plazo de pago el de 30 días desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Pero establece y es la novedad que si *“legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios”*. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación. Los plazos de pago podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

El esquema de pago de la nueva redacción de Ley es el siguiente:

- a) Emisión por el contratista de la factura en al plazo de 15 días de la recepción de la mercancía o prestación del servicio.
- b) Conformidad de la sociedad pública en 30 desde la presentación factura.
- c) Pago en los siguientes 30 días a la conformidad.
- d) Si no se producía el pago en dicha fecha (60 días desde la presentación de la factura) se devengaban intereses de demora directamente y sin necesidad de intimación por el contratista/acrededor.

Además de lo indicado, la nueva norma introduce los siguientes apartados de interés a los efectos del pago:

- Se incrementa, además, el tipo de interés legal de demora pasando a ser del tipo aplicado por el BCE a la más reciente operación de financiación +8% (anteriormente +7%).
- Se incorpora una cantidad fija y sin necesidad de ser solicitada expresamente de 40 € cuando el deudor incurra en mora en concepto de indemnización por costes de cobro. Además, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste y que superen la cantidad indicada anteriormente.
- Adicionalmente, la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> del RDL 4/2013 establece que todos la ejecución de todos los contratos quedarán sujetos a las disposiciones de la Ley 3/2004, con las modificaciones introducidas por la nueva norma a partir del 24 de febrero de 2014 (un año a contar desde su entrada en vigor), aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad.

#### **4.2.6.5.- Revisión de precios. Desindexación economía**

##### **A) Régimen tradicional**

La revisión de precios, regulada en los artículos del TRLCSP 89 a 94, preveía un régimen bastante completo y complejo. No obstante ello, solamente era aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas y no a las empresas públicas. Éstas últimas podían establecer en los pliegos de contratación o en el contrato específico con los contratistas el sistema de revisión o bien en base al principio de libertad de pactos del indicado artículo 25 del TR remitirse en bloque a la regulación prevista para las Administraciones Públicas.

El artículo 90 del TRLCSP, al que se ha hecho referencia, establecía el sistema de revisión de precios en base a un sistema de indexación, o en base a una serie de índices oficiales. En concreto, se establecía que:

*“1. Cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.*

*2. El órgano de contratación determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. Las fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros excluirán la posibilidad de utilizar otros índices; si, debido a la configuración del contrato, pudiese ser aplicable más de una fórmula, el órgano de contratación determinará la más adecuada, de acuerdo con los criterios indicados.*

3. Cuando el índice de referencia que se adopte sea el Índice de Precios de Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, la revisión no podrá superar el 85 por 100 de variación experimentada por el índice adoptado”.

Pero este sistema se ha visto totalmente modificado por la aplicación en España de los criterios emanados de la Unión Europea en contra de la indexación de los contratos públicos y privados. Esta aplicación se ha producido recientemente mediante la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (Ley de desindexación).

## **B) Desindexación de la Economía española**

La Ley de desindexación establece importantes modificaciones en la estabilización o revisión de precios en la contratación tanto privada como pública. Se analizarán los elementos esenciales de la nueva norma y los efectos en la contratación pública, dejando los efectos en los contratos patrimoniales privados para el apartado relativo al régimen patrimonial pues es igualmente aplicable a los contratos de arrendamiento del parque público de viviendas de las sociedades urbanísticas municipales.

### **a) Conceptos y criterios esenciales de la ley**

Comienza con la definición de que se entiende por “indexación”, definiéndolo como *“el procedimiento por el cual se determinan medios para mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción. Generalmente se aplica a instancias de la corrección de los precios de determinados productos de consumo, salarios, tipos de interés, entre otros, con la misión de equilibrarlos y acercarlos al alza general de precios. En la contratación, para mantener constante este valor, suele utilizarse, entre otros medios, las llamadas cláusulas estabilizadoras o las fórmulas de revisión de precios”*.

Para lograr ese valor contante se aplican distintos medios de revisión o modificaciones posibles de en estos valores monetarios. Siguiendo la propia Ley, en su artículo 2.º, se pueden establecer los siguientes:

- a) Revisión periódica y predeterminada en función de precios o índices de precios: cualquier modificación de valores monetarios de carácter periódico o recurrente determinada por una relación exacta con la variación de un precio o un índice de precios y que resulte de aplicar una fórmula preestablecida.
- b) Revisión periódica no predeterminada: cualquier modificación de valores monetarios que, pese a tener carácter recurrente o periódico, no resulte de aplicar una fórmula preestablecida que la relacione de manera exacta con la variación de un precio o índice de precios.
- c) Revisión no periódica: cualquier modificación de valores monetarios que, no tenga carácter periódico o recurrente.



Por Índice específico de precios, indica la Ley, se debe entender cualquier índice que con la mayor desagregación posible mejor refleje la evolución de los precios y que pueda ser obtenido con información disponible al público. Puntualizando, además, que la indexación con base en índices generales, como el Índice de Precios de Consumo (IPC), aunque es una convención ampliamente extendida, no necesariamente está justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española.

La política de desindexación, como indica la propia Ley, obedece a la necesidad de actuar contra los perjuicios asociados al uso indiscriminado de la indexación. La inflación elevada genera incentivos para la indexación que, a su vez, la agrava y favorece su persistencia.

Cuando la indexación es en función de índices generales, ésta crea “efectos de segunda ronda”. Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios agregados, como el Índice general de Precios de Consumo (IPC), se incrementan. Ello supone un aumento automático en el precio de otros bienes o servicios por el mero hecho de estar indexados a dicho índice, sin que este aumento esté justificado por un incremento de sus costes de producción. Finalmente, este aumento impactará una segunda vez en el IPC, formando una espiral inflacionista. La indexación, por tanto, puede derivar en un sistema ineficiente de actualización de valores monetarios. Adicionalmente, la indexación favorece la inercia en la evolución de los precios, con el consiguiente perjuicio en la competitividad de la economía. En el caso de España, el amplio uso de los mecanismos de indexación ha alimentado tradicionalmente el diferencial de inflación con la zona euro, contribuyendo notablemente a la aparición de desequilibrios externos.

A tenor de los efectos negativos provocados por el uso generalizado de la indexación, y teniendo en cuenta que la economía española está integrada en una unión monetaria que persigue la estabilidad de precios, la práctica de la indexación a índices generales manifiesta el Gobierno Español, carece hoy en día de fundamentación. El uso de la indexación debe ceñirse a los casos en que dicho mecanismo sea necesario y eficiente, vinculando la evolución de los precios de los bienes y servicios a la de sus determinantes fundamentales, en particular, a la de los costes de producción de dichos bienes y servicios.

La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa.

En razón de lo anterior, en España se ha venido desarrollando en los últimos años una política de desindexación que se ha materializado en diversas actuaciones normativas. Estas han sido las siguientes:

- 1º. Como antecedente el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, sustituyó el IPC por el IPC subyacente a impuestos constantes como método de

actualización de las retribuciones reguladas en diversas actividades del sector eléctrico.

- 2º. La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 introdujo, a través de la disposición adicional octogésimo octava, la prohibición del establecimiento de sistemas de revisión basados en índices generales para contratos y encomiendas del sector público.
- 3º. La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, eliminó los sistemas de revisión automática de valores y parámetros retributivos en el sector del gas.
- 4º. Como culminación de estas actuaciones específicas, y con el objetivo de establecer un nuevo régimen prescriptivo de actualización para el conjunto de valores monetarios en cuya determinación intervenga el sector público, así como un régimen indicativo para los derivados de relaciones jurídicas entre partes privadas, se ha promulgado la Ley de Desindexación el 31 de marzo, objeto de este análisis.

#### **b) Objeto, ámbito de aplicación objetivo y modificaciones normativas**

El objeto de la Ley está perfectamente claro en la línea anteriormente indicada al establecer el artículo 1.º que, éste lo constituye *“el establecimiento de un régimen basado en que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que lo contengan”*.

Esta finalidad se enmarca de acuerdo con su Preámbulo en el hecho de que el Consejo de la UE incluyó entre sus recomendaciones específicas para España la adopción de esta tipo de normas, para reducir la inercia de la inflación y propiciar una mayor reactividad de los precios a la situación económica.

La Ley consta de tres Capítulos, siete artículos, una Disposición transitoria, una Disposición derogatoria, siete disposiciones finales y un Anexo, en el que se determina la fórmula para la elaboración de la “tasa de variación anual del Índice de Garantía de Competitividad”.

En relación a su ámbito de aplicación, el objetivo es amplio, pues lo dispuesto en la ley se aplica, de acuerdo con el artículo 3.º, a:

- a) Contratación pública: Las revisiones de cualquier valor monetario en cuya determinación intervenga el sector público.
- b) Contratación privada: Las revisiones periódicas o no periódicas de rentas de arrendamientos rústicos y urbanos, contraprestaciones de arrendamientos de servicios, suministros y rentas vitalicias o valores monetarios en cualquier otro contrato celebrado entre personas no pertenecientes al sector público.

Por el contrario, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La negociación salarial colectiva.

- b) Las revisiones, revalorizaciones o actualizaciones previstas en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, así como las revisiones del resto de las pensiones abonadas con cargo a los créditos de la sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora.
- c) Los instrumentos financieros, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.

La Ley que ha entrado en vigor el primero de abril de 2015, si bien como se analizará posteriormente, se establece un complejo y no muy claro sistema transitorio, deroga y modifica a siguiente normativa:

- a) Derogación normativa: La Ley deroga distintos preceptos normativos y da nueva redacción a otros, en concreto la Disposición derogatoria, establece con una derogación general de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma, y específicamente deroga los siguientes preceptos: Los artículos 90, 91 y 92 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- b) Modificaciones normativas: Igualmente la Ley realiza una serie de modificaciones normativas que afectan a las siguientes disposiciones:
  - Ley de Arrendamientos Urbanos, (Ley 29/1994, de 24 de noviembre): La Disposición final primera la modifica la en su artículo 18.1.º y el n.º 3 de la Disposición Adicional Primera, posteriormente se analizará con detalle.
  - Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre): La Disposición final segunda, modifica la en su artículo 13.2.º, al igual que la anterior se analiza seguidamente.
  - El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre): La Disposición final tercera modifica distintos aspectos, destacando a los efectos del presente apartado los siguientes: Se modifica la rúbrica del Capítulo II del Título III del Libro I que queda redactada del siguiente modo: “Revisión de precios en los contratos del sector público” y el artículo 89 se modifica ampliamente su redacción, como posteriormente se analizará en detalle<sup>369</sup>.

### **c) Ámbito de aplicación subjetivo**

El concepto del sector público a los efectos de la Ley viene perfectamente establecido en el artículo 3 de la propia norma: “el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de

---

<sup>369</sup> Del TRLCSP se modifican además los siguientes artículos: El apartado 5 del artículo 47, la letra d) del apartado 1 del artículo 131, el apartado 1 del artículo 133 y el apartado 3 del artículo 255.

Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

Éstos son de acuerdo con el citado artículo del TRLCSP, los siguientes:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.
- e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Como se aprecia, en relación a los promotores públicos de vivienda, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, en sus distintas modalidades:

1. Empresas mercantiles públicas, tanto instrumentales como las mixtas, en cuyo capital social la participación del sector público sea superior al 50%, es decir el 51% de las acciones. Esta participación

puede ser directa de las propias administraciones, las llamadas sociedades mixtas de primer nivel o escalón, o de entes instrumentales de aquellas, sociedades mixtas de 2.º grado.

2. Organismo autónomo.
3. Entidad pública empresarial.
4. Incluso las propias asociaciones de los entes instrumentales anteriores.

#### **d) Régimen aplicable a la revisión y tarifas de los contratos amparados por TRLCSP**

Se regirán por lo dispuesto en el TRLCSP, como específicamente indica el artículo 6 de la Ley, al decir que: “Las revisiones de los precios y tarifas de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se regirán por lo dispuesto en el mismo”.

Además, hay que destacar que en la ley se establece una importante precisión en relación al ámbito objetivo de aplicación de la Ley pues para su aplicación a las revisiones de valores monetarios no será necesario que concorra un negocio o relación jurídica incluida en el ámbito de aplicación TRLCSP, sino que se extiende a todos los contratos celebrados por el mismo, como los patrimoniales que posteriormente se verán en el apartado correspondiente.

La propia Ley, como se ha indicado, realiza una modificación amplia del TRLCSP para introducir los nuevos criterios en su regulación, en concreto la modificación esencial es la nueva redacción del artículo 89 (Procedencia y límites) que establece los siguientes criterios, a nuestro entender, ya en vigor:

- a) **Regla general**: Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos que fija el TRLCSP y no será posible la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Entendiendo por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.
- b) **Supuestos admitidos**: Previa justificación en el expediente la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos siguientes:
  - De obra.
  - De suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.
  - En aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto que debe publicarse con el Reglamento de la ley antes citado.
- c) **Extensión de la revisión**: No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos

generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.

- d) Requisitos: En los contratos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios, previa justificación en el expediente, y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

Además para la revisión es necesario que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión. No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

- e) Fórmulas tipo de revisión: El Consejo de Ministros podrá aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos revisables. Además propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación al Consejo de Ministros.

Cuando para un determinado tipo de contrato, se hayan aprobado, por el procedimiento descrito, fórmulas tipo, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a ésta en los pliegos y contrato.

Por último este nuevo artículo 89 en sus párrafos 7 a 9, establece distintos aspectos en relación a la elaboración y aplicación de dichas fórmulas tipo.

#### **e) Régimen transitorio**

Como se ha indicado, la Ley, de acuerdo con su Disposición final séptima, entró en vigor el 1 de abril de 2015, pero la propia ley difiere muchos de sus efectos a la publicación del reglamento de la Ley, que se aprobará mediante Real Decreto en el plazo de 4 meses (D. Final 6.<sup>a</sup>). Consecuentemente con

ello, se establece un complejo y poco claro régimen transitorio para los contratos cuyo procedimiento se encuentra en tramitación y aquellos que se puedan iniciar tras la entrada en vigor de la Ley y la de su futuro Reglamento aprobado por el reiterado Real Decreto.

Dicho régimen transitorio se regula en la Disposición Transitoria única (Régimen de revisión de los valores monetarios) que distingue, al igual que el texto de la Ley entre contratos del sector público y los contratos entre partes privadas que se analizarán por separado.

En relación a los primeros, objeto de este apartado, el régimen transitorio aplicable en el ámbito del Sector Público, la referida Disposición establece una distinción entre aquellos que se encuentran en tramitación y tramitados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Los ya tramitados mantienen las condiciones establecidas en los pliegos y contratos, así como los criterios de revisión que venían realizando.

Los contratos “en tramitación”, entendiéndose por tales aquellos “cuyo expediente de contratación se haya iniciado antes de la entrada en vigor del Real Decreto al que se refiere el artículo 4 de esta Ley”. Es decir se amplía el concepto de tramitación, así los contratos en tramitación no son solo los que se encuentran en fase de contratación a la entrada en vigor de la Ley, el supuesto ordinario, sino que lo serán igualmente aquellos que se inician tras la entrada en vigor ley pero antes de la del Real Decreto previsto.

Pues bien, a estos contratos en tramitación el régimen de revisión “será el que esté establecido en los pliegos”, es decir el régimen no varía en relación a los que se venían realizando actualmente.

En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

Esta ampliación del plazo de transitoriedad plantea un problema adicional, qué sucede en el supuesto de que se inicie un procedimiento de contratación en la actualidad y no es de los tipos de contratos en los que permite la revisión de precios el nuevo artículo 89 del TRLCSP.

Ante ello, se han formulado dos criterios contrapuestos:

El primero, más acertado a mi entender, es el que considera que solamente podrá pactarse la revisión en los tres tipos de contratos a que se refiere el artículo 89.2, es decir, “contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años”. La razón de ello es que una cosa son los supuestos excepcionales de posible aplicación de la revisión de precios y otra distinta los índices o criterios de revisión. Por ello, sin perjuicio de la transitoriedad de los criterios de revisión que deben aplicarse, la reforma del TRLCSP que ya ha entrado en vigor solo prevé la revisión para unos supuestos

tasados y no se ha previsto transitoriedad alguna. Solo a estos contratos se les aplican los criterios transitorios en relación a las fórmulas e índices de revisión. Corrobora este criterio el hecho la redacción de la propia Disposición que no se ha diferido la entrada en vigor de las modificaciones de la ley hasta el Real Decreto, como sí se ha hecho en relación a las modificaciones de la LAU y de la LAR, sino solamente el régimen de revisión. Así indica “El régimen de revisión de precios de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...” frente a lo previsto para la LAU: “Las modificaciones del texto de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que son consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley...”.

Por otro lado, algunos opinan que la transitoriedad no solo se refiere a los índices sino también a los tipos de contratos, por lo que cabría establecerlos en contratos distintos de los contemplados en el nuevo art. 89 del TRLCSP y con los criterios actuales hasta que se publique el Real Decreto.

Este último criterio es el que ha mantenido en su interpretación la Junta Consultiva de Contratación en su Recomendación de 30 de marzo de 2015<sup>370</sup>. En concreto se contemplan los siguientes supuestos:

- a) Contratos que se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de la Disposición Adicional 88.<sup>a</sup> de la LPGE para 2014.

A estos efectos se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato o la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares, si el procedimiento de adjudicación ha sido el negociado sin publicidad, les será aplicable el artículo 89 del TRLCSP, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, o, en su caso, la normativa de contratación pública anterior que resulte de aplicación en función del momento en que se haya iniciado el expediente, mientras que a los contratos de las entidades públicas no Administración pública, les será de aplicación la norma contenida dentro del artículo 87.3 de este mismo texto legal.

- b) A los contratos iniciados después de la entrada en vigor de la Disposición Adicional 88.<sup>a</sup> de la LPGE para 2014 y antes de la entrada en vigor del artículo. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley de Desindexación.

Se entiende, a diferencia de la opinión que AVS había mantenido inicialmente, que a estos efectos, no tiene lugar en la fecha contenida en la Disposición Final Séptima de la Ley, sino cuando entre en vigor el Real Decreto de desarrollo de esta Ley, les serán de aplicación las siguientes reglas:

---

<sup>370</sup> “Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la Disposición Adicional 88.<sup>a</sup> de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y la ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la economía española”.



## 1. Contratos de las Administraciones públicas:

- Los contratos cuyas fórmulas polinómicas de revisión se han aprobado por el Real Decreto 1359/2011, en el que se regula la revisión de precios de los contratos de obras y los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, seguirán las normas contenidas en este Real Decreto.
- Para los restantes contratos, no cabe la revisión de precios con base en índices generales. No obstante, sí se admite la revisión de precios con base en índices específicos, así como también se admite que se apliquen varios índices específicos, en cuyo caso estaremos ante una fórmula, la cual deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros.

2. Los contratos de los entes que no son Administraciones públicas no pueden utilizar índices generales. No obstante, sí se admite la revisión de precios con base en índices específicos, así como también se admite que se apliquen varios índices específicos, en cuyo caso, estaremos ante una fórmula, sin que, en este caso, sea necesaria la aprobación del Consejo de Ministros.

- c) A todos los contratos públicos iniciados después de la entrada en vigor del artículo 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley de Desindexación.

A estos efectos, no tiene lugar en la fecha contenida en la Disposición Final Séptima de la Ley de Desindexación, sino cuando entre en vigor el Real Decreto de desarrollo de dicha Ley, se les aplica como norma general la contenida dentro del artículo 6 de la Ley de Desindexación, en el que se establece que el régimen de revisión de precios se regirá por su normativa específica, contenida en el citado artículo 89 del TRLCSP, que consiste en lo siguiente:

- Para todos los contratos que celebre el sector público (sea o no Administración pública), se admite la revisión periódica y predeterminada de precios para los contratos de obra, contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.
- El órgano de contratación podrá establecer la revisión, que se realizará mediante fórmulas de revisión y estas fórmulas se fijarán atendiendo a la naturaleza del contrato y a la estructura y evolución de los costes de la prestación, teniendo en cuenta que nunca serán revisables los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. En los contratos, distintos de los de obra y suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, cuyo período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, los

costes de mano de obra sólo serán revisables cuando la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, en los supuestos y con los límites que especifique el real decreto de desarrollo de la Ley de Desindexación.

En el caso de que el Consejo de Ministros haya aprobado una fórmula, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a ésta en los pliegos y en el contrato.

#### **4.2.6.6.- Penalidades por demora o ejecución defectuosa**

La ejecución defectuosa del contrato y las penalidades previstas en el caso de la misma son reguladas en el artículo 212 del TRLCSP, artículo que se encuentra en el libro IV, relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los “contratos administrativos” por lo no será de aplicación a los contratos de las sociedades mercantiles públicas, en base a ello y al principio general emanado del artículo 20, que determina que precisamente estos aspectos de los contratos privados, sus efectos y extinción, se rigen por el derecho privado.

Consecuentemente con ello, en la contratación de las sociedades públicas las penalidades por demora o ejecución defectuosa son las que fijen los propios pliegos y contratos, que pueden bien acogerse al régimen previsto por la los preceptos indicados del TRLCSP o, bien, establecer un régimen particular y propio. Es incluso habitual en base al principio de libertad e pactos y a la posibilidad de establecer prerrogativas en base a él, que estas sociedades prevean potestades, como si de la administración se tratase, para la determinación de la concurrencia de causa de incumplimiento, su interpretación y su imposición coactiva al contratista que las ha aceptado al concurrir a la licitación y al aceptar la adjudicación con esas condiciones específicas.

En relación a la imposición de penalidades vinculadas al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los criterios de adjudicación (art. 150 TRLCSP), los compromisos de adscripción de medios (art. 64) y las condiciones especiales de ejecución (art. 118) indican la Cámara de Cuentas de Madrid y COSITAL que al efecto de garantizar la debida ejecución de las prestaciones en los términos contratados, *“en los PCAP deberán establecerse penalidades para los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los criterios de adjudicación, de los compromiso de adscripción de medios y de las condiciones especiales de ejecución, pudiendo configurarse como obligaciones contractuales esenciales al efecto de su tipificación como causa de resolución (artículo 223.f)”*<sup>371</sup>.

A título de ejemplo puede ser ilustrativa el siguiente texto de un pliego de una sociedad pública, justificando la imposición de las sanciones por incumplimiento: *“Para el caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Pliego y en el de Condiciones Técnicas, se establecen las penalidades prevista en la presente cláusula en base al principio*

---

<sup>371</sup> Conclusiones de las “Jornadas sobre buenas prácticas en materia de contratación”, antes citadas en notas anteriores.

*de libertad de pactos recogido en el artículo 25 del TRLCSP y sin perjuicio de instar la resolución del contrato, por incumplimiento del contratista en los casos que así proceda, con las sanciones e indemnizaciones a que ello diera lugar”.*

De igual forma es habitual prever en el pliego que las sanciones pecuniarias impuestas al contratista por incumplimiento o cumplimiento defectuoso sean retraídas de las cantidades que en concepto de pago se le deban satisfacer o bien retrayéndolas de la garantía definitiva constituida. En este sentido la siguiente cláusula: *“Las penalidades impuestas serán inmediatamente ejecutivas y se deducirán del correspondiente pago al contratista, sin menoscabo de las acciones legales pertinentes a las que por Derecho se sean de aplicación. Si la imposición no pudiese ejecutarse contra los pagos mensuales por falta de éstos o por no ser suficientes, se podría hacer efectiva con la ejecución de la garantía definitiva y, si esta no alcanzase el montante de la penalidad, se podría reclamar al contratista”.*

#### **4.2.6.7.- Cesión del contrato**

El TRLCSP regula la cesión del contrato en el artículo 226 permitiendo que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato puedan ser cedidos a un tercero y éste quede subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al contratista cedente, si bien para que dicha cesión pueda tener lugar se establecen unos requisitos de fondo o esenciales y otros de de naturaleza más formal.

Los primeros, los de fondo o esenciales, afectan a la esencia del contrato al impedir que se cedan estos derechos cuando las cualidades técnicas o personales del contratista que cede el contrato hayan sido razón determinante de la adjudicación del mismo o cuando la cesión da lugar una restricción efectiva de la competencia en el mercado, ni cuando la cesión suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

Junto a estas limitaciones, se imponen una serie de condiciones de naturaleza más formal; en concreto deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.
- c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

- d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Este régimen, al igual que el relativo a las penalidades no es de aplicación a las sociedades públicas, pero al igual que en éste se puede imponer en el pliego o establecer un régimen distinto. No obstante ello hay una excepción que pone de manifiesto la Abogacía del Estado que indica que “por excepción, y en lo que respecta a la cesión del contrato, es de inexcusable observancia la regla del artículo 209.2.c) (hoy 226 del TRLCSP), dado que a las entidades de que se trata son aplicables las reglas sobre capacidad de las empresas y la cesión del contrato supone la sustitución o subrogación del cedente por el cesionario en la ejecución del contrato, por lo que si aquél hubo de tener necesariamente la capacidad exigida para contratar, el cesionario ha de cumplir también con este requisito”<sup>372</sup>.

#### 4.2.6.8.- Subcontratación

##### A) Concepto, caracteres y clases

La Subcontratación se regula en los artículos 227, 228 y 228 bis del TRLCSP, siendo determinado su concepto por el primero de los artículos, el 227, al indicar que “*el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial del contrato*”.

De acuerdo con este concepto el hecho de que parte del contrato, a su vez sea contratado parcialmente por el contratista con terceros, que se denominan subcontratistas, es un fenómeno que tiene una gran trascendencia económica y social en la actividad económica general, sobre todo en los contratos de obra. “*Este fenómeno ha experimentado un incremento muy importante en los últimos tiempos, —al tiempo que ha demostrado ser un instrumento que permite la dinamización del mercado de las pequeñas y medianas empresas— pero se está viendo profundamente afectado por los impactos de la crisis económica en la contratación pública*”, como pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación de Aragón<sup>373</sup>.

La subcontratación se articula a través del denominado subcontrato, que es de finido por Elena Marín Albarrán<sup>374</sup> como “el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de la misma —en realidad, de parte de la misma— a un tercer sujeto de derecho”. Indicando la citada autora que el fundamento esencial de la subcontratación es la especialización y división social del trabajo “*lo que supone un más fácil acceso al mercado de producción de bienes y servicios por parte de las PYMES. Si ni las grandes empresas pueden por, sí solas, proveer al mercado de los bienes y servicios que éste necesita, con mayor motivo esta tarea será imposible para las PYMES. De*

<sup>372</sup> Citada Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado, pág. 33.

<sup>373</sup> Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación.

<sup>374</sup> Es muy interesante el artículo de MARÍN ALBARRÁN (2014), pp. 465-491.

*manera que en el contexto de una actividad económica que demanda prestaciones y soluciones cada vez más complejas e integrales, la opción – quizás la única para que las pequeñas y medianas empresas (PYMES) puedan acceder a parte de ese intercambio económico es la subcontratación”.*

La subcontratación es en principio una relación ajena al contrato público, pues la relación entre contratista y subcontratista pertenece al ámbito privado, sin que en dicha relación aparezca o intervenga la Administración, que en principio, solo puede intervenir de forma excepcional en ella. No obstante ello, esta relación es muy importante en la contratación pública, pues afecta directamente a un aspecto capital del contrato público como es su ejecución y a aspectos de gran trascendencia económica, como es la especialización y la intervención en el mercado de las PYMES tan potenciado desde la UE por ser unos de los motores esenciales de la misma y de la creación de empleo.

Por esta circunstancia la normativa contractual pública la regula con especial cuidado, estableciendo su ámbito, las potestades de la administración ante la misma, que la puede imponer o modular, exigir información sobre la misma, determinadas condiciones de capacidad al subcontratista. Imponiendo, incluso, determinados derechos del subcontratista al titular del contrato, especialmente los relativos al plazo de pago de su actividad o trabajos. Este último aspecto es destacado por la citada Junta Consultiva de Aragón que indica que *“la garantía del pago en plazo del contratista al subcontratista es una cuestión que trasciende la relación privada entre ambos, que afecta directamente a la correcta ejecución del contrato y, por tanto, a la satisfacción directa del interés público como causa del contrato”.*

El TRLCSP contempla dos tipos de subcontratación, la voluntaria y la que la administración o sus entes instrumentales, que pueden establecerla con carácter obligatorio, prohibirla, o limitarla a una extensión concreta. En este sentido el artículo 227, n.º 7 indica claramente que *“Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla”.* Para reforzar el carácter de la imposición concluye este apartado indicando que esta subcontratación obligatoria y las consecuentes obligaciones impuestas *“se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f)”.*

Hay que indicar que igualmente es de aplicación a la subcontratación en el supuesto de que se trate de obras dentro del ámbito del “Sector de la Construcción” lo previsto en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, por cuanto le es aplicación en base a su Disposición adicional segunda (*“Régimen de subcontratación en las obras públicas”*) que indica expresamente que: *“Lo establecido en la presente*

*Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con las especialidades que se deriven de dicha Ley*". Entendiendo que la remisión al TRLCAP se entiende en la actualidad al vigente TRLCSP. Posteriormente se analizarán algunos aspectos de la citada ley al analizar la subcontratación de las Sociedades Urbanísticas Locales, en el apartado "d".

## **B) Régimen jurídico: Ámbito y requisitos**

La regulación de la subcontratación el TRLCSP aparece recogida en el título relativo a la ejecución de los contratos celebrados por las Administraciones públicas, porque solo dichos contratos son contratos públicos los contratos celebrados por otros poderes adjudicadores son contratos privados y su ejecución se rige por el derecho privado. No obstante ello, como pone de manifiesto la citada Junta Consultiva de Aragón, la aplicación de las normas sobre subcontratación se ha ampliado, previendo el propio artículo 227. 9 TRLCSP su aplicación a las Entidades públicas empresariales y organismos similares dependientes de otras Administraciones públicas (que según el artículo 3 TRLCSP no tienen la condición de Administración pública). Pero, lo que está perfectamente claro es que esta regulación no es aplicable a los contratos privados de las sociedades mercantiles públicas.

Las condiciones generales o requisitos en los supuestos de subcontratación que puede la Administración exigir para asegurar que la prestación sea conveniente ejecutada, son esencialmente los siguientes:

- a) La subcontratación está admitida salvo en los procedimientos de contratación en los que los que los pliegos la prohíban expresamente o que por su naturaleza y condiciones este claro que el contrato debe ser ejecutado directamente por el adjudicatarios, como los contratos denominados "*intuitu personae*".
- b) Existe un porcentaje de subcontratación se fijará en los pliegos, considerándose el máximo permitido el 60% de la prestación (artículo 227.2 e TRLCSP). Este límite es el aplicable en el caso de que en el pliego no establezca un límite expresamente<sup>375</sup>.
- c) En los pliegos o en el anuncio de licitación el órgano de contratación puede exigir que el licitador determine exprese en su oferta la parte de la prestación que va a subcontratar, con su importe, así como la identificación del subcontratista o perfil empresarial del mismo (artículo 227.2.a TRLCSP).
- d) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de

---

<sup>375</sup> Existen distintas interpretaciones en relación a estos supuestos de no previsión en los pliegos del límite. Que el límite máximo del 60% lo es para todos los casos, haya o no previsión expresa en el pliego, es el criterio que mantiene en el Informe 1/2010, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia (artículo 227.2.b TRLCSP).

Igualmente se determina que en el supuesto de que el contratista incumpla las obligaciones anteriormente indicadas en la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia, o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato. Para ello es necesario que se haya previsto en los Pliegos.

### **C) Posición jurídica de subcontratista**

El subcontratista en los contratos con el sector tiene una posición distinta del subcontratista en los contratos entre particulares.

En primer lugar y en perjuicio del subcontratista, éste no tiene acción directa frente a la Administración, como sí la tiene el subcontratista civil de acuerdo con lo establecido el artículo 1597 del Código Civil. En este sentido el artículo 227.8.º es muy claro al indicar que *“Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”*.

Esta exclusión de acción directa parece haber cambiado en la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Así en su art. 71.3 establece que: *“los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas por el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación”*.

Como indica Elena Marín Albarrán, “si bien esta previsión se regula de forma optativa para los Estados miembros, su importancia es clara dado que prevé el pago directo por parte del poder adjudicador a los subcontratistas y suministradores, pago directo que deberá contemplarse en los pliegos”<sup>376</sup>.

En segundo lugar, y esta vez en su beneficio, en los artículos 228 y 228 bis, introducido este último por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, establecen una serie de imposiciones al contratista en el pago al subcontratista y en las condiciones del mismo en clara defensa de éste último, estableciéndose, incluso, un sistema de comprobación de pagos al subcontratista por parte de la administración.

---

<sup>376</sup> MARÍN ALBARRÁN (2014).

El artículo 228, regula las condiciones generales de pago a los subcontratistas y a los suministradores, imponiendo la obligación al contratista de someterse a los plazos y condiciones específicas que se determinan en el mismo. Así será de aplicación lo previsto en relación a presentación de factura, conformidad y plazo de pago en el artículo 216.4, ya estudiado. Puede el contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el 228 siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Se respeten los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley de Morosidad.
- Que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la misma Ley.
- El pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista.

Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

Por último, el art. 228 bis del TRLCSP se permite que siempre que se hubiera previsto así en los pliegos o contratos las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar que los contratistas proceden al pago a los subcontratistas y suministradores de las cantidades adeudadas en debidos tiempo y forma.

Para garantizar su cumplimiento estas obligaciones cuando se hayan incluido en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.

Como se ha observado no es obligatoria sino potestativa la inclusión de de las citadas cláusulas del cumplimiento de las obligaciones de pago, es altamente recomendado para el adecuado cumplimiento de la obra. En este sentido la recomendación citada de la JCCA de Aragón indica que: *“Por ello, esta Junta recomienda a los órganos de contratación el uso de la posibilidad que expresamente ha previsto el nuevo artículo 228 bis del TRLCSP, incorporando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos en los que esté prevista la subcontratación esta condición especial de ejecución, así como las consecuencias ante su incumplimiento. De modo que no basta la simple remisión al precepto, sino que para su efectividad debe preverse una penalidad que garantice el cumplimiento de esta condición, así como las circunstancias en las que procederá una eventual resolución. Por supuesto ello exige un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la posibilidad y no la convierta en papel mojado”*.



## D) Aplicación a las Sociedades Urbanísticas Locales

Como se ha visto, los criterios establecidos en el TRLCSP no son aplicables a la subcontratación de las sociedades mercantiles que pueden establecer un régimen distinto en sus pliegos y contratos.

Sentado ello, hay que indicar, en primer lugar, que es perfectamente posible, como en anteriores aspectos analizados, que en virtud del principio de libertad de pactos las sociedades mercantiles locales apliquen el régimen de la subcontratación previsto para los contratos administrativos, como pone de manifiesto la Instrucción de la Abogacía del estado. En segundo lugar, que las sociedades urbanísticas como promotoras de viviendas ya sean en venta o en alquiler y actuaciones de rehabilitación o revitalización urbana, entran como “promotores”<sup>377</sup> dentro del “Sector de la Construcción” y consecuentemente del ámbito de aplicación de la citada Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción que es de aplicación a la obra pública en base a la su Disposición adicional segunda (“*Régimen de subcontratación en las obras públicas*”), como se ha indicado anteriormente. La ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

La Ley 32/2006 regula la subcontratación en el sector de la construcción y tiene por objeto *“mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”* de acuerdo con el primero de sus artículos. Para ello establece una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Dichas cautelas, de acuerdo con su propia Exposición de Motivos, se dirigen en una triple dirección:

- 1º. Se exige el cumplimiento de ciertas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo.
- 2º. Se Imponen requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, se exige la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos y de la organización preventiva de la propia empresa y, en relación con la calidad del empleo, se precisan unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa.
- 3º. Se introducen mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra.

Las Sociedades urbanísticas objeto del estudio tienen un objeto social, como se ha visto, que incide plenamente dentro del ámbito objetivo de esta normativa

---

<sup>377</sup> En este sentido, en el artículo 3.º letra a) se define como promotor: “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”.

específica en materia de subcontratación. Ello queda perfectamente claro pues la Ley en el segundo de los artículos determina que a la subcontratación a la que se refiere la misma es la relativa a los contratos para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: *“Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento”*.

Con carácter previo a la subcontratación se establece la obligación a las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos en una obra de construcción deberán estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas. A tal efecto, establece el artículo 3 del RD 1109/2007, las empresas, *“con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas y con arreglo al modelo establecido como anexo en el propio RD, solicitarán su inscripción en el Registro dependiente de la autoridad laboral competente”*.

Efecto esencial de la aplicación de la Ley y su reglamento es que las en los contratos de obras realizados por sociedades promotoras, los contratistas principales deben llevar de forma rigurosa el llamado “Libro de la Subcontratación”. En este libro, que deberá ser habilitado por la autoridad laboral, el contratista debe reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, debidamente inscritos en el Registro de empresas acreditadas. Respecto del Libro de Subcontratación, se imponen una serie de obligaciones al contratista que deberá mantenerlo actualizado en la obra y permitir el acceso al mismo al promotor, a la dirección facultativa y al coordinador en seguridad y salud durante la ejecución de la obra, al igual que a las empresas y trabajadores autónomos de la obra, a los técnicos de prevención, delegados de prevención y representantes de los trabajadores de las empresas que intervengan en la obra. Igualmente han de presentarlo a la Autoridad Laboral cuando así sea requerido y conservarlo durante los cinco años posteriores a la finalización de su participación en la obra.

El “Libro de la Subcontratación”, aun cuando es impuesto por la Ley, debe ser exigido específicamente en los pliegos y contratos y controlado por Sociedad Urbanística promotora, imponiéndose junto a los controles del pago del artículo 228 bis como condición especial de ejecución, asociando su incumplimiento al régimen de penalidades y como eventual causa de resolución por incumplimiento en los supuestos más graves.

#### **4.2.6.9.- Causas de resolución**

##### **A) Resolución de los contratos administrativos**

Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 221 del TRLCSP.

La primera de estas forma de extinción, el cumplimiento, es lo habitual y se entiende que se ha producido el mismo cuando el contratista ha “realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación” (art. 222).

Por el contrario la resolución del contrato se produce cuando debido a determinadas circunstancias el contrato no produce el efecto que le es propio que es su extinción por el cumplimiento de la prestación a que se ha comprometido el contratista. Se configura como una de las prerrogativas con las que cuenta la Administración cuando concurre una de las específicas circunstancias establecidas en el TRLCSP o en los pliegos y contratos en virtud del principio de libertad de pactos del reiterado artículo 25.

Las causas de resolución de los contratos administrativos, son establecidas con carácter general o con carácter particular para cada tipo de contratos. Las analizaremos:

a) **Causas generales de resolución:** Se determinan en el artículo 223 (Causas de resolución) y son las siguientes:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, salvo en los supuestos de sucesión del mismo (art. 85).
- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.
- La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a seis meses o el inferior que se hubiese fijado por las CC.AA. en su normativa.
- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.
- Las establecidas expresamente en el contrato.
- Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

Además de estas causas, también lo son las establecidas en el artículo 99.2, que contempla la resolución del contrato por no reposición de la garantía y el artículo 235.2 por no subsanación de los defectos de ejecución observados.

b) **Causas en función de la tipología del contrato:** Se determinan en el apartado correspondiente del TRLCSP que regula cada uno de los distintos contratos. En concreto se determinan las siguientes causas de resolución en los siguientes artículos:

- 237 del contrato de obras.
- 269 de las concesiones.
- 286 del contrato de gestión de servicios.
- 299 del contrato de suministro.
- 308 del contrato de servicios.

El TRLCSP regula el procedimiento de la resolución en el 224 que se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de propia Ley, que establece distintas especialidades de aplicación de las causas. Destacamos que la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Los efectos, en función de cada una de ella, se determinan en el artículo 225.

## **B) Resolución de los contratos de las sociedades públicas**

Al ser contratos privados, la resolución de los mismos se encuentra sometida al Derecho privado. Consecuentemente con ello, para el establecimiento de las distintas causas de resolución habrá que acudir a lo establecido expresamente en los Luegos y contratos concertados entre la Sociedad y el contratista. En esta relación rige el principio de libertad contractual establecido con carácter general para los contratos en el artículo 1255 del Código Civil, y el establecido especialmente en el artículo 25 para los contratos del sector público, que tienen un contenido casi idéntico<sup>378</sup>. Artículos que otorgan una amplia facultad a la sociedad para determinar las mismas, que respetando los límites legales, del orden o interés público o el principio de buena administración, puede establecer las que considere más adecuadas a la prestación contratada pudiendo, incluso, remitirse a las causas prevista en el TRLCSP.

Partiendo de estos criterios y siguiendo la Instrucción 1/2008 de la Abogacía del estado, se pueden establecer los siguientes criterios:

a) En primer lugar, la aplicabilidad de la cláusula resolutoria propia de las obligaciones recíprocas del artículo 1124 del Código Civil, aplicable tanto a los incumplimientos del contratista de las obligaciones asumidas por el mismo como a los de la sociedad pública contratante, especialmente el

---

<sup>378</sup> El contenido es prácticamente el mismo. Así el artículo 1255 del Código Civil indica que: “los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral o al orden público”. Por su parte el artículo 25.1 del TRLCSP indica que: “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

incumplimiento de su obligación esencial la falta el pago del precio en el plazo estipulado. Igualmente el mutuo acuerdo de las partes pero sin las limitaciones la exigencia para los contratos administrativos de que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (art. 224.4).

- b) Al amparo de los principios de libertad contractual puede válidamente estipularse como causa de resolución la demora por parte del contratista en el cumplimiento del plazo a partir de un determinado límite, la falta de constitución de garantía y la falta de formalización del contrato en la forma prevista.
- c) Pueden ser aplicable igualmente el hecho de la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual pero limitada a los supuestos en los que no fuese posible la continuación del contrato por los herederos o sucesores.

Por último, recordar que se pueden asumir en el pliego y contrato las causas específicas para cada uno de los tipos contractuales establecidas en el TRLCSP.

### **4.3.- PODER ADJUDICADOR: CONTRATOS NO SARA**

#### **4.3.1.- Planteamiento general**

Tras el análisis pormenorizado de las especialidades de la adjudicación de los contratos sometidos a legislación armonizada (SARA) por los Poderes Adjudicadores que no son Administraciones Públicas (PANAP), se realiza en el presente apartado el estudio de aquellos supuestos en que el contrato objeto de adjudicación no se encuentra sometido a legislación armonizada.

Como en el primero de los supuestos se ha realizado ya un profundo análisis de la teoría general emanada de las normas de contratación pública destacando por contraposición las especialidades de la preparación y adjudicación de los contratos SARA por la Sociedades Públicas, en el presente apartado y en relación a los contratos No SARA se analizarán y destacarán exclusivamente las características diferenciales que se producen en relación a los anteriores, remitiéndonos para los conceptos y reglas de aplicación general al referido estudio.

Para ello, se analizará, en primer lugar la delimitación de los contratos No SARA, y las especialidades en cuanto a la preparación, selección y adjudicación de este tipo de contratos que se caracterizan fundamentalmente por una aplicación más laxa de la ley. Centrados estos criterios generales, se analizarán pormenorizadamente los aspectos diferenciales en relación a los elementos subjetivos, objetivos, formales y el contenido de estos contratos.

##### **4.3.1.1.- Delimitación contratos No SARA**

Los contratos no sometidos a legislación armonizada vienen determinada por la concurrencia de una serie de elementos que los definen en contraposición a los

que sí se encuentran sometidos a dicha legislación. Siguiendo el mismo criterio que para los SARA se utilizarán dos los aspectos empleados por la normativa de contratación para su diferenciación: por la tipología del contrato o por las cuantías o umbrales.

**1.- Por la tipología de los contratos,** son contratos No SARA los siguientes:

a) En primer lugar los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive del Anexo II del TRLCSP 2. Con las precisiones que se determinan, estos servicios son los siguientes:

17. Servicios de hostelería y restaurante.
18. Servicios de transporte por ferrocarril.
19. Servicios de transporte fluvial y marítimo.
20. Servicios de transportes complementarios y auxiliares.
21. Servicios jurídicos.
22. Servicios de colocación y suministro de personal.
23. Servicios de investigación y seguridad, excepto los servicios de furgones blindados.
24. Servicios de educación y formación profesional.
25. Servicios sociales y de salud.
26. Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos.
27. Otros servicios.

b) En segundo lugar, los contratos relacionados en el artículo 13, apartado 2, cualquiera que sea su valor estimado. Son los contratos siguientes:

1. Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.
2. Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
3. Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
4. Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
5. Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

**2.- En función de las cuantías/Umbrales:** De acuerdo con la Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre los valores estimados de los contratos conforme a las reglas que establece el artículo 88 debe ser inferior a las cuantías que para cada uno de los indicados tipos establecen los artículos del TRLCSP, en concreto, 5.186.000 euros para el contrato de obras en el artículo 14 y 207.000 euros para los contratos de suministro, artículo 15, y de servicios, artículo 16.

#### **4.3.1.2.- Preparación y adjudicación de este tipo de contratos**

Es necesario, como cuestión previa, recordar que los contratos de los PANAP son contratos privados y que en función de ello su régimen jurídico varía del de los contratos administrativos. Así en lo relativo a su preparación y adjudicación, se le aplica, en defecto de normas específicas, el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Por el contrario, se rigen por el derecho privado en las materias relativas a sus efectos y extinción, aun cuando específicamente se les aplica las normas del TR en materia de modificación de los contratos.

**1.- Preparación de los contratos:** El TR, al igual que se en los contratos SARA, establece unas precisiones en relación a la preparación del mismo en el artículo 137. Estas son las siguientes:

- a) Para la contratación por una cuantía superior a 50.000 euros, necesario elaborar un Pliego serán parte integrante del contrato, en el que se establezcan:
  - Las características básicas del contrato.
  - El régimen de admisión de variantes.
  - Las modalidades de recepción de las ofertas.
  - Los criterios de adjudicación.
  - Las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario.
- b) Aplicación, artículo 120 relativo a la obligación del poder adjudicador en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales de suministrar facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

**2.- Adjudicación contratos:** En relación a la adjudicación de este tipo de contratos se determinan en el artículo 191 del TRLCSP, las siguientes especialidades:

- a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
- b) Los órganos competentes de las entidades aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. Mientras no se doten de estas instrucciones, se les aplica las reglas de los contratos sujetos a la regulación armonizada de acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta del TRLCSP.
- c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

Se analizarán estos aspectos con mayor detalle en los apartados siguientes.

### **4.3.2.- Régimen jurídico de la contratación**

#### **4.3.2.1.- Planteamientos previos**

El TRLCSP, como se ha visto, establece una regulación escasa sobre la preparación y adjudicación de los contratos No SARA por los PANHAP, dando amplias posibilidades de actuación a dichos poderes adjudicadores. Pero esta indefinición y amplitud de actuación plantea problemas, pues cuál es el límite de la misma y cuál el contenido de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación si se quiere seguir adecuadamente a normativa de Mercado Interior de la Unión Europea. Qué criterios debe seguir una Sociedad Pública que quiera, por un lado, cumplir con los principios de contratación europeos, pero a la vez actuar bajo el principio de eficacia en la gestión de los servicios que legitima su constitución.

La respuesta no es clara, pues la norma se limita a referirse a los principios salvo específicas excepciones por lo que hay que buscar interpretaciones, resoluciones y otros elementos que no siempre son coincidentes y que varían incluso en función de la idea imperante en el momento de aplicación, unas veces más liberal, dejando amplio margen de actuación, y otras veces, más formalista y rigorista, pretendiendo sin razón legal que lo ampare que las sociedades apliquen estrictamente las normas de contratación como si de administraciones se tratase. Este es el caso que se está viviendo en los últimos años, pues tras la crisis, como ya se ha indicado, se pretende por vía de hecho,



modificar el régimen de contratación de las sociedades públicas sin razón jurídica que lo ampare.

Como punto de partida, es muy interesante la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 1 de agosto de 2006 sobre *“el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública”*, que establece una serie de criterios aplicables. Reconoce indudablemente que en los contratos no cubiertos o cubiertos parcialmente por las directivas de contratación las posibilidades de actuación son mucho más amplias y los poderes adjudicadores gozan de una libertad de actuación mayor que las que tienen las administraciones públicas actuando dentro del ámbito de las referidas directivas.

La Comunicación Interpretativa parte de que las Directivas sobre contratación pública no se aplican a todos los contratos públicos, existiendo toda una serie de contratos a los que no se les aplican en absoluto o sólo en parte como, entre otros, a los contratos de importe inferior a los umbrales. Recalcando la importancia de estos contratos no cubiertos no solo por su número sino también por su importancia desde el punto de vista económico pero que sin embargo, esos contratos aun cuando deban seguir unos criterios de publicidad y concurrencia menos severos, la realidad es que en muchos casos se adjudican aun directamente a los proveedores locales, sin que medie competencia.

Ante ello, recuerda la Comunicación que *“el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha corroborado en su jurisprudencia que las disposiciones sobre el mercado interior que establece el Tratado CE se aplican también a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública”*. Así el Alto Tribunal ha afirmado explícitamente que *“aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado”*<sup>379</sup>. En esta misma línea el Auto del TJCE de 3 de diciembre de 2001, al determinar que *“aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas a respetar las normas fundamentales del TCE, en concreto, los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de sus contratos públicos”*.

En diversas ocasiones, los Estados miembros y los interesados han pedido a la Comisión que oriente sobre cómo aplicar los principios básicos que se derivan de esa jurisprudencia, por ello con la presente Comunicación interpretativa *“la Comisión expone su interpretación de la jurisprudencia del TJCE y propone lo que considera las mejores prácticas para ayudar a los Estados miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior”*. No obstante esta función aclaratoria recalca dos aspectos importantes, en primer lugar, que la

---

<sup>379</sup> C-231/03 Asunto Coname, sentencia de 21.7.2005, considerandos 16 a 19.

comunicación no crea nuevas disposiciones legislativas y en segundo que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde en última instancia al TJCE.

Igualmente, para precisar los criterios de contratación de estos contratos, es fundamental la ya reiterada Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero sobre *“contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado”*, que se ha ido siguiendo si bien actualizándola a la nueva normativa surgida desde entonces (2008) y que nos sirve, de alguna manera, para estructurar el presente estudio.

También se utilizarán distintos trabajos doctrinales y de las Juntas Consultivas de Contratación (resoluciones, circulares, recomendaciones, interpretaciones). Destacando especialmente la Recomendación 1/2008, de 10 junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a *“preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada”*.

#### **4.3.2.2.- Elementos subjetivos**

Distinguiremos dos aspectos concretos dentro de los elementos subjetivos; en primer lugar, quiénes son los órganos de contratación y las condiciones de aptitud del contratista.

##### **A) Órganos de contratación**

Se aplica a este tipo de contratos lo ya analizado para los contratos SARA, recordando simplemente que el artículo 216.6 indica que la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades se regirá por lo dispuesto en los estatutos y por las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación. Así serán los propios estatutos los que determinarán que órganos son los que tienen capacidad para contratar y en caso de que fueren varios la distribución de competencias entre ellos, habitualmente, como se ha indicado, el Consejo de Administración y la Gerencia.

##### **B) Condiciones de aptitud del contratista**

Igualmente hay que reiterar aquí lo analizado en relación a los contratos SARA; en concreto estudiado en los siguientes epígrafes:

- 4.2.3.1.- Capacidad de obrar.
- 4.2.3.2.- Prohibiciones de contratar.
- 4.2.3.3.- Condiciones de solvencia.
- 4.2.3.4.- Exigencia de Clasificación.

Por el contrario, no son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada las previsiones del TRLCSP referidas exclusivamente a contratos sujetos a legislación armonizada, en concreto:

- El artículo 80. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.
- El artículo 81. Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.

#### **4.3.2.3.- Elementos Reales**

No se plantean diferencias esenciales entre los elementos reales analizados para los contratos SARA en relación a los que no reúnen dicha cualidad y que ahora se analizan. Por ello hay que ratificar lo indicado anteriormente en cuanto a la determinación de su objeto, el precio, sus formas de fijación y cuantía, regulados en los artículos 86 y siguientes. Igualmente todo lo analizado en sobre la duración del contrato, su inicio y sus prórrogas voluntarias o impuestas al contratista.

En base a lo indicado, nos remitimos para la determinación y alcance de los elementos reales de los contratos No SARA a los siguientes apartados:

- 4.2.4.1.- Objeto de los contratos.
- 4.2.4.2.- Precio.
- 4.2.4.3.- Plazo de duración y prórrogas.

#### **4.3.2.4.- Elementos Formales**

Es en este apartado donde se encuentran las mayores diferencias entre los contratos sometidos y no sometidos a legislación armonizada. Ello es así por cuanto en relación a los procedimientos a emplear es donde se concede una mayor libertad a los poderes adjudicadores gozando de una amplia libertad para diseñarlos sin necesidad de ajustarse a los formulados y regulados en el TRLCSP.

Debido a ello, como ya se ha adelantado, el TRLCSP les impone la elaboración de unas Instrucciones Internas de Contratación donde deben definir con precisión los distintos tipos de procedimientos de contratación, determinando sus características, fases y requisitos al objeto de que, una vez publicados, los aspirantes a contratar con ellas tengan el necesario y suficiente conocimiento de las condiciones de la licitación, al objeto de decidir si concurren o no a ella.

Se analizarán en consecuencia dichos los aspectos diferenciadores, en concreto, los procedimientos de adjudicación, el régimen de perfección del contrato y la elaboración de los pliegos. Igualmente se sustantivaré y se estudiarán en apartado independiente por su importancia las Instrucciones Internas de Contratación.

## A) Procedimientos de adjudicación

Es como se ha indicado el aspecto más novedoso y característico de los contratos No SARA, en este sentido está perfectamente claro y admitido que los PANAP no se encuentran sometidos a los procedimientos de adjudicación de los contratos previstos para la Administración pública.

Como indica la Abogacía del Estado en su circular 1/2008 es clara a diferencia de unos y otros contratos que «*“Si los primeros -contratos sujetos a regulación armonizada- han de adjudicarse necesariamente con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP (hoy TRLCSP), es decir, con sujeción a las mismas reglas que rigen para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (lo que tiene por consecuencia que se tengan que aplicar el procedimiento abierto, el procedimiento restringido, el procedimiento negociado y el diálogo competitivo en los casos establecidos para cada uno de estos procedimientos), sin más especialidades que las establecidas en los apartados a) y b) del artículo 174 de dicho texto legal, respecto de los segundos -contratos no sujetos a regulación armonizada-, el artículo 175 (hoy 191) a) no establece ningún procedimiento específico, disponiendo que "la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación", añadiendo dicho precepto en su apartado b) que "los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad"».*

Hay que partir por lo tanto de dos aspectos concretos de estos contratos No SARA, por un lado, la no necesaria aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas y, por otro, que los nuevos procedimientos deben aplicar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. La problemática es, ya se ha señalado, cómo establecer procedimientos que respeten dichos principios, porque así formulados parecen fáciles de entender y aplicar, pero la realidad es que ello no es así, la prueba ha sido la gran cantidad de procedimientos que se han impugnado y han sido declarados no ajustados a los mismos por los distintos tribunales jurisdiccionales o especiales de contratación.

Este problema de determinación del alcance de los principios ha dado lugar a que muchos poderes adjudicadores, en especial las sociedades públicas urbanísticas por las cuantías de sus contrataciones, hayan empleado y recogido en sus Instrucciones Internas de Contratación, procedimientos no solo con las mismas denominaciones sino con características prácticamente idénticas que los regulados por el TRLCSP. Este ha sido el Caso de AVS que tras distintas reuniones con distintos catedráticos, operadores jurídicos y

miembros de distintas sindicaturas de cuentas, elaboró unas Instrucciones estandarizadas para las más de 150 empresas que la componían, respetando los procedimientos del TR con pequeñas modificaciones.

No obstante ello, para la fijación y plasmación de estos principios, en la medida de lo posible, seguiremos dos instrumentos esenciales ya indicados a nivel europeo, la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 1 de agosto de 2006 sobre *“el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública”* y, a nivel estatal, la Circular de la Abogacía del Estado que estamos siguiendo. Así, se puede establecer el contenido básico de los siguientes principios.

### **1.- Principio de publicidad**

La adecuada y suficiente publicidad es un elemento esencial, como ha puesto de manifiesto el TJUE, pues los principios de igualdad de trato y no discriminación establecen la obligación de la necesaria transparencia y difusión de la contratación por parte del poder adjudicador que permita que cualquier potencial adjudicatario perteneciente a la Unión Europea pueda tener conocimiento de la licitación y tener la información completa sobre la misma para decidir si concurre o no. Solamente en aquellos supuestos excepcionales previstos en la Directivas podrá prescindirse de la publicidad, como las situaciones de extrema urgencia, a raíz de acontecimientos imprevisibles, y los contratos cuya ejecución, por motivos técnicos, artísticos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad, sólo pueden confiarse a un operador económico concreto.

En este sentido, la Recomendación analiza prácticas que considera desacertadas y rechaza como:

- Contactar con varios licitadores potenciales incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores, pues este planteamiento selectivo no permite excluir la discriminación de licitadores potenciales de otros Estados miembros, en especial los recién llegados al mercado.
- Los supuestos de publicidad «pasiva», en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto por sus propios medios la adjudicación de contrato prevista.
- Tampoco la simple referencia a información en los medios de comunicación, debates parlamentarios o políticos o eventos como congresos tampoco constituiría una publicidad adecuada”.

Para la Comisión, la única manera de que los requisitos establecidos por el TJCE se puedan cumplir es *“publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe publicarlo la entidad*

*adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia*". Este anuncio deberá tener mayor difusión en la medida que mayor sea *"la importancia del contrato para el mercado interior"* y *"cuanto mayor sea el interés del contrato para posibles licitadores de otros Estados miembros"*, todo ello a juicio de la sociedad adjudicadora<sup>380</sup>.

Los medios de publicidad que propone la Comisión y las características de los mismos son los siguientes:

- Internet: Este medio permite un amplio acceso a los anuncios de contratos cuando se efectúan a través de sitios web, especialmente en el caso de empresas de otros Estados miembros y PYME interesadas en contratos de escasa cuantía. En esta sentido la Comisión considera que la publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia. La información debe presentarse de forma que los licitadores potenciales puedan hallarla fácilmente. Dichas entidades pueden también, si lo desean, publicar información sobre futuras adjudicaciones de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública dentro de su perfil de comprador en Internet.

La Comisión se refiere explícitamente a los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos, indicando que éstos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía, dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e, pues permite aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece Internet con el fin de aumentar la transparencia y la eficiencia.

- Boletines Oficiales nacionales: Los boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.
- Publicaciones locales: Las entidades adjudicadoras podrán seguir recurriendo a publicaciones locales, como diarios locales, boletines de

---

<sup>380</sup> Estos criterios que se quedan en manos de los Poderes Adjudicadores son complicados y bastante abiertos, pudiendo dar lugar a responsabilidades. Estos criterios excesivamente abiertos son puestos de manifiesto por la propia comisión cuando en la Comunicación indica: "Corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato. Si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.

Si la Comisión viene en conocimiento de una posible contravención de las normas básicas de adjudicación de los contratos públicos no regulados por las Directivas sobre contratación pública, examinará la importancia del contrato para el mercado interior a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Sólo incoará el procedimiento de infracción previsto en el artículo 226 del Tratado CE cuando lo considere adecuado a tenor de la gravedad de la infracción y de sus repercusiones en el mercado interior".

información municipales, o incluso tableros de anuncios. Estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local.

- Diario Oficial de la Unión Europea: La publicación en el Diario Oficial no es obligatoria, si bien puede resultar una opción interesante, especialmente en contratos de elevada cuantía.

Definiendo los medios de publicidad, como se ha visto, el artículo 191 del TRLCSP indica que las instrucciones internas de contratación pueden arbitrar distintas modalidades, alternativas o adicionales, de difusión, pero que en caso contrario en aquellos contratos cuyo importe supere los 50.000 euros se entienden cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad simplemente con la inserción de la información relativa a la licitación en el perfil del contratante de la entidad.

En cuanto a las inferiores a dicha cantidad, nada indica el TR, si bien la Abogacía del Estado indica que en estos casos *“el requisito de publicidad es también exigible, puesto que el apartado a) del artículo 175 (hoy 191) exige la observancia de este principio (y de los demás que en él se establecen) en todo caso. Al no indicarse, sin embargo, cuál sea el medio de publicidad que debe utilizarse en estos contratos, cabe remitir su determinación a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto del mismo, características particulares del sector de la actividad a que se refiere (tamaño, estructura del mercado), localización geográfica, etc.”*. Entendemos que el medio ideal sería el perfil del contratante, aun cuando puede ser más que discutible esta exigencia de publicidad sobre todo en contratos menores y de escasa cuantía, más allá de la propias cuentas de la sociedad, que se publican en el Registro mercantil y se incorporan a las Cuenta General de la Sociedad y se publicitan, amén de todas aquellas comunicaciones a organismos de control que como se han estudiado se imponen.

## **2.- Principios de igualdad y no discriminación**

El TJCE ha declarado que la obligación de transparencia consiste en garantizar, en favor de cualquier posible licitador, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia, así como el control de la imparcialidad de los procedimientos. La garantía de un procedimiento equitativo e imparcial constituye el corolario necesario a la obligación de garantizar una publicidad transparente.

De lo anterior deduce la Comisión que la adjudicación de un contrato deberá respetar las normas y los principios del Tratado CE, para garantizar condiciones de competencia equitativas al conjunto de los operadores económicos interesados en ese contrato.

Estos principios se concretan en los siguientes aspectos de acuerdo con la Comisión y con la Abogacía del Estado:

- a) Descripción no discriminatoria del objeto del contrato. La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención “o equivalente”. En todo caso, es preferible utilizar descripciones más generales en lo relativo a la ejecución o las funciones.
- b) Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros. Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores, como, por ejemplo, la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.
- c) Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas. Si se exige a los licitadores la presentación de certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa, los documentos procedentes de otros Estados miembros que ofrezcan garantías equivalentes deberán aceptarse.
- d) Proscripción de facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

### **3.- Principio de transparencia**

El requisito de transparencia, de acuerdo con el TJCE, no implica necesariamente la obligación de una convocatoria formal de licitación como pone de manifiesto la Comisión. El anuncio puede por lo tanto limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. Lo que sí que deben de contener los anuncios y la documentación es cuanta información resulte razonable para que una empresa de otro Estado miembro pueda decidir si desea manifestar su interés en la obtención del contrato. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

Centrado ello, la Abogacía del estado precisa que en base a este principio debe de respetarse las siguientes especificaciones:

- a) Que todos los participantes puedan conocer previamente las normas aplicables al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican de igual forma a todas las empresas.
- b) Fijación de plazos adecuados. Los plazos concedidos para presentar ofertas deberán ser suficientes para permitir a las empresas realizar una evaluación adecuada y formular sus ofertas.
- c) Fijación precisa y previa de los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas. En este sentido, como ya se ha indicado, según



jurisprudencia del TJCE, no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa (que sólo podrán valorarse como elementos de solvencia) o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato (que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados).

- d) Determinación clara y previa del órgano de contratación que debe de adjudicar el contrato, y, en caso de establecerse así, el órgano al que le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación, como la mesa de contratación o la gerencia de la sociedad.
- e) La necesidad de la adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

#### **4.- Principio de confidencialidad**

Este principio queda perfectamente concretado en el artículo 140 del TRLCSP, que impone esta obligación no solo al órgano de contratación sino también a los contratistas.

En primer lugar, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios candidatos que éstos hayan designado como confidencial. Considerando reúnen este carácter los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

El contratista, en segundo lugar, deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

#### **B) Elaboración de Pliegos**

En relación a los pliegos, se establece una diferencia esencial entre los ordinarios y los de servicios, categorías 17 a 27 que se ha visto se incluyen dentro de esta categoría de contratos No SARA. En relación a ellos, la JCCA de Aragón indica:

- a) En cuanto al establecimiento de prescripciones técnicas y elaboración de pliegos, a tenor del art. 137 LCSP, será necesario, en contratos de servicios de las categorías 17 a 27 superiores a 207.000 euros, elaborar los pliegos de prescripciones técnicas y de condiciones particulares, respetando el contenido de los artículos 117, relativo a definición de prescripciones técnicas, 118, sobre condiciones especiales de ejecución y 119 y 120, respecto a información sobre obligaciones fiscales, medioambientales, laborales y de subrogación en contratos de trabajo.

- b) Por lo que respecta a la preparación de contratos distintos de los anteriores que superen los 50.000 euros, se podrá refundir en un solo pliego las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías, en su caso. Resulta asimismo aplicable el artículo 104 LCSP.

En todo caso, el pliego contemplará, al menos, los siguientes aspectos:

- a) Respecto de las características básicas del contrato, el objeto del contrato, el régimen jurídico aplicable, los medios de comunicación utilizables, el precio cierto o el modo de determinarlo, el plazo de ejecución, las fechas estimadas de comienzo y finalización del contrato, la posibilidad de prórroga en su caso.
- b) En cuanto a los aspectos relativos a la licitación, deben recogerse los siguientes:
- Los requisitos de capacidad para contratar y de solvencia técnica, económica y financiera que deberán ser acreditados por los licitadores.
  - La forma de acceso al perfil de contratante.
  - Régimen de admisión de variantes.
  - Los criterios de adjudicación del contrato.
  - Las garantías exigidas a los contratantes.
  - En el caso de procedimientos negociados, los aspectos concretos que vayan a ser objeto de negociación, debidamente relacionados con las necesidades que se pretenden cubrir y el objeto del contrato.
  - Los valores que se vayan a estimar como anormales o desproporcionados.
- c) En cuanto contenido del contrato y al régimen de derechos y obligaciones de las partes, lo siguiente:
- Es necesario indicar el régimen jurídico privado del contrato.
  - Las circunstancias especiales que deberá cumplir la empresa adjudicataria en la ejecución del contrato y que deberán ser tenidas en cuenta como elementos esenciales de la contratación.
  - Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, condiciones de pago de la resolución.
- d) Las estipulaciones correspondientes a los efectos, cumplimiento, extinción y resolución de los contratos. En particular, en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a

los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

#### **4.3.2.5.- Contenido del contrato**

Como nos encontramos entre contratos no sujetos a regulación armonizada, el contenido del contrato, de acuerdo con la Abogacía del Estado, será el que determine con amplia libertad el Órgano de Contratación en las instrucciones y en los pliegos de contratación.

Habitualmente se suele establecer el contenido bien un régimen específico o propio distinto de los previstos en el TRLCSP, bien por el contrario, mediante remisión voluntaria a las previsiones del mismo, con las adaptaciones que, en su caso, sean necesarias y sin perjuicio de la aplicación preceptiva de aquellos preceptos de la Ley que, estando referidos a los “contratos del sector público”, tengan carácter de derecho necesario o de ius cogens.

Son de aplicación en relación al contenido de estos contratos No SARA lo que se ha analizado en relación al contenido de los que sí entran en el ámbito de la regulación armonizada. En concreto, nos remitimos a lo analizado en los siguientes epígrafes:

- 4.2.6.1.- Contenido mínimo y libertad de pactos.
- 4.2.6.2.- Garantías.
- 4.2.6.3.- Prerrogativas.
- 4.2.6.4.- Pago del precio y su plazo.
- 4.2.6.5.- Revisión de precios. Desindexación economía.
- 4.2.6.6.- Penalidades por demora o ejecución defectuosa.
- 4.2.6.7.- Cesión del contrato.
- 4.2.6.8.- Subcontratación.
- 4.2.6.9.- Causas de resolución.

Hay una última cuestión en relación al contenido de los contratos que destaca, la Comunicación Interpretativa de la Comisión, que es el problema de los recursos ante los actos relativos a los procedimientos de adjudicación de los contratos No SARA. En este sentido indica que en la sentencia Telaustria, el TACE “destacó la importancia de poder controlar la imparcialidad del procedimiento. Sin un mecanismo de recurso adecuado, no se podrán garantizar adecuadamente el respeto de las normas fundamentales para una adjudicación equitativa y transparente”.

Hay que precisar que para los que sí que se puede formular recurso especial de contratación, por así haberlo previsto, son los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

Por el contrario, en relación a los demás contratos No SARA, en estos casos insiste la Comunicación Interpretativa que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que:

- a) Al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.
- b) Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.
- c) Los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia).

Por todo ello, como se verá al analizar el contenido de las Instrucciones Internas de Contratación, se considera oportuno que las mismas fijen un sistema de recursos en relación con las actuaciones y actos del órgano de Contratación en los procedimientos contractuales.

### **4.3.3.- Instrucciones Internas de Contratación**

#### **4.3.3.1.- Concepto y caracteres**

El los contratos de las administraciones públicas en general y en aquellos SARA de los PANAP, el régimen jurídico y las normas de aplicación son bastantes claras; en primer lugar el TRLCSP y su normativa complementaria, además de ello, los Pliegos de Condiciones administrativas Generales y de Prescripciones técnicas, que son los que determinan con precisión las condiciones procedimentales, económicas y técnicas de aplicación a determinada licitación. Esto es así pues la normativa de contratación pública se les aplica en bloque, si bien con las especialidades que se han analizado para los contratos SARA en los que se deben hacer un esfuerzo adicional de precisión en los pliegos.

Por el contrario, en los contratos No SARA de los PANAP, el régimen es distinto, pues la legislación se le aplica de forma más laxa, como se ha visto. Así se formulan unos cuantos criterios generales de aplicación y deben ser los poderes adjudicadores, en este caso las sociedades públicas, los que deben concretar las reglas de aplicación debido a la amplia libertad de que gozan. Surge así un tercer instrumento que se sitúa entre la normativa y los pliegos de

contratación, las llamadas *“Instrucciones Internas de Contratación”* (IIC), que será el término que se seguirá en el presente estudio, aunque se les ha denominado de otras distintas formas, como manuales de instrucciones, Instrucciones de contratación, etc. Como elemento fundamental para la regulación los procesos de contratación su importancia es tal que si no se prueban se les aplican en su conjunto las reglas de los contratos sujetos a la regulación armonizada (Disposición Transitoria Sexta del TRLCSP).

Pueden definirse como el conjunto de reglas o manual de instrucciones de obligado cumplimiento en el ámbito interno de los poderes adjudicadores en las que se determinan y regulan los procedimientos de contratación y distintas circunstancias de los mismos necesarias para que quede garantizada en ellos la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Su finalidad consecuentemente está clara; en este sentido, es ilustrativo el artículo 1.º de las Instrucciones estandarizadas de AVS que indican que:

*“La finalidad de las presentes Instrucciones internas en materia de contratación es regular los procedimientos de adjudicación de los contratos de \_\_\_\_\_ que no están sometidos a regulación armonizada, para asegurar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.*

*Estas Instrucciones se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad”.*

Este sistema de regulación de la contratación ha sido criticado por algún sector doctrinal por la excesiva libertad y las limitaciones que, a su entender, pueden producirse a los principios de libertad y concurrencia. En este sentido Antonio Muñoz Molina indica que *“con esta regulación la LCSP abre una importante posibilidad de escape de los principios generales de la contratación pública, con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas”*, indicando además que éstas *“en la medida que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para poder preparar sus ofertas para participar si es que tienen esta posibilidad –y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos que pudieran establecer”*. Concluyendo que *“la libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se puede ver, en consecuencia, muy afectada”*<sup>381</sup>.

---

<sup>381</sup> MORENO MOLINA (2009). Página 20.

### **4.3.3.2.- Procedimiento de aprobación**

Desde el punto de vista formal, el procedimiento de aprobación se llevará a cabo, de forma sucesiva, a través de las siguientes fases:

En primer lugar, la elaboración por la sociedad. A tal fin debe realizarse previamente un estudio de las características específicas de la sociedad, sus órganos de gobierno y de los contratos más habituales que realiza en función de su objeto social. Es conveniente que se realicen conjuntamente por los servicios jurídicos y los distintos departamentos que intervienen en la contratación, al objeto de determinar las específicas necesidades y especialidades que deban de recogerse en las mismas.

Seguidamente, deben ser aprobadas por el órgano competente dentro de la sociedad, lo habitual es que sean aprobadas por el Consejo de Administración, que en nuestras sociedades, como se ha visto, es el órgano de contratación a la vez que el órgano ejecutivo. Se discute si es necesario el informe preceptivo de los servicios jurídicos competentes como para las administraciones, a nuestro entender es algo conveniente, si bien la JCCA de Aragón lo considera como necesario. En sociedades al ser elaborado por los servicios jurídicos de la misma puede considerarse redundante, no obstante ello, es conveniente si se contratan a consultores u operadores externos a la sociedad.

Por último, es necesario en virtud del principio de publicidad que rige la contratación que se incluyan en el perfil de contratante y a ellas se haga referencia en los pliegos y anuncios, pues son las reglas esenciales de la contratación de la sociedad. Además, en las instrucciones publicadas debe hacerse referencia al órgano que las ha aprobado así como la fecha de aprobación y de publicación en el perfil del contratante.

### **4.3.3.3.- Contenido de las instrucciones**

El TRLCSP ni ninguna otra norma regulan el contenido de la Instrucciones pese a su importancia y transcendencia en la contratación de obras y servicios, que no puede olvidarse, pueden tener una cuantía de hasta 5.186.000 y 207.000 euros respectivamente.

Informe N.º 1.066 del Tribunal de Cuentas sobre “Fiscalización relativa a la Contratación del Sector Público Estatal celebrada durante el ejercicio 2012”, publicado el 16 de febrero de 2015, en su apartado VI.2 “En relación con las normas internas de contratación” se limita a indicar que: *“Las Entidades, que por su especial régimen de contratación, hayan de disponer de Instrucciones internas reguladoras de su actividad contractual, deberían introducir mecanismos que aseguren, en la práctica, el cumplimiento efectivo de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. En esta normativa interna se haría necesaria, asimismo, la incorporación de elementos de mayor concreción en su contenido, con el fin de lograr su correcta adaptación a la legislación pública vigente en esta materia”.*

Para suplir esta carencia es fundamental la Recomendación 1/2008, de 10 junio, de la excepcional Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a “preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada”, que clarifica distintas cuestiones importantes en relación a las sociedades públicas. Parte la JCCA aragonesa de que en su función de “*velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia*”, la finalidad de la recomendación es “*suplir la indeterminación legal del contenido mínimo de los citados manuales de instrucciones que permita garantizar los principios exigidos y aclarar determinadas cuestiones relativas a la preparación de contratos no sujetos a regulación armonizada*”.

De importancia es igualmente la Guía de fiscalización de las instrucciones de contratación de la sindicatura de Cuentas (Comunidad Valenciana), aprobada por el Consejo de la Sindicatura de Cuentas el 8/4/2010<sup>382</sup>.

Siguiendo por lo tanto las citadas recomendaciones de la JCCA aragonesa, algunos trabajos doctrinales y el estudio comparativo de distintas Instrucciones que se aplican en la actualidad, se intentará seguidamente establecer, en la medida de lo posible, unos criterios y directrices generales en relación a este instrumento esencial para la contratación de la gran parte de los contratos de las sociedades urbanísticas municipales<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> La introducción de la Guía, indica tras referir el artículo 175 de la LCSP que: “De conformidad con dicho artículo, no basta con que las instrucciones de contratación enumeren la aplicación de dichos principios, sino que **la Ley exige** que se garantice su aplicación efectiva mediante su integración en los procedimientos de contratación regulados por aquéllas.

Debe considerarse también que el artículo 1 de la LCSP, además de los principios generales, establece que uno de los objetivos de la ley es asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de: una definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Además, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en su articulado determinadas normas que son de aplicación a **toda** la contratación del sector público, cuyo desarrollo parece lógico que debería incorporarse también a las instrucciones, con el objeto de unificar en un solo texto toda la normativa interna aplicable a la contratación.

Dado que estas disposiciones pueden suscitar interpretaciones diferentes, se ha realizado un análisis detallado de los principales aspectos que deben contener las instrucciones de contratación. Para ello, se ha tenido en consideración lo previsto por la LCSP, por la Comunicación Interpretativa de la Comisión publicada en el DOUE de 1-8-2006 y el contenido de la Instrucción 1-2008 de la Abogacía General del Estado.

La **finalidad** de esta Guía es fijar una serie de criterios orientativos, fundamentados en las disposiciones citadas, que permitan realizar las fiscalizaciones a los distintos equipos de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana y emitir los correspondientes informes, de forma que se mantenga la mayor homogeneidad de criterios posible, considerando las circunstancias de cada situación”.

<sup>383</sup> Tras el análisis de distintos contratos de sociedades urbanísticas municipales pertenecientes a AVS, la mayor parte de ellos, tanto de obras como de servicios, son contratos No SARA, solamente la promoción de grupos de viviendas o desarrollos urbanísticos superan los umbrales.

Con carácter previo hay que indicar en cuanto al contenido de las Instrucciones que se ven dos tendencias claras en relación a las mismas. La primera de ellas que pudiéramos denominar la de las “instrucciones estrictas”, son aquellas en las que se precisas en esencia los criterios y aspectos fundamentales de la contratación pero de forma reducida, dejando un mayor campo de actuación a los pliegos que serán los que posteriormente pormenoricen los procesos y condiciones de la contratación. Por contraposición, en segundo lugar, se encuentran las “instrucciones extensas”, que regulan la contratación de forma concisa y detallada entrando a regular de forma pormenorizada los procedimientos y las condiciones de la contratación, dejando un menor campo de actuación a los pliegos.

El contenido que se considera mínimo Instrucciones es una cuestión sobre la que guarda silencio el TRLCSP, si bien, en primero lugar, deberá identificar la entidad contratante, norma de creación y naturaleza jurídica, así como el ámbito de aplicación de las mismas, que será exclusivamente para contratos no armonizados. No obstante ello, se aprecian en algunas Instrucciones criterios de adjudicación, no solo de contratos menores sino incluso de contratos patrimoniales.

Seguidamente se analizará el contenido de las IIC en base a los aspectos que deben regularse en las mismas, en concreto los siguientes:

### **A) Ámbito de aplicación y régimen jurídico**

Hay que indicar que las Instrucciones se aplicarán a la selección del contratista y la adjudicación de los contratos onerosos que, conforme al TRLCSP, puedan concertar las entidades que no tengan la consideración de Administración Pública y que no estén sujetos a regulación armonizada.

Igualmente, para que se tenga claro el régimen jurídico conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 TRLCSP, los contratos sometidos a las instrucciones tendrán siempre la consideración de contratos privados.

### **B) Designación del órgano de contratación**

En las Instrucciones debe establecerse el órgano u órganos de contratación, de acuerdo con lo establecido en los estatutos de la sociedad. Ejemplo de ello es la siguiente determinación de unas Instrucciones:

1. El órgano de contratación es el Consejo de Administración de \_\_\_\_\_. El mencionado órgano tiene facultad para adjudicar el contrato y las prerrogativas que le confiere la normativa aplicable.
2. Si se tratase de un procedimiento negociado será el Gerente de la Sociedad el que negociará con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de condiciones y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa, debiéndose realizar la expresa delegación por Consejo de Administración.



3. Será el gerente el que realizará para el órgano de contratación un informe de evaluación de las ofertas una vez haya concluido la negociación con las empresas licitadoras en relación con los distintos factores que hubieran servido de base para negociar, en el que se constará:
  - a) La descripción de los elementos esenciales que definen cada una de las ofertas,
  - b) los elementos de la oferta que se estime económicamente más ventajosa que fundamenten y justifiquen dicha opinión, en relación a las ofertas restantes,
  - c) el adjudicatario propuesto.

Si se opta por el establecimiento de Mesa de contratación, la JCCA indica que su composición genérica ha de concretarse en las propias instrucciones, como garantía del principio de transparencia. No obstante ello, es habitual que se determinen en los pliegos de contratación con la determinación específica de los intervinientes en función de los contratos. Es conveniente que se determine, no solo los titulares, sino también los suplentes para evitar dilaciones innecesarias.

### **C) Justificación de la necesidad e idoneidad de la contratación**

Es importante que las Instrucciones establezcan la obligación de que, con carácter previo a la licitación de todo contrato sujeto a las mismas, se elabore una memoria en la que se justifique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato, la idoneidad de éste para satisfacerlas, la correcta estimación y adecuación del precio para la ejecución de la prestación y el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato.

### **D) Condiciones de aptitud del licitador**

Son aplicables a estas entidades las normas generales sobre capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar del TRLCSP que se refieren al “sector público”. En este sentido se puede indicar los siguientes criterios:

- a) La exigencia de clasificación es potestativa aun cuando suele exigirse para contratos de cierta entidad o cuantía. El artículo 65.5 es claro en este sentido, al indicar que las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública “*podrán*” exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato.
- b) Se admiten medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en la en el TRLCSP, en virtud de la prevención del artículo 74.2 que permite a esta entidades admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 75 a 79 para este tipo de contratos No SARA.

- c) No son de aplicación igualmente la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental previstos para contratos SARA por los artículos 80 y 81 del TRLCSP.

## **E) Procedimientos de adjudicación**

De acuerdo con el criterio de esta Junta Consultiva contenido en la Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo, la aplicación de los “principios” a que están sometidas estas entidades no equivale a la aplicación de los “preceptos” de la LCSP. En consecuencia, las instrucciones que éstas aprueben podrán recoger, en materia de procedimientos de adjudicación, el régimen que estimen conveniente, siempre que se garanticen los principios que enumeran los artículos 175.a) y que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa, siendo de aplicación el 134 LCSP.

El diseño de nuevos procedimientos debería evitar la utilización de la terminología con la que la LCSP se refiere a los distintos procedimientos de adjudicación (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo ya acuerdo marco) con el fin de evitar confusiones innecesarias e inseguridad jurídica. Es recomendable optar por denominaciones distintas que no susciten dudas de reglas de aplicación (por ejemplo, procedimiento simplificado, concurso simplificado, adjudicación a mejor precio...).

En relación a ello surge inmediatamente una cuestión, hay que respetar las cuantías o umbrales fijados en el TRLCSP para los distintos procedimientos, es decir, se podría hacer un negociado sin publicidad superando las cuantías establecidas para los contratos de la administración.

Aquí la cuestión no es pacífica, por unos se considera que no es necesario el mantenimiento de dichos umbrales, ya que, como se ha dicho la vinculación es a los principios y no a los preceptos. Por el contrario otros consideran que deben respetarse, siendo ello un criterio esencial que se encuentra íntimamente vinculado con los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

Ante las dudas, como se ha indicado anteriormente, en muchas instrucciones de limitan a realizar una adecuación de los procedimientos del TRLCSP, pero en otras son verdaderamente innovadoras y, siguiendo los criterios que se acaban de indicar, establecen unos procedimientos distintos, estableciendo incluso, umbrales no ajustados a los del TRLCSP.

La Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana en la citada “Guía de fiscalización de las instrucciones de contratación” se manifiesta contraria a la modificación de las cuantías o umbrales. En concreto en su apartado 4.5, analiza la posibilidad de que las instrucciones establezcan procedimientos sin publicidad previa por razón de la cuantía (similares al procedimiento negociado sin publicidad-PNSP), realiza las siguientes consideraciones que se reproducen por su interés:

*“Aunque la LCSP establece en su artículo 175.a) que el principio de publicidad será aplicable “en todo caso”, sin excluir ningún contrato por su cuantía, parece razonable considerar la “relajación” de esa exigencia hasta los límites establecidos por la LCSP para los PNSP adjudicados por las administraciones públicas. Bajo esta interpretación, sólo se aceptará la no aplicación del principio de publicidad por razón de la cuantía, dentro de los límites aplicables a las administraciones públicas establecidos en el artículo 161.2 de la LCSP: 200.000 euros para los contratos de obra y 60.000 euros para el resto de contratos. Las instrucciones podrán denominar este tipo de contrato como “procedimiento negociado sin publicidad” o “procedimiento abreviado” o “simplificado” o con cualquier otra denominación que recoja expresamente los límites señalados (o unos inferiores).*

*En estos casos las instrucciones deben contemplar expresamente que es necesario solicitar al menos tres ofertas y dar publicidad a la adjudicación.*

*La no observancia en las instrucciones de los límites señalados dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad, con una redacción similar al siguiente ejemplo:*

- a) Las instrucciones de contratación contemplan determinados supuestos (contratos de suministro de importe superior a 60.000 euros e inferior a 1.000.000 euros) en los que no se aplican los principios de publicidad y concurrencia, que son de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 175.a) de la LCSP. (En el interior del informe debe darse más detalle sobre dicho incumplimiento).*
- b) Las instrucciones de contratación regulan el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, pero no se establece la obligatoriedad de solicitar al menos tres ofertas, de manera que no se garantiza la aplicación del principio de concurrencia, que es de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 175.a) de la LCSP.*

*Si las instrucciones no regulan expresamente estas excepciones, bien detalladamente o bien haciendo una referencia a que resulta de aplicación el artículo 161.2 de la LCSP, las instrucciones serán conformes a la Ley, pero la entidad deberá tramitar los contratos por el procedimiento ordinario.*

*Si al fiscalizar los expedientes de contratación se observa algún contrato en el que no se ha aplicado publicidad y concurrencia, sin estar prevista tal situación en las instrucciones (aunque estuviera dentro de los límites previstos en el artículo 161.2), se considerará un incumplimiento de esos principios, que dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:*

- a) La Entidad/Sociedad/Fundación ha adjudicado contratos sin publicidad previa ni concurrencia, principios que son de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 175 de la LCSP. El procedimiento seguido no estaba previsto en las instrucciones de contratación tal como exige el mismo artículo”.*

En este sentido, aun cuando no es aplicable al Sector Público Local sino al de la Comunidad Autónoma, en esta línea es significativo el Decreto Ley 1/2011<sup>384</sup>, de la Comunidad valenciana que en su artículo 13, impone los mismos criterios de cuantías del TRLCSP a los contratos menores y a los procedimientos negociados que se regulen en las Instrucciones. Por su interés se reproducen los párrafos 2.º y 3.º:

*“2. Fuera del ámbito de aplicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, las instrucciones de contratación que deben aprobar las entidades del sector público a los que se refiere la presente norma que sean poderes adjudicadores, pero que no tengan el carácter de administraciones públicas, deberán adaptarse a las siguientes precisiones:*

- a) Con carácter previo a la licitación de todo contrato sujeto a las instrucciones elaboradas, se exigirá que se elabore una memoria en la que se justifique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato, la idoneidad de éste para satisfacerlas, la correcta estimación y adecuación del precio para la ejecución de la prestación y el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato.*
- b) Las cuantías fijadas para considerar los contratos de obras, suministros, servicios y otros, como menores, no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público.*
- c) Así mismo, las cuantías fijadas como máximos para poder utilizar el procedimiento negociado no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público.*

*3. En cualquier caso, los entes contratantes del sector público de la Generalitat a los que se refiere este decreto ley deben observar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, no discriminación e igualdad de trato”.*

## **F) Publicidad de las licitaciones**

La Junta JCCA indica que el artículo 175.c) sólo alude, en los contratos no armonizados de cuantía superior a 50.000 euros que celebren esas entidades, a la necesidad de publicar “información relativa a la licitación”. Pero no aclarara qué tipo de publicidad resulta necesaria, pero es aconsejable que se utilice el perfil de contratante como sistema de publicidad.

Este tema igualmente es controvertido. La Fundación FIASEP<sup>385</sup>, en su interesante estudio sobre los principios de aplicación a la contratación pública

---

<sup>384</sup> Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional. Artículo 13. Contratos sujetos a regulación armonizada. Instrucciones y principios de contratación.

<sup>385</sup> Fundación para la “Formación e Investigación en Auditoría del Sector Público” (FIASEP). Estudio “Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo”. Documento n.º 5 (Comisión técnica de auditoría pública). Serie Documentos. 2013, páginas 17 y 18.

al analizar los criterios de publicidad que deben figurar en las Instrucciones indica respecto de la publicidad de la adjudicación, hay que tener en cuenta que se impone legalmente la obligación de insertarla en el perfil, en todo caso. No obstante, cabe entender que la formalización también deberá anunciarse en el perfil, dado que es un requisito de perfeccionamiento del contrato, de manera análoga a lo ordenado para las administraciones públicas. Por tanto, las instrucciones deben incluir:

- Cómo regular la publicidad de las licitaciones (si se utilizará el perfil de contratante u otros medios alternativos).
- Cómo regular la publicidad de las adjudicaciones y formalizaciones.

En este sentido, lo habitual es establecer que la adjudicación de los contratos, además de notificarse a los licitadores, se publicará en el perfil de contratante cuando su importe sea superior a 50.000 Euros y que igualmente se publicará en el perfil la formalización de esos mismos contratos.

FIASEP igualmente analiza otros aspectos que podemos destacar:

- a) Si es posible que se establezcan en las instrucciones procedimientos sin publicidad previa por razón de la cuantía (similares al procedimiento negociado sin publicidad. Admitiéndolo pero estableciendo la evidente comparación con los procedimientos de los contratos administrativos, *“pues parece razonable considerar la relajación de esa exigencia hasta los límites establecidos por el TRLCSP para los negociados sin publicidad adjudicados por las administraciones públicas. Bajo esta interpretación, solo se aceptará la no aplicación del principio de publicidad por razón de la cuantía, dentro de los límites aplicables a las administraciones públicas. En estos casos, las instrucciones deben contemplar expresamente que es necesario solicitar al menos tres ofertas y dar publicidad a la adjudicación y formalización”*.
- b) La posibilidad de que las instrucciones establezcan procedimientos sin publicidad previa por razones distintas a la cuantía (por situaciones de extrema urgencia u otras circunstancias). En estos casos se admite la aplicación de los supuestos de excepción admitidos para las administraciones públicas, pero solo si se contemplan expresamente en las instrucciones.
- c) La limitación del número de candidatos invitados a presentar una oferta, es posible, indica, a condición de que se haga hacerlo de manera transparente y no discriminatoria. *“Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán optar por un sorteo, bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios”*. Concluyendo que necesariamente habrá que buscar el número necesario de candidatos para que se consiga un nivel de competencia suficiente.
- d) La posibilidad de no concurrencia en contratos menores: En este caso está claro que se pueden establecer y regular el contrato menor pues es de

aplicación a todo el sector público de acuerdo con el artículo 32.3 en relación con el 138.3 del TRLCSP.

Por último, en las Instrucciones deberá establecerse el contenido mínimo del anuncio de licitación, en el que se describirán las características esenciales del contrato, tales como la identificación de la entidad contratante, objeto del contrato, cuantía, plazo de presentación de solicitudes, dirección donde los interesados pueden recabar información adicional. El anuncio deberá contener la información suficiente para que el potencial licitador pueda decidir su participación.

## **G) Fijación del procedimiento de actuación interno**

Es fundamental que las Instrucciones establezcan las distintas actuaciones de cada uno de los órganos de la sociedad pública que intervienen en la contratación así como los plazos de cada una de las fases del procedimiento (mínimos respecto al plazo de presentación de ofertas y de subsanación de la documentación y máximos respecto a valoración y elevación de la propuesta de adjudicación, así como para la adjudicación, entre otros), todo ello en función en función del tipo de contrato, cuantía, procedimiento y forma de tramitación. Se indicará además si el cómputo de los plazos por días lo es en hábiles o naturales.

También es conveniente que se regule los aspectos procedimentales de la formalización de los contratos, indicando que la perfección del contrato se producirá con la misma. En relación a la misma, se pueden establecer los siguientes aspectos:

- a) El plazo para la formalización del contrato, pudiendo indicarse que se deberá efectuar no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores. Pero que no obstante ello, si el contrato fuera susceptible de recurso especial en materia de contratación, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores.
- b) Que con carácter general, los contratos se formalizarán en documento privado, pero que no obstante ello, salvo en los contratos menores, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo a su cargo los correspondientes gastos.
- c) Que además del propio contrato, los Pliegos de condiciones particulares de cada tipo de contrato y toda la documentación necesaria para su desarrollo revisten igualmente carácter contractual.

Por último es conveniente que se regule el tema de las adjudicaciones sucesivas, indicando que cuando no proceda la adjudicación del contrato al licitador que hubiese resultado propuesto como adjudicatario por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, antes de proceder a una nueva convocatoria podrá efectuarse una nueva propuesta de adjudicación al licitador

o licitadores siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad, en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días para presentar la documentación necesaria. Y que este mismo procedimiento podrá seguirse cuando se trate de continuar la ejecución de un contrato ya iniciado y que haya sido declarado resuelto.

## H) Criterios de Valoración

También deben establecerse los criterios de valoración que posteriormente se plasmarán en los distintos pliegos de contratación, estableciendo que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta que la oferta económicamente más ventajosa no significa necesariamente la más barata, sino que deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Hay que tener en cuenta que la exigencia de que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, para que sea efectiva, debe ir acompañada de la adopción de medidas que aseguren el correcto ejercicio de la discrecionalidad en aquellos casos en que se adopten criterios que dependan de la apreciación del órgano de contratación. Asimismo, siempre que sea posible debe darse preponderancia a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En todo caso, se deberá precisar la ponderación relativa que se atribuye a los distintos criterios. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

A modo de ejemplo, pueden indicarse las siguientes previsiones de unas Instrucciones<sup>386</sup>:

*“1.- Concluido el plazo de presentación de proposiciones, el órgano de contratación, o los órganos de asistencia al mismo que puedan constituirse bajo la forma de Mesa de contratación, o Jurado en los concursos de proyectos, procederá a la valoración de las ofertas. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En los*

---

<sup>386</sup> Artículo 20 de las “Instrucciones de procedimiento para la adjudicación de los contratos de NEMASA no sujetos a regulación armonizada”. Neteja, Manteniment i Servicis de Mislata S. A. Septiembre de 2014.

*procedimientos abiertos y restringidos, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.*

*2.- Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.*

*3.- La valoración de las ofertas deberá plasmarse en un Acta o informe que se remitirá al órgano de contratación. El Acta indicará, al menos, los siguientes extremos:*

- a) objeto e importe del contrato;*
- b) licitadores seleccionados y motivos que justifican su selección;*
- c) licitadores excluidos y causas de su exclusión;*
- d) motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas;*
- e) adjudicatario propuesto y justificación de la selección de su oferta, y*
- f) causas por las que, en su caso, se declare desierto un procedimiento.*

*4.- Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma”.*

## **I) Garantías exigidas**

Se determinará la exigencia de garantías o que el órgano de contratación pueda exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

En caso de que sean exigidas dichas garantías, deberá indicarse la forma y lugar de consignación, los porcentajes máximos, así como la posibilidad de constituir una garantía global o que la garantía pueda constituirse mediante retención en el precio.

## **J) Condiciones de ejecución**

Se podrán incluir aspectos relativos a formalización, revisión de precios, penalidades contractuales, causas de modificación, resolución de conflictos mediante arbitraje. La JCCA recuerda la prohibición de imponer condiciones



especiales de ejecución que supongan directa o indirectamente discriminación hacia determinados licitadores.

## **K) Resolución de controversias, recursos y Jurisdicción competente**

Las Instrucciones deben indicar directamente o remitiéndose a los pliegos de condiciones del contrato las formas o modos de resolución de las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, conforme a alguna de las posibilidades siguientes:

- a) Sometimiento al fuero jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales del lugar de celebración del contrato.
- b) Sometimiento a Arbitraje de Derecho, ante una Corte de arbitraje que, salvo previsión en contrario, será la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de la provincia correspondiente al lugar de celebración del contrato. En contratos internacionales podrá someter los efectos y la extinción a cortes de arbitraje internacional. La cláusula del Pliego en la que se incluya el convenio arbitral determinará el ámbito objetivo del arbitraje. Para el ejercicio de dicho arbitraje será de aplicación, en todo aquello no específicamente regulado en el Pliego, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Con carácter general, los contratos No SARA no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación pública, con la excepción de los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

En relación al resto de contratos hay instrucciones que prevén una denominada "Reclamación especial", como la prevista en el artículo 28 de la Instrucciones estandarizadas de AVS que en su artículo 28 establece que:

- 1) Contra las resoluciones de adjudicación de los contratos, y contra los actos de trámite adoptados durante el procedimiento, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, podrán los licitadores interponer una reclamación especial, sin perjuicio de poder acudir directamente a la jurisdicción competente.
- 2) Será competente para resolver la reclamación el órgano de contratación, a propuesta de una Comisión formada por el gerente, el titular de la Asesoría Jurídica de la Sociedad, o personas que los sustituyan, y un representante del departamento que promueva el contrato.
- 3) El plazo para interponer la reclamación especial será de siete días, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. La presentación del escrito de interposición de la reclamación deberá hacerse en la sede de la Sociedad. La subsanación de los defectos

de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de dos días hábiles.

- 4) Interpuesta la reclamación, la Comisión decidirá sobre la procedencia o no de su admisión a trámite. La admisión a trámite podrá ir acompañada de la adopción por la Comisión de las medidas provisionales que se consideren oportunas, incluida la suspensión de la tramitación del procedimiento.
- 5) Admitida a trámite la reclamación, se dará traslado de la misma a los restantes licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Una vez recibidas las alegaciones de los licitadores, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, la Comisión deberá llevar propuesta de resolución dentro de los cinco días siguientes. El órgano de contratación resolverá en los diez días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos treinta días hábiles contados desde el siguiente a la interposición de la reclamación sin que se haya notificado su resolución, el licitador podrá considerarla desestimada.
- 6) La resolución de la reclamación estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la retroacción de actuaciones así como los efectos de las medidas provisionales que se hayan podido acordar.

Como se ha indicado, los contratos tienen carácter privado por lo que hay que señalar en las instrucciones la competencia de la jurisdicción civil para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación, adjudicación, efectos y extinción, según se desprende de los artículos 20 y 21.2 del TRLCSP.

En este sentido, las instrucciones suelen recoger previsiones del siguiente tenor: *“El Orden Jurisdiccional civil será el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación a con los contratos cuya adjudicación quede sometida a las presentes Instrucciones. Las partes renuncian expresamente al fuero que pudiera corresponderles sometiéndose a la decisión de la jurisdicción ordinaria y a la competencia de los juzgados del domicilio del órgano de contratación”*.

No obstante ello, Silvia Diez Sastre considera que el tema no es tan claro como lo afirma la JCCA de Aragón, y el artículo 21 plantea problemas de interpretación y aplicación a las Instrucciones. Así indica que *“Los conflictos en torno a la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de las instrucciones internas no se han hecho esperar. Salvo error por mi parte, el primer supuesto de impugnación de instrucciones internas se ha planteado ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. En su Auto 302/2009, de 23 de octubre, la Audiencia se enfrenta a un supuesto de impugnación de las instrucciones de contratación de una sociedad anónima de capital autonómico. Su conclusión fue que la jurisdicción civil carecía de competencia*

*para conocer del asunto. A lo largo de una breve pero interesante argumentación analiza la naturaleza jurídica de las instrucciones internas de contratación con el fin de determinar cuál es la jurisdicción competente. En primer lugar, niega la naturaleza de condiciones generales de la contratación de las instrucciones. En segundo lugar, apunta la imposibilidad de remitir el juicio al Juzgado de lo Mercantil porque, aunque las instrucciones son un acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad, no se plantea ninguna controversia en relación con la normativa sobre sociedades anónimas. A continuación, afirma que las instrucciones internas son la “norma” que regula los posteriores actos de preparación y adjudicación de los contratos, de modo que considera que la jurisdicción contencioso-administrativa debe ser competente en estos casos.*

*Sin embargo, los Juzgados de instancia canarios afectados por este litigio no aceptaron la solución, planteando un conflicto de competencia ante el Tribunal Supremo.*

*El Auto 5/2011, de 11 de abril, resuelve la cuestión. En la tramitación del proceso, el Ministerio Fiscal defendió la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 2 b) LJCA, apoyándose en la naturaleza de las instrucciones internas como “actos realizados en el ejercicio de potestades administrativas y en uso de los poderes adjudicadores conferidos” por la Ley que no se refieren a ningún contrato particular. Pero el Tribunal Supremo no asume esta argumentación y declara la competencia de la jurisdicción civil basándose en el motivo de impugnación de las instrucciones internas: la posible vulneración del principio de concurrencia. Para el Tribunal “esa cuestión afecta a la adjudicación de esos contratos, que son contratos privados que no están sujetos a regulación armonizada, y que se celebran por un poder adjudicador que no es Administración Pública, de modo que la Jurisdicción competente para resolver esta cuestión litigiosa es el orden jurisdiccional civil de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21.1 inciso final de la Ley que así lo declara”. El Tribunal considera, además, que la atribución de la competencia al orden jurisdiccional civil es perfectamente compatible con la aplicación del artículo 2 b) LJCA, ya que este precepto se refiere a contratos celebrados por una Administración Pública, en el sentido de la Ley de Contratos del Sector Público”.*

*No obstante ello, Silvia Díaz con la que coincidimos, considera que la solución es insuficiente y criticable pues “el Tribunal ha renunciado a limine a formular un planteamiento teórico conjunto sobre el papel de las instrucciones internas en el sistema de fuentes de la contratación pública. Las instrucciones contienen las reglas de adjudicación de numerosos contratos celebrados por entes del sector público que no son Administración pública cuando no tienen carácter armonizado. Es evidente, por tanto, que su función es la creación de reglas nuevas en torno a los procedimientos de adjudicación de estos contratos. La argumentación del Tribunal no entra a analizar esta cuestión. Realiza, por el contrario, una deducción simple: las instrucciones deben asegurar el principio de concurrencia y eso afecta a la preparación y adjudicación de contratos que al ser privados implican una remisión de la competencia al juez civil. De ser esto así, todas las instrucciones están llamadas a asegurar principios relativos*

*a la adjudicación y preparación de los contratos a los que se refieren. Puesto que esos contratos siempre serán privados –dada la naturaleza de los entes que aprueban las instrucciones- y no armonizados la competencia sobre esos conflictos correspondería a la jurisdicción civil. Ahora bien, el Tribunal no tiene en cuenta dos factores: que las instrucciones pueden contener reglas referidas a contratos armonizados en algunos supuestos, y que no solo se aprueban por entes con naturaleza jurídico-privada. De acuerdo con la argumentación del Tribunal incluso las instrucciones aprobadas por una entidad pública empresarial deberían controlarse por la jurisdicción civil, puesto que sus contratos son privados y las instrucciones afectan a su preparación y adjudicación. Esta interpretación del artículo 2 b) LJCA como una atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa solo en los casos de contratación por Administraciones públicas en sentido estricto no parece responder en absoluto al criterio funcional que inspira el ámbito subjetivo de la legislación en materia de contratación pública; y tampoco ofrece una respuesta acorde con la compleja naturaleza de los entes adjudicadores y los contratos regulados por las instrucciones internas”.*

#### **4.4.- NO PODER ADJUDICADOR**

##### **4.4.1.- Planteamiento general**

En los supuestos en los que la sociedad pública no reúne las condiciones para ser considerado poder no adjudicador, no es de aplicación la distinción entre contratos SARA y No SARA por cuanto los primeros solo pueden ser llevados a cabo por poderes adjudicadores. Consecuentemente los contratos de estas sociedades serán siempre no sometidos a legislación armonizada.

La realidad es que en concreto las sociedades urbanísticas locales por su objeto, el urbanismo y la vivienda, naturaleza al ser sociedades que desarrollan competencias municipales y configuración, son consideradas siempre poderes adjudicadores. En AVS solamente se ha dado un solo caso en que se haya considerado una sociedad, la sociedad SOGEPIMA.

Como indica Francisca Villalba<sup>387</sup>, *“a la contratación de estas entidades no se les aplica la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los no sujetos, al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE116 y de la mayoría de las previsiones de la LCSP. No obstante, quedará sujeta a las normas generales que la LCSP establece para todos los contratos del sector público”.*

Es conveniente recordar también que en estos casos se trata de contratos privados y que de acuerdo con el reiterado artículo 20.2, los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Por el contrario, sus efectos y extinción, estos contratos se

---

<sup>387</sup> VILLALBA PÉREZ (2009).

regirán por el derecho privado, a excepción de lo relativo a la modificación de los contratos del Título V del Libro I.

#### **4.4.2.- Régimen jurídico de la contratación**

Si bien, como indica la Instrucción de la Abogacía del Estado 1/2008, el régimen de estos contratos no difieren esencialmente de los previsto anteriormente para los contratos No SARA celebrados por entidades consideradas como poderes adjudicadores, por lo que se pueden reiterar las indicaciones y consideraciones para ellos formulados. Ello es así pues cuando las previsiones del TRLCSP no se refieren a la Administración Pública lo hace en relación al sector público en general, del que estas sociedades sean o no poderes adjudicadores forman parte.

No obstante ello y en desarrollo de lo indicado en el apartado anterior, se pueden establecer las siguientes especialidades de la contratación de las sociedades públicas que no son consideradas poderes adjudicadores, distinguiendo, como en supuestos anteriores, entre la preparación y la adjudicación.

##### **4.4.2.1.- Preparación de los contratos**

En cuanto a la preparación de los contratos, pueden destacarse los siguientes aspectos, puestos de relieve por Francisca Villalva, en concreto:

- a) Las relativas a la justificación de necesidad e idoneidad del contrato (artículo 22 TRLCSP).
- b) Los criterios generales para determinar su duración (artículo 23).
- c) Las reglas sobre el contenido mínimo del contrato (artículo 25).
- d) Sobre el carácter formal de la contratación (artículo 28).
- e) La obligación de información al Tribunal de Cuentas (artículo 29).
- f) El perfil de contratante (artículo 53).
- g) Algunas reglas relativas a la capacidad y prohibiciones de contratar (artículos 54 a 60.1 y 61).
- h) Las referidas al objeto, precio y cuantía del contrato (artículos 86 a 88).

##### **4.4.2.2.- Adjudicación de los contratos**

El TRLCSP realiza unas específicas previsiones que, en relación a adjudicación de dichos contratos, en su artículo 192 establece que:

1. *“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*
2. *La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.*

3. *En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.*

*En el ámbito del sector público estatal, estas instrucciones deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad”.*

Existe una especialidad que es que en relación a la adjudicación de contratos subvencionados se regirá por las normas establecidas en el artículo 190, relativo a los contratos sometidos a legislación armonizada.

En función de ello se pueden distinguir, teniendo en cuenta la remisión indicada a los supuestos analizados en relación a los contratos No SARA, los siguientes aspectos de interés:

### **A) Publicidad de la contratación**

Se les exige la aplicación general de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, pero a diferencia de otros supuestos no se establece en el TRLCSP ninguna previsión específica en relación a los medios de publicidad, por lo que estos deberán ser fijados por la sociedad contratante en su propias Instrucciones de Contratación en base a criterios de proporcionalidad en relación a la cuantía del contrato, objeto, ámbito geográfico del mismo, características y circunstancias del sector, como indica la Abogacía del Estado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se pronunció, como ya se ha visto, en este sentido a propósito de la disposición adicional sexta del TRLCAP en su informe 24/1995, de 24 de octubre, que indicó lo siguiente:

*“... cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.*

*Sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc.) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...”.*

## **B) Criterios de adjudicación**

El artículo 192, se refiere a la necesidad de que el contrato sea adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa, en relación a ella, nos remitimos a lo ya indicado en relación a su concepto y criterios en los contratos anteriores.

## **C) Instrucciones Internas de Contratación**

Las Instrucciones Internas de Contratación que serán aprobadas por el órgano competente y que deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. Al igual que en los supuestos de contratos No SARA, se determinan y regulan los procedimientos de contratación y distintas circunstancias de los mismos necesarias para asegurar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Igualmente será de aplicación lo prevenido en el artículo 137, debiendo para contratos de cuantía superior a 50.000 euros, elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, y la información sobre condiciones de subrogación en los contratos previstos en el artículo 120.

En el caso de no haberse aprobado las instrucciones, y mientras ello no se produzca, de acuerdo con la Disposición Transitoria Quinta, apartado 2.º, la contratación se regirá por las normas establecidas para los contratos SARA previstas en el artículo 190 del TRLCSP.





# **CAPÍTULO XI.- RÉGIMEN ECONÓMICO / PATRIMONIAL.** **ANÁLISIS DE DISFUNCIONES**

## **1.- CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL**

### **1.1.- EL PATRIMONIO DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS**

#### **1.1.1.- Los bienes de la administración**

##### **1.1.1.1.- Concepto y Clases**

Una de las clasificaciones esenciales de los derechos de la persona es aquella que distingue entre personales y patrimoniales. Los derechos personales o derechos de la personalidad se caracterizan por ser inherentes a la persona y no tener un contenido económico, ya que normalmente tienen carácter honorífico o son de naturaleza familiar. Los derechos patrimoniales son aquellos que recaen sobre una realidad susceptible de valoración económica. En nuestro Derecho forman parte de estos derechos los reales, los de obligación y los denominados derechos de familia patrimoniales. El conjunto de estos derechos de naturaleza económica, corporales o incorporales, reales o de crédito, muebles o inmuebles, conforman el patrimonio de la persona, física o jurídica.

Las administraciones públicas, como todo sujeto de derecho, tienen igualmente un conjunto de bienes que le son propios y que constituyen su patrimonio. Éste es definido por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) como el “conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”<sup>388</sup>.

Se puede establecer distintas clasificaciones de los bienes que forman parte del patrimonio de las administraciones públicas, pero la más general y aceptada es la que los distingue por razón del régimen jurídico al que están sujetos, distinguiéndose entre bienes demaniales y patrimoniales. Esta distinción es la que se recoge con carácter general en el artículo 4 de la LPAP, al determinar que: *“los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales”*.

En el ámbito local, tanto la LBRL como el Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales (RBCL) mantienen esta distinción pero introducen ciertas matizaciones. Así, a los bienes patrimoniales de los ayuntamientos les da la clásica denominación de “bienes de propios” y dentro de los bienes de

---

<sup>388</sup> Artículo 3.1 (“Concepto”) de la Ley 3/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

dominio público de éstos incluye a los denominados “comunales”, bienes de dominio público destinados al uso general de los vecinos.

Además de estos dos supuestos tradicionales, en fechas recientes se ha incorporado una nueva tipología de bienes que forman parte del patrimonio de las administraciones, los bienes del “Patrimonio Público de Suelo” (PPS) o si se trata de ayuntamientos, del “Patrimonio Municipal de Suelo” (PMS), bienes que tienen un régimen jurídico distinto de los ordinarios, siendo considerada por algunos como una tercera categoría independiente, tanto de los patrimoniales como de los demaniales. No obstante ello, la realidad es que las distintas legislaciones urbanísticas de las CC.AA. los adscriben a uno u otro supuesto, si bien siempre respetando sus especificidades y su carácter finalista, pues se encuentran destinados a la promoción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social.

Analizaremos brevemente el concepto de cada una de estas categorías de bienes.

## A) Bienes Demaniales

Los bienes demaniales o de dominio público ya desde el Código Civil<sup>389</sup>, son aquellos destinados al uso público o afectos al servicio público. En esta línea el artículo 79 de la LBRL indica que: *“son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público”*.

En el ámbito municipal, como se ha visto, se reconocen distintas categorías de bienes demaniales o de dominio público: los de uso público, los afectos al servicio público y los comunales. Los analizaremos.

- a) **Bienes de uso público:** Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local, de acuerdo con el artículo 3.º del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).

La normativa de Régimen Local de las CC.AA. sigue la misma línea que la normativa básica estatal y, a modo de ejemplo, el Reglamento de bienes de las entidades locales andaluzas<sup>390</sup> determina que son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y

---

<sup>389</sup> El artículo 339 del Código Civil indica que son bienes de dominio público:

1.º “Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión”.

<sup>390</sup> Artículo 3 (Bienes de dominio público) del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

estanques y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya titularidad sea de la Entidad Local.

- b) **Bienes de servicio público:** Se consideran como tales los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos (art. 4 del RBCL).

Con una redacción más actualizada, el citado reglamento de bienes andaluz define los bienes de servicio público local como aquellos de titularidad de las Entidades Locales destinados al cumplimiento de las competencias o fines públicos que, en cada momento, les corresponda, tales como Palacios Provinciales, Casas Consistoriales, sedes de las Juntas Vecinales, mercados, cementerios, museos, centros de enseñanza pública, montes catalogados de utilidad pública, piscinas, zonas de deporte y polideportivos y, en general, cualquier otro bien destinado a la prestación de servicios públicos o administrativos.

- c) **Bienes comunales:** Son aquellos bienes que, siendo de dominio público, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos, de acuerdo con el artículo 3.2 del RBCL. Éstos tienen la especialidad de que solo pueden pertenecer a los Municipios y a las Entidades Locales Menores, no al resto de entidades locales, y que su administración y conservación corresponde a la Entidad Local titular.

En el caso de que la afección de cualquiera de estos bienes al uso o servicio público provenga como consecuencia de la ejecución de planes urbanísticos, se entenderá producida, en todo caso, en el momento de la cesión del bien a la Entidad Local conforme disponga la legislación urbanística.

Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y no están sujetos a tributo alguno.

## **B) Bienes Patrimoniales**

Son bienes patrimoniales o de propios (en el ámbito municipal) los que, siendo propiedad de la Entidad Local, no estén destinados a uso público ni afectos a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad, de acuerdo con el artículo primero del RBCL.

En idéntico sentido se manifiesta la normativa de las CC.AA., como el artículo 4 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, y el 5 del Reglamento andaluz antes citado. Este último realiza una enumeración de aquellos bienes que, entre otros, se consideran de naturaleza patrimonial, en concreto:

- Las cuotas, partes alícuotas y títulos representativos de capital de empresas, cooperativas, asociaciones o de cualquier otra fórmula asociativa que pertenezcan al ente local.
- Los bienes adjudicados a las Entidades Locales en virtud del procedimiento recaudatorio seguido contra los deudores tributarios.
- Las parcelas sobrantes y los bienes o efectos no utilizables<sup>391</sup>.

En relación a los bienes locales, existe una presunción de patrimonialidad en el sentido de que se presume este carácter si no consta la específica afectación de un bien a un uso o servicio público o bien su naturaleza comunal, ello de acuerdo con el RBCL. Igual presunción determina el artículo 16 de la LPAP que indica que, salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público.

### **C) Bienes del Patrimonio Municipal del Suelo**

El Patrimonio Municipal de Suelo (PMS) es un conjunto de bienes y recursos que tienen una clara finalidad, facilitar la ejecución del urbanismo y regular el mercado del suelo, proporcionando la suficiente oferta de suelo para la promoción de vivienda protegida, constituyendo un patrimonio separado jurídica y económicamente del patrimonio ordinario de la corporación.

Inicialmente solo se reguló el PMS, si bien posteriormente se ha ido imponiendo legislativamente y creando otros patrimonios públicos de suelo pertenecientes a distintas administraciones, especialmente a las Comunidades Autónomas (CC.AA.), que complementan a los de las corporaciones locales y con una naturaleza y régimen jurídico muy similares, como el Banco Foral de Bienes de la Comunidad Navarra.

El Texto Refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 (TR-2008), realiza una regulación muy completa del patrimonio público del suelo en aquellos aspectos de competencia estatal. De

---

<sup>391</sup> Para determinar el concepto de estos dos supuestos, puede servir las definiciones dadas por el artículo 5 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón; se consideran:

- Parcelas sobrantes: aquellas porciones de terreno propiedad de las Entidades locales que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no fueren susceptibles de uso adecuado. Para declarar un terreno parcela sobrante se requerirá procedimiento de calificación jurídica como tal, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de este Reglamento, salvo cuando este carácter resulte de la aprobación de planes de ordenación o de proyectos de obras y servicios.
- Bienes no utilizables: todos aquellos que por su deterioro, depreciación o deficiente estado de conservación resulten carentes de utilidad para los servicios municipales y no susceptibles de aprovechamiento normal, atendida su naturaleza y destino. La declaración de bien no utilizable requiere procedimiento en que se acredite esta circunstancia mediante informe técnico que será resuelto por el Presidente de la Entidad local, previo informe del Interventor y del Secretario o de los Letrados de los Servicios Jurídicos de dicha Entidad.

acuerdo con el artículo 38 del mismo se puede considerar como el conjunto de los *“bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16,<sup>392</sup> sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”*.

Una definición legal del patrimonio público de suelo, que puede servir como punto de partida de este estudio, es la que realiza la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana (Ley 5/2014) al indicar que: *“es un instrumento que tiene por finalidad la regulación del mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística de acuerdo con la legislación del Estado en materia de suelo”*.

Centrado en los entes locales, el Patrimonio Municipal del Suelo (PMS) se ha definido por Venancio Gutiérrez Colomina, gran estudioso del tema, como “el constituido por un patrimonio separado del que forma parte un conjunto de bienes patrimoniales, principalmente terrenos, pertenecientes al municipio y con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución del planeamiento y garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de VPP o de precio tasado en venta o alquiler”<sup>393</sup>.

Sobre la calificación de los bienes que integran el PMS, tradicionalmente se han venido manteniendo distintos planteamientos; los que los consideraban como bienes de naturaleza demanial, como el catedrático valenciano José María Boquera Oliver<sup>394</sup>, o aquellos que los consideraban bienes patrimoniales, postura mayoritaria. Con la entrada en vigor del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992<sup>395</sup> el problema quedó zanjado, al determinar su artículo 277 que los consideraba bienes patrimoniales al indicar que: “integrarán el Patrimonio Municipal del Suelo los bienes patrimoniales”. Posteriormente con la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 61/1997, que derogó el precepto, vuelve a suscitarse el problema.

Siguiendo a José Luis Lorente Tallada<sup>396</sup>, la realidad es que la naturaleza y los bienes que integran el PMS no corresponden al Estado, sino a la normativa sectorial de las CC.AA. que son libres de configurarla. Por ello, serán éstas las que determinan la naturaleza demanial o patrimonial de los bienes integrantes, como pone de manifiesto Venancio Gutiérrez Colomina. Este autor indica que existe una serie de CC.AA., como la de Andalucía, que les aplica a los bienes del PMS el régimen de los bienes patrimoniales (art. 71.1). Igualmente, en la

---

<sup>392</sup> Art. 16.1.b) impone a los propietarios de suelo afectos por actuaciones urbanísticas: “Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística”.

<sup>393</sup> GUTIÉRREZ COLOMINA (2011).

<sup>394</sup> BOQUERA OLIVER (1967).

<sup>395</sup> Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

<sup>396</sup> LORENTE TALLADA (2001).

LSM de la Comunidad de Madrid, se aplica el régimen de los bienes patrimoniales en su artículo 173.2 que indica que: “los bienes integrantes del patrimonio público de suelo se considerarán como bienes patrimoniales”. Mientras que otras, como la ya derogada Ley Urbanística Valenciana, los consideraban de naturaleza demanial.

De la regulación del TR-2008 y de la legislación de las CC.AA. de desarrollo, sin ánimo de ser exhaustivo, pueden considerarse como aspectos fundamentales del Patrimonio Público del Suelo los siguientes:

## **1) Características**

Son caracteres del citado PPS, esencialmente los siguientes:

- a) La obligatoriedad de su constitución, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.
- b) Su configuración como “Patrimonio Separado”. El PPS integrará un patrimonio independiente, separado del resto de bienes y derechos patrimoniales o de propios de la administración titular. Para garantizar este carácter tendrá un régimen de gestión distinto y sus gastos de administración y conservación se deberán compensar con los ingresos específicos que del mismo se produzcan, imponiéndose a las Administraciones para su garantía que su contabilidad se lleve de forma independiente de la del resto de las mismas.

El artículo 33.2 del TR-2008 es claro en este sentido: *“Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino”*.

- c) Inscribible en el Registro de la Propiedad, ya que las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se haga constar en las enajenaciones de dichas fincas, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación.

## **2) Finalidad y destino**

La finalidad es clara, regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística.

Una vez incorporados los bienes deberán ser destinados, de acuerdo con el artículo 39, a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando

los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

No obstante ello, recientemente tras las modificaciones introducidas por la LRSAL<sup>397</sup>, se permite que, excepcionalmente, los municipios que dispongan de un patrimonio público del suelo, puedan destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:

- a) Haber aprobado el presupuesto de la Entidad Local del año en curso y liquidado los de los ejercicios anteriores.
- b) Tener el Registro del patrimonio municipal del suelo correctamente actualizado.
- c) Que el presupuesto municipal tenga correctamente contabilizadas las partidas del patrimonio municipal del suelo.
- d) Que exista un Acuerdo del Pleno de la Corporación Local en el que se justifique que no es necesario dedicar esas cantidades a los fines propios del patrimonio público del suelo y que se van a destinar a la reducción de la deuda de la Corporación Local, indicando el modo en que se procederá a su devolución.
- e) Que se haya obtenido la autorización previa del órgano que ejerza la tutela financiera.

El importe del que se disponga deberá ser repuesto por la Corporación Local, en un plazo máximo de diez años, de acuerdo con las anualidades y porcentajes fijados por Acuerdo del Pleno para la devolución al patrimonio municipal del suelo de las cantidades utilizadas. Asimismo, los presupuestos de los ejercicios siguientes al de adopción del Acuerdo deberán recoger, con cargo a los ingresos corrientes, las anualidades citadas en el párrafo anterior.

Como se ha visto, son las Comunidades Autónomas las que en su legislación urbanística deben concretar esos “otros usos de interés social”. A modo de ejemplo, es muy completa la enumeración de destinos que realiza el artículo 79 del TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, que indica que con carácter general los bienes del PPS deberán ser destinados a:

- a) Construcción o rehabilitación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, siempre que dicho fin sea compatible con las determinaciones del planeamiento urbanístico.
- b) Usos de conservación y mejora del medio ambiente, incluyéndose tanto el medio natural como el urbano, así como la protección del patrimonio arquitectónico, cultural y del paisaje rústico y urbano.
- c) La gestión pública del suelo incluyendo la adquisición, posesión, reivindicación, administración, gravamen y enajenación de toda clase de bienes, así como la asunción de facultades fiduciarias de disposición.

---

<sup>397</sup> En párrafo 5.º, donde se autoriza el uso para reducir la deuda comercial y financiera; se ha introducido por la Disposición final 4 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL).

Además, desarrollando la previsión contenida en la norma estatal, realiza una previsión específica de los usos de interés social, estableciendo los siguientes:

1. Creación y promoción de suelo para el ejercicio de nuevas actividades empresariales o ampliación de las existentes, que en ambos casos generen empleo y sean compatibles con el desarrollo sostenible.
2. Obras de urbanización y ejecución de sistemas generales.
3. Construcción de equipamientos colectivos y otras instalaciones de uso público municipal, siempre que sean promovidos por las Administraciones Públicas o sus sociedades instrumentales.
4. Operaciones de iniciativa pública de rehabilitación de viviendas o de renovación urbana.
5. Rehabilitación del Patrimonio Histórico Cultural.
6. Mejora del medio urbano o rural, de los barrios y pedanías.
7. Mejora de la configuración de parques y jardines.
8. Operaciones de conservación, protección o recuperación del medio físico natural en zonas declaradas de especial protección.
9. Planificación territorial y gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, así como todo aquello que afecte a la catalogación, programación y actuación permanente del inventario de dicho patrimonio.
10. Conservación, mejora y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo.

### **3.- Bienes y derechos integrantes**

La enumeración de los bienes que constituyen dicho patrimonio, se establece con carácter general en el artículo 38 del TR-2008, que enumera los bienes que configuran los patrimonios públicos de suelo, en concreto los siguientes:

- a) Bienes adquiridos por la administración para su incorporación al patrimonio municipal de suelo. Para cumplir su función, la adquisición puede producirse con suficiente antelación a la futura evolución de precios del terreno, pudiendo ser previa a la urbanización e incluso a la aprobación de la planificación. Con tal fin es lícito condicionar la decisión de urbanización del suelo a la previa adquisición pública del terreno.
- b) El aprovechamiento que corresponde a la administración de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de esta Ley.
- c) Los ingresos obtenidos mediante la enajenación de terrenos que los integran o la sustitución monetaria del aprovechamiento que corresponde a la administración en los casos establecidos en la presente Ley.
- d) Los demás supuestos previstos en esta Ley o en la norma que la desarrolle.

No obstante esta enumeración de la normativa estatal, las Comunidades Autónomas determinan con exactitud los bienes concretos que integran el Patrimonio Público del suelo. A modo de ejemplo, la normativa del Principado



de Asturias hace una interesante enumeración, pues contempla no solo los bienes que integran el Patrimonio Municipal de Suelo, sino también el regional. En concreto el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, establece en su artículo 216 que forman parte del patrimonio público de suelo, tanto el regional como el municipal, según cuál sea su Administración titular, los siguientes bienes y derechos económicos:

a) Bienes:

1. Los terrenos que, teniendo ya naturaleza patrimonial, sean clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o suelo urbanizable.
2. Los terrenos u otros bienes obtenidos por cesiones y, en general, por la ejecución del planeamiento urbanístico o de los instrumentos de ordenación del territorio y disciplina urbanística, incluido el aprovechamiento urbanístico que exceda del que corresponda a los propietarios de suelo urbano y urbanizable.
3. Los terrenos y bienes obtenidos por expropiaciones urbanísticas, ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y derecho de readquisición preferente.
4. Los terrenos adquiridos con la finalidad de incorporarlos a los propios patrimonios públicos de suelo.

b) Derechos económicos:

- Los créditos que tengan como garantía hipotecaria los bienes incluidos en ellos.
- Los intereses o beneficios de sociedades o entidades en las que se aporten como capital público bienes de dichos patrimonios.
- Las transferencias y consignaciones presupuestarias cuyo fin sea la conservación, ampliación o gestión de los mismos.
- Los ingresos obtenidos como consecuencia de la gestión del propio patrimonio.
- Los ingresos obtenidos por la transferencia a particulares de aprovechamientos urbanísticos que correspondan a la Administración.
- Los ingresos obtenidos en concepto de sanciones urbanísticas.

### **1.1.1.2.- Régimen jurídico de los bienes de la Administración**

Con carácter general, la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, no solo establece el régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, sino que, de acuerdo con el artículo 2 (Ámbito de aplicación), establece también el régimen jurídico de los bienes de las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, si bien en función de los criterios de aplicación a cada uno de los

artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda<sup>398</sup>, en función de la competencia legislativa del Estado, básica, plena o supletoria.

En el ámbito local, es el RBCL el que determina el régimen jurídico de los bienes de las entidades locales. Así, en el párrafo segundo del primero de sus artículos indica que dicho patrimonio se regirá por la siguiente normativa y con esta específica prelación de fuentes:

- a) Por la legislación básica del Estado en materia de Régimen Local.
- b) Por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las Administraciones Públicas.
- c) Por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas.
- d) En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de Régimen Local y bienes públicos.
- e) Por las Ordenanzas propias de cada entidad.
- f) Supletoriamente, por las restantes normas de los ordenamientos jurídicos, administrativo y civil.

Además, determina dicho artículo del RBCL que, en todo caso, se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 de la Constitución que

---

<sup>398</sup> La Disposición final segunda. Títulos competenciales, indica literalmente:

“1. Las siguientes disposiciones de esta Ley se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal del artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución, y son de aplicación general el artículo 20 bis, apartado 8; artículo 43, y artículo 110, apartado 3.

2. Las siguientes disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan: artículo 4; artículo 5, apartados 1, 2 y 4; artículo 7, apartado 1; artículo 15; artículo 17; artículo 18; artículo 20, apartados 2, 3 y 6; artículo 22; artículo 23; artículo 30, apartados 1 y 2; artículo 37, apartados 1, 2 y 3; artículo 38, apartados 1 y 2; artículo 39; artículo 40; artículo 49; artículo 53; artículo 83, apartado 1; artículo 97; artículo 98, y artículo 99, apartado 1.

3. La disposición adicional tercera de esta Ley se dicta al amparo de la competencia atribuida al Estado por del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> de la Constitución sobre el “régimen económico de la Seguridad Social”, y es de aplicación general.

4. Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 24 de esta Ley se dictan al amparo de la competencia atribuida al Estado por del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución sobre la “legislación de expropiación forzosa”, y es de aplicación general.

5. Tienen el carácter de la legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, las siguientes disposiciones de esta Ley: artículo 1; artículo 2; artículo 3; artículo 6; artículo 8, apartado 1; apartados 1 a 6 del artículo 20 bis; artículo 20 ter, artículo 27; artículo 28; artículo 29, apartado 2; artículo 32, apartados 1 y 4; artículo 36, apartado 1; artículo 41; artículo 42; artículo 44; artículo 45; artículo 50; artículo 55; artículo 58; artículo 61; artículo 62; artículo 84; artículo 91, apartado 4; artículo 92, apartados 1, 2, y 4; artículo 93, apartados 1, 2, 3 y 4; artículo 94; artículo 97; artículo 98; artículo 100; artículo 101, apartados 1, 3 y 4; artículo 102, apartados 2 y 3; artículo 103, apartados 1 y 3; artículo 106, apartado 1; artículo 107, apartado 1; artículo 109, apartado 3; artículo 121, apartado 4; artículo 183; artículo 184; artículo 189; artículo 190; artículo 190 bis; artículo 191; disposición transitoria primera, apartado 1; disposición transitoria quinta; la disposición adicional vigésimo tercera y la vigésimo cuarta.

dispone que: “3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución, podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

Por último, hay que hacer dos precisiones específicas que realiza el RBCL en relación al régimen jurídico de los bienes patrimoniales y de los del patrimonio municipal del suelo:

- Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado (art. 1, párrafo 2.º).
- Los patrimonios municipales de suelo se regularán por su legislación específica y los bienes patrimoniales que resultaren calificados como suelo urbano o urbanizable programado en el planeamiento urbanístico, quedarán afectos al patrimonio municipal del suelo (art. 16).

## **1.1.2.- Bienes de las Sociedades urbanísticas**

### **1.1.2.1.- Configuración de los bienes de la sociedad**

La sociedad municipal, como todo sujeto de derecho con personalidad jurídica diferenciada de la Corporación de la que depende, es titular de un patrimonio propio e independiente de ésta para el cumplimiento de los fines legítimos para los que se ha constituido.

Se suele adoptar la denominación de bienes de la sociedad en contraposición al de bienes de la Administración, debido a que con carácter general dichos bienes formarán parte del patrimonio propio de la sociedad o construyen parte de su capital en función del método por el que accedan a la misma.

El modo por el que los bienes acceden al patrimonio de la sociedad es muy variado. Así, puede adquirirlos en el mercado inmobiliario por compra o cualquier negocio jurídico. Igualmente los puede recibir por cesión del Ayuntamiento de forma gratuita u onerosa, en la que se incluye la aportación al capital social, bien en el momento de su constitución o en sucesivas ampliaciones.

Recientemente en las legislaciones urbanísticas más modernas, las sociedades pueden adquirir bienes al recibir de forma directa los inmuebles de cesión obligatoria o, en su caso, las transferencias de urbanística en el supuesto de que la sociedad actúe como urbanizador en gestión directa del urbanismo. Es el supuesto que denominaremos adscripción directa de bienes.

Con independencia de su origen, los bienes de la sociedad son independientes y distintos de los del ente público titular de la misma, pues por el hecho de ser bienes de la sociedad forman parte del patrimonio del Ayuntamiento, aun

cuando éste sea el titular de todas las acciones de la sociedad. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León, de 29 de abril de 2011<sup>399</sup>, determina esta independencia patrimonial con claridad. La Sala analiza la demanda formulada por un miembro de la Corporación, concejal, contra la cesión de unos solares propiedad de la sociedad instrumental del Ayuntamiento de Ponferrada, basando su impugnación en que la sociedad debió utilizar para enajenar sus bienes el mismo procedimiento que el Ayuntamiento, al considerar que los bienes de la sociedad y del Ayuntamiento forman un patrimonio único y con el mismo régimen jurídico al ser titular éste de la totalidad del accionariado de aquélla. Desestima de forma radical la impugnación rechazando el citado argumento, y en concreto indica:

*“Dicho alegato ha de correr suerte desestimatoria ya que teniendo en cuenta que los terrenos objeto de enajenación fueron adquiridos por la entidad demandada mediante escritura pública de compraventa de fecha 26 de diciembre de 2000 a la mercantil Inmocaja, S .A., no se acepta el presupuesto jurídico -titularidad municipal y pertenencia al Patrimonio Municipal de Suelo- al que la actora anuda su pretensión de nulidad, debiendo destacarse:*

*a) Que aunque dicha adquisición fue objeto de previa autorización por el Pleno del Ayuntamiento que, no lo olvidemos, es el órgano que ejerce las funciones de Junta General de la sociedad, no cabe identificar, como pretende la recurrente, los bienes y derechos de los que es titular el Ayuntamiento y como tal sometidos al régimen previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales cuya infracción la actora denuncia, en este caso las acciones en que está dividido el capital social de la sociedad municipal íntegramente suscrito por el Ayuntamiento de Ponferrada, con el patrimonio de la titularidad propia de la mercantil demandada surgido como consecuencia de las actuaciones de la sociedad, -terrenos objeto de la enajenación-, sobre el que ésta puede realizar operaciones de compraventa y gestionarlo según el artículo 2. e) y f) de los Estatutos, sin perjuicio de sujetarse a la legislación vigente, y a la que luego nos referiremos...”*

### **1.1.2.2.- Naturaleza jurídica**

Se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica que tienen los bienes de la sociedad. Si estos bienes, por pertenecer a una sociedad pública que forma parte del Sector Público Local, tienen una naturaleza de bienes patrimoniales públicos como los de la administración de la que depende la sociedad o no. La cuestión es importante pues si conservan su carácter de bienes públicos, las sociedades o sus entes titulares, al igual que las propias administraciones, podrán tener las ventajas que frente a los particulares tienen las administraciones para su conservación, defensa o recuperación. Si por el contrario no gozan de dicha naturaleza, dichos bienes tienen el mismo régimen que los de cualquier sujeto privado.

---

<sup>399</sup> Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, de 29 de abril de 2011, en su Fundamento de Derecho Quinto (“Fondo del asunto. Sobre la nulidad por supuesta infracción de las exigencias para la enajenación de bienes patrimoniales integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo”).

La doctrina es unánime; en relación a los bienes de las sociedades, por mucho que se trate de sociedades pertenecientes en su totalidad a una administración, no tienen la naturaleza de bienes patrimoniales públicos y, consecuentemente, no gozan de la protección que tienen los bienes patrimoniales de las administraciones públicas. El artículo 6 del RBCL deja claro que los bienes patrimoniales *“se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado”*, y profundizando más, el artículo 10 de la Ley de Patrimonio de la C.A. de Andalucía lo determina claramente: *“Los bienes y derechos cuya titularidad corresponda a sujetos de derecho privado, pertenecientes o no a la Comunidad autónoma de Andalucía o a sus organismos, se someterán a las normas de derecho privado”*, y por último, la Ley 33/2003 en su artículo 167.2 refiriéndose a las sociedades estatales con capital íntegro o mayoritario público, indica que: *“ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta Ley que les resulten expresamente de aplicación”*.

Humberto Gosálbez Pequeño<sup>400</sup>, es claro en este sentido pues afirma que los bienes de las sociedades instrumentales no tienen naturaleza pública *«así, todos los bienes inmobiliarios propiedad de las sociedades públicas (incluidos los que lo son por haberlos “aportado” su Administración matriz...) no gozan del régimen de protección del dominio de la Administración, porque no sólo forman parte de un patrimonio propio o separado del de su entidad pública fundadora, sino que, además, forman parte de un patrimonio de distinta naturaleza jurídica. No se trata de bienes públicos patrimoniales (aunque ésta hubiera sido su inicial calificación jurídica); estamos ante un patrimonio que, pese a ser propiedad indirectamente de una Administración Pública, no goza, sin embargo, de los privilegios administrativos que amparan al patrimonio “privado” de las entidades administrativas (inembargabilidad, recuperación posesoria,...). Su patrimonio, a pesar de ser propiedad indirecta de la Administración pública, es un patrimonio “empresarial”, pero de la empresa o sociedad mercantil pública, y no de la Administración matriz (que sólo es propietaria de las acciones o títulos representativos o participaciones del capital social, que son bienes patrimoniales según dispone el art. 7.2 de la Ley 33/2003); no forma parte ni se integra, pues, en el patrimonio privado de la Administración matriz y no es un patrimonio “patrimonial” stricto sensu de Administración alguna, sino meramente empresarial de una sociedad mercantil, ya que se encuentra afecto a la actividad privada que realiza en el mercado dicha sociedad y, como tal, está sometido a las normas de Derecho privado que regulan el patrimonio de las sociedades o entidades privadas»*.

Por último, en relación a la naturaleza jurídica de los bienes, hay que decir que los bienes que forman parte del patrimonio municipal del suelo, aun cuando se hayan transmitido por el Ayuntamiento a la sociedad de forma onerosa o gratuita, o los haya adquirido ésta mediante adscripción directa en casos de ejecución directa del urbanismo, no pierden la finalidad que legalmente tienen y por lo tanto deben ser destinados los propios bienes o su sustitución a metálico al cumplimiento de la misma.

---

<sup>400</sup> GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2011).

### **1.1.3.- Régimen jurídico de los contratos patrimoniales**

#### **1.1.3.1.- Concepto de contratos patrimoniales**

Los contratos patrimoniales en el ámbito local, se ha venido considerando como aquellos contratos que tenían como objeto bienes que servían a los fines de las Entidades Locales, pero que no se destinaban a un uso público ni a un servicio público, ni eran bienes comunales. No obstante ello, en la actualidad el concepto es más amplio, pues como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 10/2010, de 15 de septiembre, *“conforme al artículo 4.1 p) y o) de la LCSP (que es exigencia del Derecho Comunitario, en particular de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo (considerando 24) en cuanto considera que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes, revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuada aplicar a esos contratos las «normas de adjudicación» de la Directiva) por «contratos patrimoniales» hay que entender aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas. Es decir, se trata de un concepto más amplio en el que se integran tanto aquellos contratos que tienen como objeto bienes que servían a los fines de las Entidades Locales pero que no se destinaban a un uso público ni a un servicio público, como aquellos otros que tienen por finalidad la adquisición de bienes que resulten necesarios a los fines de las entidades locales, como a título de ejemplo los de interés histórico o artístico”*.

En este tipo de contratos hay que hacer una distinción esencial entre la relación patrimonial interna, es decir, el negocio jurídico que se produce entre la sociedad y su administración matriz, y la relación patrimonial externa, el negocio entre la sociedad y los terceros. En la primera de las relaciones, las internas, al igual que se ha estudiado en el Capítulo X, se encuentran excluidas de la normativa de mercado interior y de la contratación pública, pudiéndose transmitir unas a otras directamente bienes de forma onerosa o gratuita sin demasiadas limitaciones ni condicionamientos más allá de los que imponga la propia naturaleza de los bienes, como en el caso de los bienes del PMS, o de las formalidades legales administrativas o privadas establecidas para dicha transmisión.

La segunda de las relaciones, las externas de la sociedad, el concreto régimen jurídico de los contratos patrimoniales que celebra la sociedad con terceros es uno de los aspectos más relevantes y a la vez más difíciles de determinar; prueba de ello es que ha sido una de las cuestiones más recurrentes y más solicitada a la Asesoría Jurídica de AVS durante los últimos años.

El problema se suscita esencialmente por el hecho de que nos encontramos ante contratos generalmente de cuantías elevadas y que en principio se encuentran excluidos de la normativa de contratación pública, que los remite a la normativa patrimonial, pero ésta, a su vez, vuelve a reenviar a la normativa de contratación, si bien de una forma y con un alcance que no está del todo claro, como seguidamente analizaremos. Debiendo tener en cuenta como base

de partida el hecho de que las sociedades urbanísticas someten su actuación fundamentalmente al derecho privado.

El resultado es que el régimen jurídico de los negocios jurídicos patrimoniales de adquisición y enajenación de bienes de la sociedad no está claro en la normativa y hay que acudir a interpretaciones doctrinales, jurisprudenciales y de organismos consultivos para su determinación, que no siempre son coincidentes.

Definidos los contratos patrimoniales, es necesario que se determine el régimen jurídico de dichos contratos, si bien para establecer un orden lógico se determinará en primer lugar el régimen jurídico de estos contratos cuando sea la propia administración local la que los realice para, posteriormente, resaltar las especialidades que pueden surgir en relación a la actuación de las sociedades que, como se ha reiterado, deben de ajustar su actuación “principalmente al ordenamiento jurídico privado”.

### **1.1.3.2.- Contratos patrimoniales de las Administraciones Locales**

El TRLCSP excluye a los contratos patrimoniales de su ámbito de forma específica. En su artículo 4, entre los negocios y contratos excluidos, se comprende a: *“p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial...”*.

Esta exclusión tiene su base en la Directiva 2004/18/CE sobre “Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”, que determina:

- a) Considerando número 24: *“En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos”*.
- b) Artículo 16: *“La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: a) cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados al mismo tiempo, con anterioridad o con posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva”*.

Como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el informe anteriormente indicado (n.º 10/2010), la realidad es que la exclusión

de los contratos patrimoniales del TRLCSP no es absoluta, en primer lugar, porque la Disposición Adicional Segunda de la propia norma contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y, en segundo lugar, porque de conformidad con el artículo 4.2 los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Excluidos de la aplicación primaria de la normativa contractual, aunque sea con las matizaciones que se han indicado, hay que acudir, en primer lugar, a la legislación patrimonial del Estado, Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que como se ha visto, es aplicable a los entes locales. Por ello ésta sería la norma de aplicación primaria, pero como indica el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana<sup>401</sup>, en concretas ocasiones, la Ley de Patrimonio remite a su vez a la norma de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que en base a tal reenvío cabría plantearse alguna aplicación en singulares aspectos del TRLCSP, dependiendo su eficacia (como norma básica, general, o supletoria) de la que ostente el precepto que realiza el reenvío.

Ejemplo claro de esta remisión y en el tema que se estudia es el artículo 110 de la LPAP, cuando establece en relación a los negocios patrimoniales el régimen de los actos separables, administrativo para los actos internos de preparación y sometimiento al Derecho privado para los actos externos de ejecución. En concreto el artículo determina que:

1. *“Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta Ley y las normas de derecho privado.*
2. *En las entidades públicas empresariales y en los organismos públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se regirán, en primer término, por lo establecido en sus normas de creación o en sus estatutos, con aplicación, en todo caso, de las previsiones recogidas en el artículo 147 de esta Ley.*
3. *El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora”.*

---

<sup>401</sup> Dictamen 481/2008 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, de 3 de julio de 2008, páginas 18 y ss.



Como consecuencia de todo lo indicado, la Junta Consultiva Aragonesa, en el informe citado, concluye que los contratos patrimoniales de la Administración se rigen por el propio TRLCSP en su Disposición Adicional Segunda; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en los aspectos que la Disposición Final Segunda califica de carácter general, o de carácter básico; las demás normas, tanto de la Ley 33/2003, como del TRLCSP, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio.

El tema debe completarse además, en relación a las Administraciones Locales, con el hecho de que el RBCL en su artículo 11 también remite, en el caso de adquisición de bienes a título oneroso, al *“cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales”*.

Con un carácter más completo y específicamente centrado en la Administración Local, el Consejo Jurídico Consultivo Valenciano, antes citado, es muy gráfico en su Consideración Octava, que se reproduce por su interés:

*“Octava.- El resumen de todo ello, dando respuesta al apartado IV de la Consulta facultativa, es que la regulación se halla dispersa en distintos elementos normativos, que gozan además de diverso grado de efectividad (normas dictadas en virtud de competencia exclusiva del Estado; normas con carácter básico; y normas suplementarias en virtud del artículo 149.3 de la Constitución), por las diversas fuentes y efectos jurídicos en juego. Pueden sintetizarse las claves, atendiendo a las normas que resultan aplicables, que son, de una parte, la propia Ley 30/2007, en su Disposición Adicional Segunda; la Ley 33/2007, en los aspectos que la Disposición Final Segunda califica de carácter general, o de carácter básico; y las demás normas, tanto de la Ley 33/2003, como de la propia Ley 30/2007, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio, así como del resto de la normativa al efecto, como el propio Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local o el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local -en lo que no haya sido derogado- y pudiese considerarse aplicable a las Corporaciones Locales en el marco jurídico descrito, con ese carácter supletorio referido”*.

### **1.1.3.3.- Contratos patrimoniales de las sociedades urbanísticas**

La sociedad, para realizar las actuaciones que le son propias, ejecuta una amplia gama de negocios jurídicos de naturaleza patrimonial, tanto para adquirir la propiedad o el uso de los inmuebles que son necesarios para el cumplimiento de su finalidad, como para la cesión de dichos bienes en cualquiera de las formas prevista por el ordenamiento jurídico, compraventa, alquiler, precario, etc.

Se ha analizado el régimen de los contratos patrimoniales de las Administraciones Locales; visto ello se plantea la cuestión de si este régimen varía en relación a la contratación patrimonial de sus sociedades públicas urbanísticas.

Hay que partir del hecho evidente de que el ya analizado artículo 85 ter de la LBRL establece que las sociedades mercantiles locales se rigen “*por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación*”. Como se observa, nada menciona el citado artículo en relación a la normativa patrimonial. Por el contrario, llama la atención el hecho de que la Disposición Adicional Duodécima (“*Sociedades mercantiles estatales*”) de la LOFAGE<sup>402</sup>, sí que determina que entre las distintas normativas de aplicación a estas sociedades se incluye la “patrimonial”. Así en sus párrafos primero y segundo indica que:

1. *“Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.*
2. *Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”.*

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la aplicación a las sociedades del derecho privado hace, como ya se ha analizado, que sus actos relativos al patrimonio no sean actos administrativos y que sus bienes no gocen del carácter de bienes públicos de naturaleza patrimonial, por lo que no puede aplicarse en relación a sus contratos patrimoniales como a la Administración la teoría de los actos separables<sup>403</sup>.

Indicado ello, se plantea el régimen jurídico de los mismos, al no ser en relación a las sociedades locales la normativa patrimonial una de las materias que se excluyen expresamente de la remisión al ordenamiento jurídico privado que realiza la LBRL.

Pueden encontrarse distintas posturas contrapuestas; en primer lugar, la que considera que debe aplicarse a las sociedades sin más distinciones el régimen de las administraciones públicas, por considerar que se trata de una huida del derecho administrativo, que en el fondo predomina el interés público en su

---

<sup>402</sup> Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su redacción dada por la Disposición adicional duodécima redactada por el número 3 de la disposición final primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

<sup>403</sup> Hay que precisar que la teoría de los actos separables, como se ha analizado en el capítulo IV de este estudio, solo se aplica a las actuaciones que realiza la Junta General como órgano de gobierno, pues se trata en definitiva del Pleno de la Corporación. Criterio que no es aplicable en este supuesto pues los órganos de contratación de la sociedad son el Consejo de Administración u otros que no tienen el carácter que tiene la Junta General.

actuación, y de no hacerse así se cometería un fraude de ley, al crear una sociedad pública para eludir los criterios de la contratación pública.

En segundo lugar, la postura radicalmente contraria a la anterior, parte de que el régimen de aplicación a las actuaciones en el ámbito patrimonial de las sociedades es el derecho privado. Parten del hecho de que la finalidad general de las sociedades mercantiles locales es la facilidad de actuación para su intervención en el mercado, por ello se someten al derecho privado, civil y mercantil, y por lo tanto su actuación no se encuentra condicionada, es decir se puede enajenar libremente. Prueba de ello es, como se ha reiterado, el artículo 85 ter de la LBRL que no excepciona del régimen privado la normativa patrimonial, como sí hace con otras materias como la contable, de control financiero y contratación. Precepto que deja bien a las claras que el régimen patrimonial de las sociedades mercantiles locales es el propio del Derecho Privado, y principalmente el del Código Civil donde rige como principio fundamental de la contratación el de la libertad de pacto.

Por ello, tanto en relación a la adquisición de bienes a terceros como la enajenación de los mismos, una vez los bienes devienen de titularidad de la empresa pública, no existe en la normativa limitación general alguna salvo en los supuestos específicos de bienes de naturaleza excepcional, como los del PMS, que tienen unos fines específicos que hay que garantizar, o en aquellos supuestos en que en la cesión del bien, la Administración haya establecido alguna limitación o condición específica a la sociedad que recibe el bien.

Por último, la postura intermedia parte de la consideración de que el régimen patrimonial de las sociedades se encuentra sometido esencialmente al derecho privado. Consecuentemente con ello, los actos adquisitivos y dispositivos no han de someterse a los procedimientos administrativos establecidos en la normativa patrimonial y contractual, entendiendo que las posibles remisiones que realizan son a los principios generales de dichas normativas. Esta es la postura más garantista y, aun cuando no pudiera ser considerada como la más acertada en base a la normativa, es, a tenor de los pronunciamientos de reciente jurisprudencia, la que otorga cierta seguridad jurídica y puede evitar declaraciones de nulidad en unas operaciones que suelen ser de cuantía muy elevada y evitar, consecuentemente, las cuantiosas responsabilidades a que ello pudiera dar lugar.

Los principios generales citados vienen establecidos específicamente en ambas legislaciones, tanto el TRLCSP como en la LPAP, en concreto:

- a) En el TRLCSP, es muy claro el ya visto y analizado artículo 191, que considera que en la adjudicación de contratos serán de aplicación, “en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”. Bien es cierto que se refiere a contratos SARA, pero puede entenderse como criterio general, como así ha realizado alguna sentencia que posteriormente se analizará.
- b) En la LPAP, el artículo 8.1 determina, con carácter básico, los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales, a los que deben ajustar las

Administraciones públicas la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales. Estos principios son los siguientes:

- Eficiencia y economía en su gestión.
- Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.
- Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.
- Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

La LPAP indica, además, que en todo caso la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes.

Por lo tanto y no obstante esta exclusión general, deben de someterse a las actuaciones de las sociedades públicas en este tipo de contratos a los principios generales de publicidad, concurrencia y no discriminación, que como se ha visto informan tanto la legislación contractual como la patrimonial pública.

Este mismo criterio sigue la citada sentencia de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2011, en su Fundamento de Derecho Sexto, que declara nula la enajenación de unos solares propiedad de una sociedad municipal por no haber cumplido suficientemente con los criterios de publicidad y concurrencia. En concreto indica que: *«Por consiguiente, no obstante la naturaleza mercantil de la sociedad y privada del contrato, y sin olvidar que según los estatutos su actividad social se inspirará en los criterios de “utilidad pública y beneficio de los habitantes del Municipio de Ponferrada”, en el presente caso debe analizarse si se han cumplido o no en la contratación efectuada los principios de publicidad y concurrencia, que, como decimos, son en todo caso aplicables a tenor de lo anteriormente razonado a la “actividad contractual” de la sociedad mercantil, incluida, por tanto, la relativa a la adjudicación del contrato de compraventa, por más que, en su caso, no le fuesen aplicables otras exigencias relativas a los procedimientos de adjudicación administrativa – licitación pública-, al que, de hecho, se sometió la enajenación litigiosa»*.

Estos criterios aplicativos no son absolutos, pues no solo la propia legislación estatal y autonómica puede establecer limitaciones y condicionantes, sino que la naturaleza de la operación puede impedir su aplicación. Además hay que tener en cuenta las especificidades que establezca la normativa de las comunidades autónomas en desarrollo de la normativa básica estatal de régimen local y patrimonial, así como las especificidades de la normativa sectorial. Especificidades y limitaciones que se analizarán en los apartados posteriores cuando se estudien con detalle los supuestos de adquisición y enajenación de bienes.

Como demostración de la veracidad de estos criterios formulados en base a análisis de la distinta normativa y jurisprudencia, es perfectamente clarificador el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, que en su artículo 225 (Programa de actuación y régimen de contratación) aplicable a las sociedades mercantiles públicas indica:

- a) En relación a la adquisición de bienes, en el párrafo 2.º que *“la adquisición de bienes inmuebles y la contratación de obras se someterán a un procedimiento que se adapte a los principios de publicidad y concurrencia de la contratación”*.
- b) En relación a la enajenación: En el párrafo 3.º que *“los bienes aportados por la propia entidad local para ser transformados por la sociedad, y los adquiridos por ésta para ser devueltos al tráfico jurídico podrán enajenarse directamente, si así lo requiere el objeto social y lo han previsto los estatutos”*.

Surge un tema adicional sobre la forma y manera que tiene la sociedad para incluir los criterios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación en sus procedimientos y que estos puedan ser conocidos por todos aquellos que pretendan realizar cualquier tipo de contrato patrimonial con la sociedad. En este sentido entendemos que podrían incluirse como un apartado específico en las Instrucciones Internas de Contratación de la propia sociedad o realizarse de forma específica e independiente<sup>404</sup>.

Las Instrucciones Internas de Contratación, de acuerdo con el artículo 191 del TRLCSP, regularían así, además de los supuestos de contratación pública típicos, aquellos relativos a los contratos patrimoniales de la sociedad, tanto de adquisición como de enajenación de bienes, de forma que quede garantizada la efectividad de los principios antes indicados y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Además preverán los supuestos de posibles excepciones de la aplicación de los principios en base a normativa específica de aplicación y a determinadas circunstancias concurrentes que justifiquen su no aplicación. Las instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados, en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

## **1.2.- ADQUISICIÓN DE BIENES**

### **1.2.1.- Formas de adquisición de bienes**

En relación a las Administraciones Públicas, el artículo 15 (*Modos de adquirir*) de la LPAP determina que podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico<sup>405</sup> y en particular por los siguientes:

---

<sup>404</sup> El régimen y contenido de las Instrucciones Internas de Contratación se ha analizado en el capítulo X.

<sup>405</sup> El artículo 609 del Código Civil indica en relación a los modos de adquirir que: La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y

- a) Por atribución de la Ley.
- b) A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.
- c) Por herencia, legado o donación.
- d) Por prescripción.
- e) Por ocupación.

Las sociedades urbanísticas para adquirir los bienes que le son necesarios para el desarrollo de sus amplias actividades, pueden utilizar las mismas formas que las propias administraciones y todos aquellos modos propios del actuar privado. No obstante ello, a los efectos del presente estudio, se puede establecer una triple clasificación, a saber:

1. Por compra de la propia sociedad en el mercado o en ejercicio de actuaciones urbanísticas o de facultades inherentes a las mismas, como en el caso de ser beneficiarios de expropiación o por el ejercicio de derechos de tanteo y retracto.
2. Por cesión de la Administración, que puede ser gratuita u onerosa, ya sea de bienes patrimoniales, de patrimonio público de suelo e incluso demaniales en el supuesto de la adscripción o cesión de la concesión.
3. Por adscripción directa, de aprovechamientos y/o solares en el supuesto de gestionar directamente una actuación de gestión urbanística como urbanizador.

Se analizarán los distintos supuestos.

### **1.2.2.- Adquisición por compra**

Es muy habitual la compra de terrenos, solares o inmuebles por las sociedades urbanísticas para el cumplimiento de sus fines sociales, especialmente para la promoción de vivienda y desarrollo del suelo. Tradicionalmente, no planteaba problema alguno pues como cualquier sociedad privada, se acudiría directamente al mercado, se elegirá el inmueble más conveniente, sin necesidad de selección concurrencial, y se satisfará el precio. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que se trata de contratos de cuantía elevada y que la compra de un determinado terreno y no otro puede otorgar grandes beneficios a un propietario en detrimento de otro, lo que podría, en su caso, ir contra el principio de concurrencia y no discriminación, salvo que estuviera muy justificada la elección del inmueble.

Por ello, hoy día, en base a los criterios expuestos al analizar los contratos patrimoniales, entendemos que hay que procurar en la medida de lo posible criterios de publicidad, concurrencia y no discriminación, salvo que la naturaleza de la operación y las circunstancias lo impidan, y así suelen actuar las sociedades urbanísticas.

---

transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos por la transmisión. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Ya se ha visto que la LPAP en su artículo 8.1 determina que uno de los principios de actuación de las administraciones en materia patrimonial es la "Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes". El artículo 19 determina específicamente que *"las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso y de carácter voluntario se registrarán por las disposiciones de esta Ley y supletoriamente por las normas del derecho privado, civil o mercantil"*.

El criterio para las administraciones públicas es la aplicación de procedimientos con criterios de publicidad y concurrencia, esencialmente el concurso. No obstante ello, la LPAP establece una serie de principios de actuación para aquellos supuestos en los que no se puedan aplicar dichos criterios concurrenciales, como cuando se trata de procedimientos de ejecución o de procedimientos especiales administrativos, como pueden ser los urbanísticos o expropiatorios, una ejecución en los que hay que aplicar la ley específica que los regula que en muchos casos determina la prevalencia de la necesidad o finalidad pública sobre los criterios concurrenciales.

En el ámbito Local, el RBCL en su artículo 10 determina, en la misma línea que la normativa estatal, que las Corporaciones Locales pueden adquirir bienes y derechos:

- Por atribución de la Ley.
- A título oneroso con ejercicio o no de la Facultad de expropiación.
- Por herencia, legado o donación.
- Por prescripción.
- Por ocupación.
- Por cualquier otro modo legítimo conforme al ordenamiento jurídico.

En RBCL sigue la línea de la normativa estatal y en el artículo 11, como se ha visto anteriormente, para la adquisición de bienes a título oneroso, impone "el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales", para las que se deriven de expropiaciones forzosas de su normativa específica y las a título gratuito no les impone restricción alguna.

Como ejemplo de estos criterios aplicativos que se acaban de indicar, se destaca el artículo 48 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que aunque no es de aplicación más que en esa Comunidad Autónoma, clarifica enormemente lo indicado. Parte dicho artículo, en el párrafo tercero, de que la adquisición a título oneroso de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, debe hacerse mediante concurso público y se cuidará especialmente el cumplimiento de las reglas de publicidad y concurrencia. Pero no obstante ello, el órgano que sea competente para proceder a la adquisición, podrá autorizar la contratación directa cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Reconocida urgencia de la adquisición.

- b) Peculiaridad del bien que se pretende adquirir o de la necesidad que deba ser satisfecha.
- c) Limitaciones del mercado inmobiliario de la localidad donde estén situados los bienes que se pretenda adquirir.

Pero en estos casos, se solicitará un mínimo de tres ofertas y la adquisición se publicará en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

A las sociedades urbanísticas, como se ha visto en relación a los contratos patrimoniales, se les aplicará en la adquisición de sus bienes los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación propios, tanto de la legislación patrimonial como de la contractual. No obstante ello, al igual que con las administraciones públicas, estos criterios no son absolutos. Por ello, cuando por las circunstancias específicas concurrentes al caso, por la naturaleza de los bienes o por el procedimiento que se trate no puedan seguirse, se podrá acudir a la adquisición directa.

Por circunstancias excepcionales pueden entenderse perfectamente las que se ha visto determina la legislación murciana.

En supuestos de desarrollo de la promoción urbanística o de viviendas, se producen a menudo supuestos que contraponen estos principios de publicidad y concurrencia con la necesaria agilidad y facilidad de actuación en el mercado del suelo y la vivienda de las sociedades urbanísticas locales, pues no puede olvidarse que es uno de los fines esenciales de su constitución. A modo de ejemplo pueden referirse las siguientes planteadas a distintos promotores públicos locales:

- a) Compra de suelos específicos o colindantes a los de propiedad del promotor público, necesarios para poder realizar una promoción de viviendas protegidas en terrenos reservados por el planeamiento para dichas viviendas.
- b) Adquisiciones de suelos en desarrollos urbanísticos para evitar el otorgamiento de condominios o la adquisición de los aprovechamientos necesarios para completar las parcelas de resultado.
- c) Compras de determinados solares cuando son los únicos que por sus condiciones físicas y económicas pueden ser dedicados a la promoción de viviendas protegidas.
- d) Actuaciones urgentes que imponen la necesidad de adquisiciones de inmuebles concretos en los supuestos de realojos próximos por causas de desastres naturales o por actuaciones de rehabilitación, reforma interior o revitalización urbana.

En estos casos siempre es necesario que se justifique convenientemente la concurrencia de dichas circunstancias y que se realice una previa valoración por técnico competente o bien esta obre ya en el expediente como en los supuestos reparcelatorios o expropiatorios.



### **1.2.3.- Adquisición de Bienes Patrimoniales por cesión de la administración matriz**

La Administración tiene un rígido procedimiento de enajenación de sus bienes patrimoniales que, como se ha visto, viene determinado fundamentalmente en las leyes de patrimonio (Estatal y Autonómicas), en el RBCL para las corporaciones locales y en la normativa urbanística cuando estos bienes formen parte del patrimonio municipal del suelo. Pero esta rigidez de la enajenación a terceros no se produce en las transmisiones entre la Administración y su sociedad de capital íntegramente público; son como se ha visto, relaciones internas o “in house” y se encuentran exentas de los criterios concurrenciales.

Analizaremos la normativa específica que, con independencia de la contractual ya analizada en el Capítulo XI, justifica esta facilidad de cesión de bienes patrimoniales a las empresas, especialmente las municipales.

#### **1.2.3.1.- Normativa Estatal**

La normativa de aplicación es variada, tanto patrimonial como de régimen local.

##### **A) Normativa Patrimonial de la Administración del Estado**

La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con carácter general, en su artículo 131 establece que: *“los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en la Ley”*.

La enajenación de inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el procedimiento ordinario el concurso, pues solo se utilizará la subasta en los supuestos previstos reglamentariamente y, en todo caso, respecto de bienes que, por su ubicación, naturaleza o características, sean inadecuados para atender las directrices derivadas de las políticas públicas y, en particular, de la política de vivienda.

No obstante ello, se podrá acordar la adjudicación directa *“cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de Derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público”*.

##### **B) Normativa Patrimonial de Régimen Local**

El RBCL establece en su artículo 109 un supuesto general y otro especial en relación con la cesión de bienes a las sociedades públicas.

Con carácter especial, se prevé una cesión de solares al Organismo competente de promoción de la vivienda para construir viviendas de protección oficial; ya se ha visto que la propia jurisprudencia considera las empresas públicas como organismos para la promoción de viviendas en un concepto amplio; ésta revestirá dos formas distintas:

- a) Onerosa o por permuta de los terrenos por número equivalente de aquellos que hubieren de edificarse.
- b) La cesión gratuita en que se prevé una simplificación de requisitos del expediente administrativo. Esta segunda forma tiene los siguientes caracteres:
  - Se prevé como forma excepcional, cuando en la realidad es la forma ordinaria cuando se trata de una empresa municipal. Tiene sentido la permuta cuando dicho organismo o empresa depende de una administración superior, para evitar la despatrimonialización del Ayuntamiento.
  - Se establece como condición legal que los bienes cedidos sean destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes.

Es de destacar que la JURISPRUDENCIA ha ratificado plenamente la aplicación de estos criterios en reiteradas sentencias. Entre otras, merece destacarse:

1. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 29 de septiembre de 1992 (ARZ. 6988), que analiza una cesión de terrenos del Ayuntamiento de Zaragoza a la Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L., impugnada por la Asociación Provincial de Constructores/Promotores de Zaragoza, en la que declara la plena validez de la cesión.

La sentencia indica que el fondo del asunto exige la Resolución de dos cuestiones:

- a) Precisar si la “Sociedad Municipal de la Vivienda SL” podía ser destinataria de la cesión del terreno litigioso; y
- b) Determinar, en su caso, si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido.

Desde un punto de vista material, se alegaba por la asociación actora que el art. 109.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1956, exige, para que estas puedan válidamente ceder inmuebles de forma gratuita, el cumplimiento de dos condiciones: que el destinatario sea una entidad o institución pública o una institución privada de interés público, sin ánimo de lucro, y que los inmuebles se destinen a una finalidad que redunde en beneficio del término municipal. Requisitos ambos que, a juicio de la entidad apelante, no se cumplen en el presente caso por las

siguientes razones: en cuanto al primero, por entender que el carácter de Sociedad Mercantil de la “Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L.” resulta incompatible con la naturaleza o finalidad de aquellas instituciones. Y en cuanto al segundo, por cuestionar la finalidad social de la cesión litigiosa, condicionando dicha finalidad a que las viviendas edificadas fueran de protección oficial.

La sala es contundente y por su claridad se transcribe el Fundamento de Derecho 5.º:

**QUINTO.-** *“Las alegaciones descritas están condenadas al fracaso. La primera se realiza sin tener en cuenta que el artículo 25.d) de la Ley de Bases de Régimen Local considera, en todo caso, competencia municipal “la promoción y gestión de viviendas” y sabido es que los servicios públicos locales, que son todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales, pueden gestionarse de forma directa entre las que se incluye en el artículo 85.3.c) de la misma Ley, la Sociedad Mercantil, cuyo capital social, como ocurre en el presente caso, pertenezca íntegramente a la Entidad Local. En todo caso, importa resaltar que la limitación general de la cesión de terrenos, a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los artículos 79.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local, de 18 de abril de 1988, y 109.2 del Reglamento de Bienes, de 13 de junio del mismo año, debe armonizarse con el supuesto excepcional del artículo 166 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concurra su concreto supuesto de hecho.*

*Por otra parte, el hecho de que las viviendas en cuestión no estuvieran sujetas al Régimen legal especial de Viviendas de Protección Oficial en nada afecta al carácter social de las mismas, si, como hemos dicho, su construcción obedece a su posterior ofrecimiento a personas de bajos niveles de renta. En cualquier caso, no está de más recordar que en el supuesto de que los bienes no fueran destinados para los fines para los que fueron cedidos, entraría en juego la cláusula de reversión a que se refiere el artículo 111 del citado Texto Refundido del Régimen Local, supuesto que ni ha sido planteado, ni podía ser objeto de discusión en este proceso, al girar el mismo en torno al inicial acuerdo de aprobación de una cesión de terrenos.*

*En cuanto a la vulneración del procedimiento legalmente establecido es suficiente señalar que, si bien el art. 110 del citado Texto Refundido requiere que el Acuerdo de Cesión gratuita esté precedido de la instrucción del correspondiente expediente, con arreglo a los requisitos que en el mismo se señalan, la denuncia de la falta de la necesaria documentación se formuló a raíz del primitivo acuerdo de aprobación inicial de la cesión de terrenos discutida, es decir, con anterioridad a la instrucción del expediente, pero durante su tramitación se incorporó la documentación necesaria para*

*poder alcanzar la aprobación definitiva, resultando por ello desproporcionado invocar ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1.c)”.*

2. En esta misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª de 26 de febrero de 2002, dando un amplio margen de cobertura a la actuación de las sociedades mercantiles municipales como instrumento de prestación directa del servicio público municipal de vivienda y suelo, considerando ajustada a derecho la cesión gratuita de solares municipales a dichas empresas para la edificación de viviendas de promoción oficial.

### **1.2.3.2.- Normativa de las Comunidades Autónomas**

Muchas Comunidades Autónomas han regulado específicamente estas cesiones, así es paradigma la Comunidad de Andalucía, que en su Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las entidades locales de Andalucía, en su artículo 23 (Aportación de bienes) dice:

1. Las Entidades Locales podrán aportar la propiedad u otros derechos reales sobre bienes, siempre que tengan la condición de patrimoniales, previa valoración, tanto a los entes públicos de su dependencia, o vinculados a ella, como a las sociedades mercantiles en cuyo capital social participaren, íntegra o parcialmente, así como a las cooperativas y sociedades civiles en las que legalmente tuvieren participación y cuyo objeto sea la prestación de servicios o actividades económicas desarrolladas en el ámbito de su competencia. La responsabilidad de la Entidad Local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución.
2. Cuando se trate de sociedades mercantiles en cuyo capital social participasen íntegra o parcialmente, las Entidades Locales podrán aportar la concesión demanial debidamente valorada. Dicha concesión será además abonada a la Entidad Local mediante la fijación de un canon.

El Decreto 18/2006, de 24 de enero, aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales de Andalucía; el artículo 44 (Aportaciones al capital social) indica que:

1. Las aportaciones dinerarias de las Entidades Locales a las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen íntegra o parcialmente, así como a las cooperativas y sociedades civiles en las que legalmente tuvieren participación y cuyo objeto sea la prestación de servicios o actividades económicas desarrolladas en el ámbito de su competencia, deberán estar totalmente desembolsadas y representadas por sus correspondientes títulos.
2. Las aportaciones no dinerarias constituidas por la propiedad u otros derechos reales sobre bienes de carácter patrimonial, deberán ser

valoradas de conformidad con la legislación mercantil, y cumplir las demás reglas previstas en la normativa de servicios de las Corporaciones Locales.

Además de la normativa andaluza se pueden indicar las siguientes, de las que se destacarán en su caso los aspectos más novedosos y significativos:

- a) Aragón: En la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, en el artículo 181, se permite con claridad esta cesión y con un amplio contenido. En concreto se podrán *“aportar directamente bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, a las sociedades creadas por ellas o en las que tengan participación, para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas”*. En este mismo sentido el artículo 112 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.
- b) Baleares: En la Ley municipal y de régimen local de las Islas Baleares, el artículo 142 permite la transmisión de bienes entre los ayuntamientos y sus sociedades públicas mediante *“cesión o aportación directa de bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, a las sociedades creadas por ellas o en las que tengan participación, para la prestación de servicios y el ejercicio de actividades económicas”*.
- c) Canarias: Contiene una doble previsión, por un lado en su reciente normativa de régimen local, el Decreto 8/2015, de 5 de febrero, para la agilización y modernización de la gestión del patrimonio de las Corporaciones Locales Canarias, en la que se permite la aportación de bienes o derechos *“a las sociedades mercantiles cuyo capital social le pertenezca, total o mayoritariamente”* (artículo 19). Por otro, el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en el artículo 77, extiende la cesión gratuita a las sociedades urbanísticas cuando los bienes propiedad de las administraciones públicas no sean del patrimonio público del suelo pero se trate de viviendas o anexos de las mismas sujetos a régimen de protección pública.
- d) Cantabria: La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria permite la adjudicación directa de los bienes patrimoniales cuando el adquirente sea una sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de Derecho público (art. 63).
- e) La Rioja: La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, regula expresamente la posibilidad de cesiones gratuitas no solo del uso sino también de la propiedad, el derecho de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales (art. 114).

En la misma línea que las anteriores: la región de Murcia en el artículo 65 y 66 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; el

artículo 214 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, y la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana en los artículos 183 y 186.

El procedimiento de aportación depende de cada normativa, aun cuando se configuran de forma muy similar. Por ello es ilustrativo y puede servir como modelo el indicado en el citado Decreto canario de 5 de febrero, para la agilización y modernización de la gestión del patrimonio de las Corporaciones Locales, que en su artículo establece el siguiente procedimiento para la referida aportación:

1.- En primer lugar la realización de un expediente administrativo al que habrán de incorporarse los siguientes documentos:

- Certificación del Registro de la propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la entidad local.
- Certificación por quien ostente la Secretaría de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica.
- Informe de la Intervención de fondos en el que se haga constar que no existe deuda pendiente de liquidación con cargo al bien objeto de la cesión. De existir, habrá de constar el compromiso de la persona cesionaria de subrogarse a ella.
- Dictamen suscrito por personal técnico de la Corporación, que acredite que los bienes no están comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, vigente o en tramitación, que los haga necesarios al ente local.
- La tasación pericial.
- Informe del titular de la Secretaría o asesoría jurídica sobre la idoneidad del bien o derecho para el fin a que se le destina.

2.- Acuerdo plenario que contenga su motivación y las condiciones a las que se somete la cesión, incorporando al expediente, una vez adoptado el acuerdo, la certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que el acuerdo de cesión ha sido adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

#### **1.2.4.- Adquisición de Bienes del Patrimonio Público de suelo**

En materia urbanística son distintos los textos que regulan tanto el patrimonio municipal del suelo como la posible cesión de terrenos para la aportación a capital para constitución o ampliación del capital de sociedades urbanísticas o para su actividad.

Con carácter previo se debe afirmar, que como se ha visto, las empresas públicas son entes instrumentales dependientes del Ayuntamiento, constituidos para la prestación directa de un servicio público, en este caso, actuaciones

urbanísticas tanto de gestión como de planeamiento, por ello es lógico que para el cumplimiento de sus fines la Corporación les pueda ceder bienes a título oneroso (cuando les vende o se las aporta a capital, pues cambia el bien por su valor en acciones) como gratuito. Esta afirmación la corroboran tanto los distintos textos legales como la Jurisprudencia.

#### **1.2.4.1.- Normativa Estatal**

Analizaremos los distintos textos que han abordado la cesión de los bienes de Patrimonio Público del Suelo a las sociedades urbanísticas. No se referirá el actual Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, pues la normativa estatal tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, es muy respetuosa con las competencias de las Comunidades Autónomas y se remite a la legislación de estas para la gestión y transmisión de dichos bienes.

##### **a) Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo de 1978, “Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales”.**

El presente Real Decreto, como indica su Exposición de Motivos, tiende a facilitar la constitución de estas Sociedades; concretar su objetivo sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico; fomentar la colaboración de la Administración Central, la Institucional y la Local, entre sí y con las Cajas de Ahorro, y “facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las Corporaciones Locales y el Patrimonio Municipal de Suelo, a través de las Sociedades o Empresas de economía mixta”, previstas en el tan citado artículo 115 de la Ley del Suelo, TR del 76.

El capital fundacional estará constituido, de acuerdo con el artículo 5, por aportaciones del Instituto Nacional de Urbanización y, en su caso, de otros Organismos de la Administración del Estado de Corporaciones Locales con arreglo a su legislación específica, de Entidades de crédito oficial, Organismos o Entidades de carácter público y Cajas de Ahorro.

Las aportaciones sociales, dispone su artículo 6, podrán hacerse en dinero o en cualquier clase de bienes y derechos valorables en dinero. Estableciendo el párrafo 2.º que:

*“Las Corporaciones Locales podrán hacer sus aportaciones con cargo al presupuesto especial de urbanismo previsto en el artículo 194 de la Ley del Suelo, tanto para obras de urbanización como para formación de patrimonio del suelo”.*

##### **b) Real Decreto 3/1980, de 14 de marzo, sobre promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística.**

Establece en sus dos primeros artículos lo siguiente:

- Artículo 1. Con la finalidad de fomentar la construcción de viviendas de protección oficial, la Administración del Patrimonio Social Urbano y el Instituto Nacional de Urbanización podrán ceder terrenos de su propiedad, por precio inferior a su coste, incluso con carácter gratuito, con los requisitos, precios y condiciones que se determinen en el correspondiente concurso que al efecto convoquen. Igualmente, y en los términos expresados, el Instituto Nacional de la Vivienda podrá ceder terrenos para la promoción pública de viviendas de protección oficial.
- Artículo 2. 1. Los Organismos a que se refiere el artículo anterior podrán transmitir, a título gratuito, a la Administración del Estado, los terrenos de su propiedad con destino a la instalación de servicios públicos. 2. Las Administraciones Públicas Urbanísticas podrán transmitirse entre sí, a título gratuito, terrenos de su propiedad para la construcción de viviendas de protección oficial, creación de suelo para su oferta pública con dicha finalidad o instalación de equipamientos comunitarios.

**c) Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**

El R.D.L. 1/92, regulaba diferentes formas de cesión del Patrimonio municipal de suelo, hoy en gran parte derogado, si bien nos puede servir de antecedente.

Se daba con carácter general, el concurso público, en el que el precio de adjudicación no podrá ser inferior al valor urbanístico del aprovechamiento real que le corresponda al terreno. En el pliego de condiciones del concurso se establecerán los plazos máximos para la realización de las obras de urbanización y edificación, así como los precios máximos de venta o arrendamiento de los inmuebles resultantes de la edificación (art. 284).

El TR 92 preveía, además, dos posibilidades de cesiones por precio inferior a su valor urbanístico e incluso gratuito:

a) Directamente entre administraciones públicas o entre éstas y entidades instrumentales con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social (art. 285).

b) A otros promotores en los siguientes supuestos previstos en el artículo 286:

- Mediante concurso: En casos justificados, para ser destinados a viviendas de protección pública. En estos casos el pliego de condiciones de dicho concurso establecerá las condiciones previstas en el artículo 284.
- Mediante cesión directa: Cuando la permanencia de los usos a que se destinen los terrenos lo requiera, podrá cederse el dominio de terrenos en favor de las Entidades o Instituciones privadas de interés público sin



ánimo de lucro para destinarlos a usos de interés social que redunden en beneficio manifiesto de los respectivos municipios.

Es decir, que tradicionalmente ha sido perfectamente posible la cesión gratuita entre las corporaciones locales y sus entidades instrumentales (no pudiendo dudarse de que lo sean las empresas públicas) con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social. La limitación era y es que dichos bienes se han de destinar a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social, que constituye su finalidad esencial.

Este criterio es asumido por la jurisprudencia, así se puede destacar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Rioja, de 26 de septiembre de 1996, ante una cesión similar, establece su validez, pues indica en su Fundamento de Derecho Tercero:

*TERCERO.- “La segunda causa de infracción del artículo 285 de la Ley del Suelo, que esgrime la asociación actora, consiste en que la transmisión de terreno efectuada ha sido a título oneroso y no gratuito.*

*El referido precepto dispone “Cesiones entre Administraciones. Las Administraciones Públicas urbanísticas y Entidades instrumentales de éstas podrán transmitirse directamente y a título gratuito terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social”. Resulta evidente, dado el tenor del artículo transcrito, que sólo se permite entre las Administraciones Públicas urbanísticas y sus Entidades instrumentales la cesión de terrenos directamente a título gratuito,...*”.

Esta limitación del destino de los terrenos a viviendas protegidas u otros usos de interés social, no tiene por qué conllevar el destino físico del bien a dicho fin. Es decir, si el bien, por la razón que sea, no se puede destinar físicamente al mismo, en virtud del principio de subrogación real, será su contravalor económico, el dinero obtenido por él el que se afectará a dicho fin, entendido que de dichas cantidades se detraerán los gastos necesarios para su gestión y enajenación, incluso los que correspondan a la actividad de la propia sociedad urbanística, siempre adecuadamente valorados y justificados.

#### **1.2.4.2.- Normativa de las Comunidades Autónomas**

La Normativa de las CC.AA. en distintos supuestos permite esta cesión directa de bienes del patrimonio público de suelo (PPS), su administración e incluso su adscripción a estas sociedades para su administración o venta.

Analizaremos la más significativa de dicha normativa:

1. Andalucía: La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), permite la cesión directa y gratuita a sociedades de capital íntegramente público en el art. 76. Indica éste que los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser cedidos gratuitamente o por precio

que puede ser inferior al de su valor urbanístico cuando se destinen a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública y a los otros usos previstos bien directamente o mediante convenio establecido a tal fin.

2. Aragón: La normativa urbanística de Aragón, la Ley 5/1999 de urbanismo, en el artículo 92 permite a los Ayuntamientos y sus respectivas entidades instrumentales transmitirse entre sí terrenos del Patrimonio Público de Suelo, directamente e incluso a título gratuito, con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social.
3. Asturias: El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, en el artículo 218 indica que los bienes de los PPS pueden ser transmitidos de forma directa, ya sea gratuitamente o por precio, por sus administraciones titulares a otras Administraciones públicas, o de las entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental o para la ejecución de equipamientos públicos o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.
4. Baleares: La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo; el artículo 102 permite la cesión a cualquiera de las otras administraciones públicas territoriales y a entidades o sociedades de capital íntegramente público de los bienes de los patrimonios públicos de suelo, bien de forma gratuita o por precio que puede ser inferior al de su valor urbanístico, bien directamente o mediante convenio establecido con ese fin, para los fines establecidos como propios del PMS.
5. Canarias: El Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el “Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias”, en su artículo 77 permite la cesión gratuita mediante convenio o por precio de patrimonios municipales a las sociedades para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental o para la ejecución de dotaciones o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.
6. Cantabria: La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria autoriza que los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y sus respectivas sociedades de capital público, permuten entre sí bienes del PPS y se transmitan directamente, onerosa o a título gratuito, terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamientos comunitarios y otras instalaciones o edificaciones de uso público e interés social de estas cesiones (artículo 236).

7. Castilla y León: La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, en su artículo 127, establece la posibilidad de transmisión de los bienes de los patrimonios públicos de suelo, mediante cesión gratuita o enajenación por precio inferior al valor de su aprovechamiento a favor de empresas públicas, siempre que se comprometan a destinarlos a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social que redunden en manifiesto beneficio de la Entidad Local.
8. Castilla-La Mancha: El Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (TRLOTAU), en el Artículo 79, determina que los bienes del PPS pueden ser cedidos gratuitamente o por precio a cualesquiera de las restantes Administraciones Territoriales o de las entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, para la realización de programas de conservación o mejora medioambiental o con el objeto de la ejecución de equipamientos públicos o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social. Deberá realizarse habitualmente mediante convenio, debiendo efectuarse en condiciones que aseguren, cuando proceda, los plazos máximos de urbanización y edificación y los precios finales de las viviendas e impidan, en todo caso, a los adquirentes tanto de aquéllos como de éstas la ulterior enajenación por precio superior al de adquisición con el incremento derivado de los índices pertinentes, salvo que previamente se devuelva a la Administración el total importe, actualizado, de la inversión a ésta imputable.
9. Cataluña: El Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo posibilita la cesión directa a favor de la entidad urbanística especial de la administración territorial titular (la sociedad urbanística lo es como se ha visto), citando expresamente a los promotores públicos para construir viviendas protegidas, en su artículo 164. En estos casos de aportación de los bienes del patrimonio municipal de suelo y de vivienda, no comporta ninguna alteración del régimen de dichos bienes establecido por esta Ley.
10. Extremadura: La Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial, indica que las Administraciones Públicas territoriales y sus entidades o empresas públicas, podrán cederse gratuitamente o por precio fijado, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, bienes de los patrimonios públicos de suelo. La cesión deberá fijar los plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización y edificación. En el supuesto de haberse cedido terrenos que no tengan aún la condición de solar, se entenderá condicionada a la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan.
11. La Rioja: La Ley 2/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, para que puedan disponer del suelo necesario para su actividad, permite la permuta o la transmisión directa y a título gratuito u oneroso de terrenos, de naturaleza patrimonial e incluso del patrimonio municipal o autonómico del suelo entre los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y

sus respectivas sociedades anónimas con capital mayoritariamente público (artículo 184).

12. Madrid: La Ley 9/2001 del Suelo, en su artículo 178 permite que no solo los bienes de los PPS, sino también los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios, clasificados como suelo urbano y urbanizable, pueden ser cedidos onerosamente para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental, o gratuitamente mediante convenio para la ejecución de dotaciones públicas o promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social. Destinataria de dichas cesiones será cualquier Administración Pública o entidad de ella dependiente o adscrita.
13. Murcia: El Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, en su artículo 200, permite que a las sociedades urbanísticas se les cedan bienes del patrimonio público del suelo, de forma gratuita u onerosa, para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, para la realización de programas de conservación o mejora territorial o para la ejecución de dotaciones y equipamientos públicos.
14. Navarra: La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, establece que los bienes de los PMS o del Banco Foral de Suelo puedan ser cedidos por las administraciones públicas a sus entes instrumentales, directamente e incluso a título gratuito con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social (artículos 228 y 230).
15. País Vasco: El artículo 118 de la Ley del Suelo y Urbanismo de 2006, permite que los bienes del PPS puedan cederse gratuitamente o por debajo de su valor cuando el cesionario sea una administración pública o sus entes instrumentales y el destino cualquiera de los contemplados en el PPS.
16. Valencia: La Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, permite que los bienes integrantes del PPS sean cedidos directamente a sociedades urbanísticas en el artículo 99.4, tanto de forma onerosa como a título gratuito.

#### **1.2.4.3.- Supuesto de aportación de bienes del patrimonio municipal a capital social**

Supuesto interesante de cesión y muy utilizado por las ventajas fiscales que conlleva, es cuando los bienes cedidos por el Ayuntamiento se aportan a capital social, bien en el momento de la constitución, bien en momento posterior, para la ampliación del mismo.

En este caso, la entrega de los bienes lo es a título oneroso, pues lo que se produce realmente es una permuta del inmueble aportando el contravalor en acciones o participaciones sociales, es decir, se produce la “movilización” del

bien del patrimonio municipal del suelo, pues se cambia un inmueble por un mueble, título valor.

Así, los bienes aportados, que se integran en el capital social, se constituyen en garantía frente a los posibles acreedores, por lo que se impone la obligación de reducirlo e incluso acudir a las instituciones concursales, cuando se pierde determinado porcentaje de dicho capital. Por ello, se exige en la S.A. que, a efectos de que la valoración sea lo más adecuada posible, se realice por perito independiente designado por el registro Mercantil.

Esta permuta por aportación aplica perfectamente los criterios de subrogación real que se han indicado anteriormente; las acciones serán las que deberán inventariarse dentro del patrimonio municipal del suelo y, en su caso, los beneficios económicos que se obtengan de su venta o del actuar de la propia sociedad. No debiendo por lo tanto requerirse ninguna condición o requisito específico en el acuerdo de cesión.

Las Comunidades Autónomas, en sus normativas urbanísticas o patrimoniales, han previsto este supuesto de aportación de bienes del PMS al capital de las sociedades público, ya que es uno de los que fiscalmente es más rentable. En concreto se pueden citar las siguientes:

- a) Ley de Urbanismo y el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León; se reconoce la posibilidad de aportar en especie a capital de las sociedades urbanísticas en el momento de su constitución o en aumento de capital, al considerar como bienes integrantes de los PMS las acciones o participaciones que se suscriban.
- b) El derogado Decreto 67/2006, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística Valenciana, reconocía la aportación a capital en su artículo 543, al considerar que integran el Patrimonio Público de Suelo los siguientes bienes y derechos: “2.º Los intereses, beneficios y plusvalías por enajenación de activos, obtenidos por entidades o sociedades en las que se aporten como capital público bienes del Patrimonio Público del Suelo”.
- c) En Cataluña, el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales. Este último prevé, en su artículo 214, que la posibilidad de aportación puede ser igualmente al capital de la sociedad, en cuyo caso, la aportación en especie será objeto de valoración, conforme a la legislación mercantil aplicable al tipo de sociedad de que se trate.

Es una cuestión que se ha planteado reiteradas veces, sobre la necesidad de una exposición pública específica de la aportación del bien inmueble a la sociedad, en el caso de que se aporte a capital específico de la sociedad. Tras el análisis de la normativa de aplicación, se ha considerado que no es necesaria dicha publicación específica y que ésta se podría entender perfectamente hecha por la exposición pública de la memoria prevista en el artículo 97.1.c) del Real Decreto Legislativo 781/86, por las siguientes razones:

1. El artículo 97.1.c) del Real Decreto Legislativo 781/86 y el reglamento de Servicios, prevén que en la memoria deberá establecerse distintos aspectos, entre ellos el económico, debiendo por lo tanto especificarse que se van a aportar bienes a capital, por lo que quedará perfectamente clara su aportación y la finalidad, pudiendo los eventuales interesados en los mismos formular alegaciones sobre dicha cesión en la fase prevista de exposición al público. Además el plazo de publicidad es mayor.
2. Por otro lado, el reglamento de bienes se refiere a bienes patrimoniales, mientras que los bienes a aportar son de patrimonio municipal de suelo, y como ya hemos hablado, de acuerdo con la normativa urbanística, éstos tienen un régimen propio y se pueden ceder directa y gratuitamente sin especiales formalidades, salvo su especial valoración en caso de aportación a capital.

### **1.2.5.- Bienes de Demaniales**

Los bienes demaniales, los de dominio y uso público o afectos a los servicios públicos, no pueden ser aportado a las sociedades, solamente podrá realizarse la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes o mediante la correspondiente desafectación.

En relación a la aportación a capital, la DGRN en su resolución de 12 de septiembre de 1985, ha dejado claro que no pueden aportarse a capital de este tipo de sociedades bienes de Dominio Público.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 7 de diciembre, núm. 997/2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª (JUR 2002\133136), Recurso contencioso-administrativo núm. 721/1997, que indica en su Fundamento de Derecho Tercero:

*TERCERO.- “Para la resolución de la cuestión litigiosa debemos hacer una breve referencia a los modos de gestión de los servicios públicos locales, encontrándonos en el caso que nos ocupa ante un modelo de gestión directa en el que la Entidad Local no asume directa e inmediatamente el riesgo de aquella gestión, sino que ésta se ejerce con la interposición de una persona jurídica, en concreto, a través de una sociedad de capital total o mayoritariamente perteneciente a la Corporación Local. .../...*

*La constitución de este tipo de sociedad plantea también el problema de la naturaleza de la aportación de bienes de dominio público al capital social. En principio la inalienabilidad de los bienes de dominio público hace imposible su transmisión a una persona jurídica distinta del propio Ente local titular del demanio y ello menoscaba la función de garantía patrimonial de los acreedores sociales que cumple el capital social que resultaría burlada con la aportación de bienes demaniales dado su carácter inembargable. Ello se resuelve mediante la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes y bien mediante la correspondiente desafectación de aquéllos a fin de alterar su calificación*

*y convertirlos de demaniales en patrimoniales; sabido es que esta desafectación sólo podrá tener lugar de forma expresa a través del expediente en el que se acredite su oportunidad y legalidad. Su conversión en bienes patrimoniales permitirá a la Corporación Local disponer de los mismos en los términos legalmente previstos”.*

No obstante ello, como se ha visto anteriormente, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las entidades locales de Andalucía, en su artículo 23 (Aportación de bienes), indica que cuando se trate de sociedades mercantiles en cuyo capital social participasen íntegra o parcialmente, las Entidades Locales podrán aportar la concesión demanial debidamente valorada. Dicha concesión será además abonada a la Entidad Local mediante la fijación de un canon.

Igualmente, la Legislación local de Aragón, tanto la Ley de Administración Local, en su artículo 181, como el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales, en sus artículos 112 y 181, permiten la adscripción en el caso de los bienes demaniales o afectos al servicio público. En estos casos no cambia su naturaleza jurídica originaria de bienes demaniales, por ello las empresas no adquieren su propiedad, y solamente tienen facultades para su conservación y utilización para el cumplimiento de los fines que se determinen en la adscripción.

El Decreto 8/2015, de 5 de febrero, para la agilización y modernización de la gestión del patrimonio de las Corporaciones Locales Canarias, permite que las entidades locales aporten a las sociedades en las que participen total o mayoritariamente concesiones demaniales debidamente valoradas. Con las siguientes condiciones: En primer lugar, la concesión será además abonada a la Entidad Local mediante la fijación de un canon, además, podrá revestir la forma de prestación accesorio, retribuida o no, y en tal caso no podrá integrar el capital social de la empresa, debiendo establecerse en la escritura social mediante su consignación en los estatutos de la sociedad.

En Cataluña, el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales. Este último prevé la posibilidad de que bienes de dominio público podrán ser adscritos por las entidades locales a este tipo de sociedades para el cumplimiento de sus fines, en cuyo caso conservarán su calificación jurídica originaria (art. 214). La adscripción no implicará transmisión del dominio ni desafectación.

Por último, la Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, en su artículo 183 permite a las entidades locales no solo aportar a sus sociedades directamente bienes patrimoniales, sino también derechos concesionales y otros derechos reales, previa su valoración técnica, para la prestación de servicios y ejercicio de actividades económicas.

### **1.2.6.- Adscripción directa por gestión urbanística**

La más moderna normativa urbanística de las CC.AA, ha impuesto una nueva forma de adquisición de bienes por las sociedades urbanísticas que desarrollan

y gestionan el suelo, es la adscripción directa de los suelos o aprovechamiento de cesión, para el PMS que les corresponde, como si de la administración actuante se tratase en los supuestos de gestión directa por las mismas.

Este criterio es lógico, pues si la sociedad urbanística es en definitiva la que desarrolla la política de suelo de una administración local, no tiene sentido que cuando actúa como urbanizadora deba realizarse un peregrinaje de cesión de los aprovechamientos, primero a la administración matriz y después, como se ha visto en el anterior apartado, a la sociedad. Todo ello teniendo perfectamente claro que se trata de bienes de patrimonio público de suelo y que tienen unos fines específicos, que la sociedad debe cumplir, como se ha visto.

Este sistema de adscripción por gestión urbanística lo consagró inicialmente el artículo 174.2.º de la derogada Ley Urbanística Valenciana–LUV, que permitía *“en los supuestos de gestión directa para la promoción de suelo con destino a viviendas protegidas, la adjudicación de terrenos correspondientes a la cesión del 10% de aprovechamiento se efectuará gratuitamente a favor de la urbanizadora, vinculado a ese destino”*.

En la misma línea, la normativa castellano-manchega, en el artículo 92.5.c) del TRLOTAU, en relación con el artículo 32 del Reglamento de la Actividad de Ejecución, en el supuesto de gestión directa por sociedades urbanísticas que en la proposición jurídico-económica admiten la posibilidad de la adscripción directa a la sociedad actuante de los terrenos o cantidades por la cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración.

Igualmente en Cataluña, el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, artículo 22 (Entidades urbanísticas especiales), que indica:

*“1. El Instituto Catalán del Suelo es una entidad urbanística especial de la Generalidad. También son entidades urbanísticas especiales los consorcios urbanísticos, las mancomunidades en materia urbanística, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determinan sus estatutos.*

*2. Las entidades urbanísticas especiales pueden asumir competencias urbanísticas en materia de planeamiento y de gestión urbanística en los supuestos en que operan como administración actuante y pueden ser receptoras de la cesión a título gratuito o de la enajenación directa de terrenos del patrimonio público de suelo y de vivienda”*.

El artículo 23 indica que: *“El Instituto Catalán del Suelo, si opera como administración actuante, tiene derecho a recibir el suelo de cesión obligatoria y gratuita correspondiente al porcentaje aplicable sobre el aprovechamiento urbanístico del ámbito de actuación correspondiente, derecho de que también gozan, si lo decide el Ayuntamiento, las sociedades urbanísticas. En estos casos, el suelo cedido debe integrarse en el patrimonio público de suelo respectivo, de acuerdo con los artículos 153 y siguientes”*.



### **1.3.- ENAJENACIÓN DE SUS BIENES**

Ya se ha visto el régimen general de los contratos patrimoniales, por lo que se analizarán en este apartado las especialidades que presentan los negocios jurídicos de disposición de los bienes, en primer lugar de las corporaciones locales, analizando seguidamente las especialidades de dichos actos dispositivo de las sociedades urbanísticas locales.

#### **1.3.1.- Régimen aplicable a las corporaciones locales**

La LPAP aplicable, como se ha visto, a las corporaciones locales, permite la enajenación de los bienes y derechos *“en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso”*, no obstante ello, la enajenación a título gratuito sólo será admisible en los casos que especialmente se contemplan (artículo 132).

Las formas de enajenación que contempla en su artículo 137 son las tradicionales de subasta, concurso y adjudicación directa, determinando los supuestos de los que procederá cada uno de ellos, en concreto:

- a) **Subasta**: es la forma ordinaria y podrá ser al alza o a la baja y, en su caso, con presentación de posturas en sobre cerrado; podrá acudir igualmente a sistemas de subasta electrónica. La modalidad de la subasta se determinará atendiendo a las circunstancias de la enajenación, y la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa.
- b) **Concurso**: Que se realizará con aquellos bienes en los que así se acuerde teniendo en cuenta “criterios que, por su conexión con las directrices de políticas públicas específicas, puedan determinar que la venta coadyuve sustantivamente a su implementación”. Será la administración titular la que identificará los bienes que deben ser enajenados mediante este procedimiento y fijará los criterios que deben tomarse en cuenta en el concurso y su ponderación.
- c) **Adjudicación directa**: Que podrá realizarse, entre otros supuestos, en los siguientes:
  - Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.
  - Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida.
  - Cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) y b).
  - Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos.

- Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

Existe un supuesto específico de cesión distinto de los anteriormente indicados, la permuta, que se contempla en los artículos 153 y 154 de la LPAP, cuando por razones debidamente justificadas en el expediente resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50 por ciento de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie. Haciendo una previsión específica de interés para las sociedades urbanísticas pues indica expresamente el último párrafo del artículo 153 que *“la permuta podrá tener por objeto edificios a construir”*, previsión que da mucho juego en las actuaciones no solo de promoción de vivienda sino también en las de rehabilitación o revitalización urbanas.

La normativa de régimen local, tanto el Real Decreto Legislativo 781/1986 como el RBCL, realizan una regulación similar a la de la LPAP, reconociendo específicamente la subasta y la cesión directa, no así el concurso, que podrá igualmente realizarse por aplicación de la normativa estatal supletoria.

En concreto, en relación al régimen de los referidos bienes patrimoniales, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en su artículo 80: *“Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario”*.

En el mismo sentido, el RBCL en su artículo 112 indica que:

- “1. Las enajenaciones de bienes patrimoniales se registrarán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.*
- 2. No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor”*.

Las CC.AA. siguen esta misma línea, así, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, en su artículo 209 (“Enajenación y gravamen”) indica que la enajenación de bienes y derechos patrimoniales a título oneroso requiere el cumplimiento de las normas sobre contratación de bienes y derechos de patrimonio local, debiendo tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- a) *“La enajenación de bienes inmuebles patrimoniales puede realizarse por concurso, subasta pública o adjudicación directa. El procedimiento ordinario para la enajenación de inmuebles es el concurso.*

- b) *Puede acordarse la subasta de bienes que, por su ubicación, naturaleza y características, sean inadecuados para atender las directrices derivadas de políticas públicas de vivienda.*
- c) *Puede acordarse la adjudicación directa si lo requieren las particularidades del bien, las necesidades a satisfacer o las limitaciones del mercado inmobiliario”.*

La normativa de la Comunidad de Madrid, igualmente en su normativa de Régimen Local sigue esta línea al indicar el artículo 91 (“*Enajenación o gravamen de bienes patrimoniales*”) de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, que:

*“1. La enajenación, gravamen o permuta de bienes patrimoniales cuyo valor exceda del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación requerirán la autorización de la Comunidad de Madrid. En los demás casos, deberá realizarse la correspondiente comunicación a la Comunidad de la operación realizada. El procedimiento de autorización no tendrá una duración superior a seis meses y los efectos del silencio administrativo serán desestimatorios.*

*2. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes patrimoniales de las Entidades Locales que resultan clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable, se enajenarán por alguna de las formas previstas en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.*

*3. La enajenación de los restantes bienes patrimoniales sólo podrá realizarse por subasta, salvo en el caso de permuta entre bienes de carácter inmobiliario, cuando la diferencia de valor entre los mismos no exceda del 40 por 100 del que lo tenga mayor.*

*También podrán cederse gratuitamente a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los vecinos, así como a las Instituciones privadas sin ánimo de lucro. Las cesiones deberán ser comunicadas al órgano competente en materia de régimen local de la Comunidad de Madrid”.*

Estos criterios han sido confirmados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; es muy significativa la Sentencia de 20 de mayo de 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), en la que analiza el supuesto y se admite la permuta de los terrenos como excepción a la subasta, siempre que esté justificada la necesidad de la misma. En la citada sentencia, en su Fundamento de Derecho Séptimo se realiza una síntesis de la doctrina de la Sala en relación al tema. Se transcribe por ello el Fundamento de Derecho Séptimo:

*«Es doctrina de esta Sala que la subasta es el procedimiento aplicable a la enajenaciones de bienes de las entidades locales (sentencia de 28 de febrero de 1997, Recurso de Apelación 10823/1991), en la que declaramos “... estableciéndose en el art. 80 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986, que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta*

*pública, con la excepción de la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, precepto ratificado por el art. 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986. Tales preceptos no vinieron sino a confirmar la doctrina legal contenida ya en el art. 168 de la Ley del Suelo de 1976 sobre la necesidad de celebrar subasta pública para la enajenación de terrenos pertenecientes a las Entidades Locales con las excepciones del art. 170 y 169 que permiten la enajenación directa de tales terrenos para los fines allí expuestos, ninguno de los cuales se refiere al supuesto aquí contemplado...”.*

*Este mismo criterio es seguido en la STS de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 1142), recurso de casación 2650/2001, si bien con la salvedad de que aquí se admitió la enajenación directa al amparo del artículo 120.6 del RDL 781/1986, de 18 de abril, porque en el caso concreto se habían celebrado previamente dos subastas para la enajenación del bien, la primera declarada desierta y la segunda con adjudicación provisional y definitiva, pero que finalmente no culminó con su formalización por causa imputable al adjudicatario, supuesto inaplicable al presente caso en que no tuvo lugar ninguna subasta previa y en la más reciente de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 4089), recurso de casación 773/2004, que reproduce la doctrina establecida en la anterior sentencia de 15 de junio de 2002 (RJ 2002, 5932) en los siguientes términos:*

*“La Sala de instancia no niega que las Corporaciones Locales puedan disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que queda asegurada su necesidad, expediente que en el caso presente no se ha observado, pues como única justificación de la permuta aparece un informe de 31 de mayo de 1993, esto es, de fecha posterior a aquella en que se acordó la permuta, y esta tesis corresponde a la mantenida por esta Sala en sentencias de 31 de enero de 2000 (RJ 2000, 2112) y 24 de abril de 2001 (RJ 2001, 3423), por lo que el presente motivo de casación ha de ser desestimado. En efecto, en la última de estas sentencias se declara que:*

*1) La subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el art. 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; y en términos parecidos se pronuncia el art. 168, citado por la sentencia recurrida, del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril -TR/LS 1976-.*

*2) El significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836). Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes.*

3) *Es en el marco de la idea anterior como ha de ser interpretado el apartado 2 del artículo 112 del RBCL.*

*Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad...”.*

*Siendo la finalidad de la subasta, cuando se utiliza como forma de enajenación de un bien público, ampliar al máximo el abanico de ofertas posibles, para de esta manera acentuar la concurrencia competitiva y estimular en los participantes su esfuerzo o interés por presentar las ofertas más ventajosas para la Administración convocante, la falta de utilización de este procedimiento, que únicamente debe ceder en el supuesto de permuta con otros bienes, no se ajusta a derecho, pudiendo producir, además, menoscabo en la Hacienda Municipal».*

### **1.3.2.- Régimen aplicable a las sociedades urbanísticas**

#### **1.3.2.1.- Planteamiento**

La sociedad en ejecución y cumplimiento de su objeto social, realiza una amplia gama de negocios jurídicos de naturaleza patrimonial de cesión de bienes en cualquiera de las formas previstas por el ordenamiento jurídico, compraventa, alquiler, precario, etc.

En este sentido, el artículo 3 del Real Decreto 1169/1979, reiteradamente citado, indica que para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá, entre otras:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.

Como se aprecia, determina dos aspectos concretos, por un lado la enajenación de la forma más conveniente para asegurar la edificación y, por otra, la enajenación anticipada o “sobre plano”, es decir, venta durante el procedimiento de ejecución urbanística, antes de que la parcela merezca la condición de solar.

Es práctica común entre los urbanizadores privados la venta previa de los solares a que dará lugar la urbanización, es decir, su venta anticipada sobre

plano. Esto no es sino el mismo sistema que se utiliza en la venta de pisos, que se venden en base al proyecto, con el objeto de que el promotor vea mermada la carga financiera de la promoción. Consecuentemente con ello, este sistema de venta anticipada ha sido especialmente previsto para el supuesto de sociedades urbanísticas públicas por la normativa estatal, al objeto de que las administraciones públicas puedan intervenir en el mercado de suelo con elementos similares a la iniciativa privada.

La legislación de las CC.AA. ha venido a ratificar las anteriores afirmaciones, incorporando en sus normativas la referida posibilidad de enajenación directa y anticipada de los futuros solares.

- a) En Aragón, el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio), indica que para la realización de su objeto social, las sociedades urbanísticas tendrán, de conformidad con su naturaleza y con la normativa que les resulte de aplicación, las facultades que se les atribuyan y, en entre otras, las siguientes:
- Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho privado, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
  - Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos y en la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.
- b) El Principado de Asturias en el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo en su artículo 13 “Sociedades urbanísticas”, regula de forma amplia la facultad de las distintas administraciones de constitución de sociedades urbanísticas y su capacidad de actuación. Así, establece unas facultades de actuación amplísimas, indicando que para la realización del objeto social, la sociedad urbanística podrá: *“Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos o de la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento y que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación”*.
- c) El Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en su regulación específica de las sociedades urbanísticas que se realiza en el artículo 407 (“Sociedades urbanísticas”), indica que conforme a la legislación mercantil, las Administraciones públicas, sus entidades dependientes, las mancomunidades y los consorcios, pueden constituir de forma individual o conjunta sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, o

bien participar en sociedades anónimas ya constituidas. Indicando que cuando las sociedades urbanísticas asuman la condición de urbanizador de una actuación urbanística, pueden por sí mismas, entre otras: *“Enajenar, incluso antes de la total ejecución de la actuación, las parcelas edificables que resulten de la misma, así como los derechos de aprovechamiento que deban materializarse sobre dichas parcelas, en los términos más convenientes para asegurar la edificación en los plazos y demás condiciones previstas”*.

d) La Comunidad de Castilla-La Mancha, en el artículo 18 (Sociedades urbanísticas) de su Reglamento (Decreto 29/2011), permite a las sociedades para el desarrollo de su actividad, entre otras, las siguientes actuaciones:

- Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice la legislación aplicable, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del ámbito correspondiente.
- Enajenar, incluso anticipadamente, los terrenos cuya transformación deba dar lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.

### **1.3.2.2.- Procedimiento de enajenación**

Vistos los criterios generales de aplicación a las sociedades urbanísticas, es necesario que se determine el procedimiento de enajenación de los bienes de las sociedades urbanísticas.

Tradicionalmente se afirmaba que una vez los bienes devienen de titularidad de la empresa Pública, nada contiene ninguna de las leyes en relación a la enajenación. Ante ello, de acuerdo con la finalidad general de las mismas, facilidad de actuación para su intervención en el mercado y al Derecho que se someten, el Mercantil, en principio su actuación no se encuentra condicionada, es decir se puede enajenar libremente. Ello en base fundamental a lo establecido en la normativa sectorial urbanística que se ha visto y por el hecho de que la LBRL sometiendo la actuación de las sociedades públicas locales al derecho privado no excepciona de este principio las actuaciones patrimoniales, como hace con otras como las de contratación, contabilidad, etc.

Como afirmábamos en 2006<sup>406</sup>, la una vez los bienes son propiedad de la empresa Pública, ninguna existe limitación a la enajenación. Citando expresamente a dos catedráticos de derecho administrativo:

a) Raúl Bocanegra, indicaba que por lo que respecta a las sociedades urbanísticas en particular, el catedrático de Derecho administrativo, indicaba que estas sociedades son sociedades privadas que actúan sometidas al

---

<sup>406</sup> BUESO GUIRAO Y ZURITA GONZALES (2006). Boletín Informativo de AVS n.º 86, páginas 58 a 60.

Derecho privado y, desde esta perspectiva, es claro que ninguna limitación existe a la enajenación directa (“incluso anticipadamente”, dice el art. 8.2.c del Real Decreto 1169/78) de los solares resultantes de su actuación sin que en absoluto sea necesario promover la concurrencia de terceros como exigencia derivada de su funcionamiento en el tráfico. La norma reglamentaria citada, así contundentemente lo afirma, como se observa, en plena coherencia con su naturaleza jurídica. Y lo hace no solo directamente, como acabamos de ver, sino también por exclusión, al exigir, únicamente en un supuesto, la promoción de la libre concurrencia: así, solo en el caso de la ejecución de obras, cuya ejecución se prohíbe expresamente a las Sociedades urbanísticas, se exige la adjudicación de las mismas “en régimen de libre concurrencia”. El art. 3.5 del Real Decreto 1109/78 precisa, en efecto, que “la ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarla directamente”. No parece que el asunto ofrezca mayores dudas: aparte de lo ya dicho, juega aquí la regla “inclusionis unius, exclusionis alterius”. Si se hubiera pretendido limitar la enajenación directa del suelo resultante de la actividad de las Sociedades urbanísticas, no solo no se les hubiera expresamente autorizado, sino que hubiera sido necesario prever también explícitamente su prohibición<sup>407</sup>.

- b) Jesús González Pérez, señala que: “cuando la urbanización se realiza por entidades públicas, la enajenación de las parcelas resultantes está sometida a determinados límites y formalidades. Al no hacerse salvedad alguna en el art. 3.2.c., Decreto 1169/1978, parece presuponer que, cuando la urbanización se realizase por la sociedad urbanizadora sometida al Derecho común, la enajenación no está sujeta a límite ni formalidad alguna, como tampoco lo está cuando la urbanización se realiza por particulares en general -sean personas físicas o jurídicas-. El precepto viene a reconocer esta facultad de enajenación en los términos más amplios, dice “en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos”<sup>408</sup>.

Ante ello concluíamos que *“la cesión no se encuentra limitada pudiendo cederse no solo directamente sino incluso anticipadamente, siempre claro está con la finalidad de facilitar la labor urbanística o la realización de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública”*.

En la actualidad, tras el análisis que se ha hecho en el apartado anterior y las resoluciones judiciales recientes, consideramos que esa exclusión no es absoluta. La realidad es que se debe de aplicar los principios de publicidad y concurrencia pues no puede olvidarse que en definitiva son bienes que, aun no siendo públicos, pertenecen a sujetos del sector público.

No obstante ello, hay que realizar dos precisiones específicas en relación a estos principios de publicidad y concurrencia que condicionan la enajenación de bienes de las sociedades urbanísticas.

---

<sup>407</sup> BOCANEGRA SIERRA (1992), págs. 163-177.

<sup>408</sup> GONZÁLEZ PÉREZ (1978), páginas 13-39.



En primer lugar, se trata de sociedades públicas urbanísticas con una finalidad clara de intervenir en la política de suelo y vivienda con medios muy similares a los promotores públicos (no se olvide: *“se regirán íntegramente (...) por el ordenamiento jurídico privado”*, art. 85 ter LBRL). Por ello, junto a estos principios de publicidad y concurrencia, la normativa que se ha visto deja perfectamente claro que la disposición de los bienes de las sociedades, fundamentalmente terrenos o solares o viviendas, debe realizarse *“para asegurar su edificación en los plazos o de la forma prevista”*, por lo que si el adecuado cumplimiento de estos criterios determina que la cesión deba hacerse de forma directa, ésta podrá realizarse. No deja de ser la aplicación de la clásica excepción en la contratación pública que siempre ha excluido los criterios de publicidad y concurrencia *“cuando la naturaleza de la operación sea incompatible con estos principios”*<sup>409</sup>.

Por ello, partiendo de la aplicación general de los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación en materia de disposición de sus inmuebles, las excepciones a estos principios se producirán con cierta habitualidad por imposición de la naturaleza de la operación a realizar o por el hecho de ser excepcionados expresamente por la normativa de las CC.AA., que se aplica en base a las competencias que las mismas tienen en la materia patrimonial y de urbanismo y vivienda.

En segundo lugar, hay que indicar que en otros supuestos es la propia normativa de las CC.AA., tanto de régimen local como sectorial de urbanismo y vivienda, la que determina unos criterios específicos de disposición, con determinados medios de publicidad y concurrencia especialmente en relación a la enajenación de viviendas protegidas o bienes del PMS.

En este sentido, la normativa catalana es clara, tanto la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que se ha visto, indica en su artículo 209 que: *“Puede acordarse la adjudicación directa si lo requieren las particularidades del bien, las necesidades a satisfacer o las limitaciones del mercado inmobiliario”*. Igualmente el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, determina en su artículo 225 que: *“los bienes aportados por la propia entidad local para ser transformados por la sociedad, y los adquiridos por ésta para ser devueltos al tráfico jurídico podrán enajenarse directamente, si así lo requiere el objeto social y lo han previsto los estatutos”*.

El País Vasco, en relación a los bienes del PPS o PMS en la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, determina que la forma habitual de su enajenación es el concurso, si bien podrán enajenarse bienes directamente, con los requisitos que en cada caso requiera la normativa, entre otros, en los supuestos siguientes:

---

<sup>409</sup> Como se ha visto, la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP que, en la redacción operada por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, establecía que: *“Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”*.

- *“Cuando los peticionarios sean entidades de carácter asistencial o social sin ánimo de lucro, tales como fundaciones, mutualidades, cooperativas y otras que promuevan la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.*
- *En el caso de edificios de viviendas de titularidad pública o de organismos y empresas mercantiles dependientes, cuando los peticionarios sean sus ocupantes legales.*
- *En el supuesto de construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública promovidas por organismos públicos o sus entes instrumentales, cuando dicha actividad constituya su objeto específico.*
- *En el caso de construcción de edificios públicos destinados a organismos oficiales que requieran un determinado emplazamiento sobre suelos calificados como dotacionales”.*

Hay que indicar igualmente que distintas CC.AA. como la de Aragón o Navarra establecen unos procedimientos específicos concurrenciales para la adjudicación de las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, con las iguales excepciones de urgencia, necesidad o circunstancias especiales concurrentes.

Como conclusión de lo indicado, se puede establecer que las sociedades urbanísticas deberán aplicar en la enajenación de sus bienes criterios de publicidad, concurrencia y no discriminación, salvo cuando la naturaleza de la operación, bien sea por la naturaleza de los inmuebles, destinatarios o las finalidades de la actuación o naturaleza de la misma, determinen la imposibilidad de su aplicación. Para acreditar ello es necesario que quede convenientemente justificado en el expediente de enajenación.

Por último, hay que insistir que debe establecerse estos criterios con carácter previo a negocio de enajenación y que las instrucciones de contratación sería un adecuado medio de determinación y de publicidad de los mismos, mediante su publicación en el perfil del contratante de la sociedad.

## **2.- RÉGIMEN ECONÓMICO/FINANCIERO**

No es objeto del presente estudio realizar un análisis en profundidad de los aspectos económicos, financieros y presupuestarios de las sociedades, por cuanto excede de la finalidad del mismo. Sin perjuicio de ser una línea a seguir en futuros estudios, en este momento, solamente se pretende establecer un marco general del régimen económico financiero de las sociedades públicas locales al objeto exclusivo de tener una referencia básica especialmente para la comprensión de otros aspectos de dichas sociedades, analizados con profundidad en de este estudio. Queda por lo tanto pospuesto a una futura línea de investigación, no solo el régimen económico financiero de dichas sociedades, sino también los interesantes y complejos aspectos fiscales del actuar de las mismas.

Se analizará en primer lugar el régimen de las Administraciones locales, especialmente los Ayuntamientos, para que una vez determinado éste, se puedan apreciar las indudables ventajas que presenta el régimen económico financiero de las sociedades públicas locales.

## **2.1.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO Y CONTABLE DE LAS ENTIDADES LOCALES**

Las administraciones locales se encuentran sometidas al régimen presupuestario y de contabilidad pública. Como consecuencia de dicho régimen, el control interno es ejercido fundamentalmente por el interventor municipal, mediante la denominada “intervención previa” o más recientemente denominada “fiscalización previa”. El Control externo es realizado por el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Fiscalización establecidos por las CC.AA. llamados con el nombre genérico de OCEX.

La Normativa de Derecho Público fundamental de aplicación es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), y el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos (RD 500/90).

### **2.1.1.- La Gestión presupuestaria: El Presupuesto general**

Como se ha indicado, las corporaciones locales están sometidas al régimen presupuestario, es decir cada año deben elaborar el denominado “presupuestos General”.

El TRLHL define el “Presupuesto General” de la entidad local al indicar en el artículo 162 que *“constituye la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local correspondiente”*.

Consecuentemente con dicha definición, el artículo 164 indica que las entidades locales elaborarán anualmente un Presupuesto General en el que se integrarán:

- d) *“El Presupuesto de la propia Entidad.*
- e) *Los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma.*
- f) *Los estados de previsión de gastos e ingresos de las Sociedades Mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local”*.

En relación a este presupuesto, conviene destacar los siguientes aspectos a nuestros efectos:

- a) Atenderá al cumplimiento del principio de estabilidad en los términos previstos en la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria.
- b) Los recursos de la entidad local y de cada uno de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo en el caso de ingresos específicos afectados a fines determinados.
- c) Cada uno de los presupuestos que se integran en el Presupuesto General deberá aprobarse sin déficit inicial.

El Presupuesto General deberá tener un amplio contenido propio del Ayuntamiento y unos anexos que contendrán los planes y programas de los entes instrumentales de la Corporación. En concreto, es el siguiente:

1. El contenido propio para cada uno de los presupuestos que en él se integren de acuerdo con el artículo 165 TRLHL, es el siguiente:
  - a. Los estados de gastos, en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones.
  - b. Los estados de ingresos, en los que figurarán las estimaciones de los distintos recursos económicos a liquidar durante el ejercicio.
  - c. Asimismo, incluirá las bases de ejecución.
2. Se le unirán como anexos de acuerdo con el artículo 166 del TRLHL:
  - a. Los planes y programas de inversión y financiación que, para un plazo de cuatro años, podrán formular los municipios y demás entidades locales de ámbito supramunicipal.
  - b. Los programas anuales de actuación, inversiones y financiación (PAIF) de las sociedades mercantiles de cuyo capital social sea titular único o partícipe mayoritario la entidad local.
  - c. El estado de consolidación del presupuesto de la propia entidad con el de todos los presupuestos y estados de previsión de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles.

El Presupuesto General debe ser aprobado antes del 31 de diciembre del año anterior al del ejercicio en que deba aplicarse. Ello tras un procedimiento que comienza con la aprobación inicial y resolución de alegaciones y concluye con la aprobación definitiva. Para el cumplimiento de estos plazos, el TRLHL establece unos plazos previos, entre los que se debe destacar el previsto en el artículo 168.3, que impone a las sociedades mercantiles la remisión antes del 15 de septiembre de sus previsiones de gastos e ingresos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente, al objeto de su oportuna tramitación conjunta.

El Presupuesto, de acuerdo con el artículo 191, se cierra a 31 de diciembre en cuanto a la recaudación de derechos y al pago de obligaciones, debiendo

confeccionar la liquidación del mismo antes del día primero de marzo del ejercicio siguiente, siendo competente para la misma el presidente de la entidad local, previo informe de la Intervención.

### **2.1.2.- Contabilidad: La cuenta general**

Con carácter previo, hay que indicar que de acuerdo con el artículo 200 del TRLHL en relación al régimen de contabilidad, existe una distinción esencial entre el Régimen jurídico de las sociedades mercantiles y el del propio Ayuntamiento y sus entidades sometidas al derecho público. En concreto:

- a) El de las entidades locales y sus organismos autónomos que se someten al régimen de contabilidad pública en los términos establecidos en el TRLHL.
- b) El de las sociedades mercantiles, en cuyo capital tengan participación total o mayoritaria las entidades locales, que estarán igualmente sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapten a las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas. Siendo el ejercicio contable coincidente con el ejercicio presupuestario.

La sujeción al régimen de contabilidad pública lleva consigo la obligación de rendir cuentas de las respectivas operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas.

Para la rendición de cuentas las entidades locales, a la terminación del ejercicio presupuestario, formarán la cuenta general que pondrá de manifiesto la gestión realizada en los aspectos económico, financiero, patrimonial y presupuestario. El contenido específico de la misma se integra, de acuerdo con el artículo 209, por los documentos siguientes:

- a) La de la propia entidad.
- b) La de los organismos autónomos.
- c) Las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las entidades locales, destacándose que éstas serán, en todo caso, las que deban elaborarse de acuerdo con la normativa mercantil.

Los estados y cuentas de la entidad local serán rendidas por su presidente antes del día 15 de mayo del ejercicio siguiente al que correspondan. Las de los organismos autónomos y sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca íntegramente a aquélla, rendidas y propuestas inicialmente por los órganos competentes de éstos, serán remitidas a la entidad local en el mismo plazo.

Es a la Intervención a la que le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el Pleno de la Corporación.

### **2.1.3.- El control interno y externo**

El control de la ejecución del presupuesto y de la adecuada contabilidad municipal, se realiza de forma interna por el interventor municipal, el externo, como se ha indicado, es realizado por el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Fiscalización establecidos por las CC.AA. Se analizarán por separado.

El control interno de la gestión económica se ejerce por el interventor, de acuerdo con el artículo 213, tanto en las Entidades Locales, como de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente, y función de control de la eficacia, teniendo cada una de ellas una distinta finalidad.

a) La función interventora tiene por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquéllos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a la legislación vigente. Comprendiendo los siguientes aspectos:

- La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores.
- La intervención formal de la ordenación del pago.
- La intervención material del pago.
- La intervención y comprobación material de las inversiones y de la aplicación de las subvenciones.

Si en el ejercicio de esta función el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.

b) El control financiero tiene por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales y de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles públicas, informando acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

Se realiza por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público, debiendo emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen.

- c) El control de eficacia tiene por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.

El control externo de las cuentas y de la gestión económica de las entidades locales y de todos los organismos y sociedades de ellas dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece su ley orgánica reguladora y su ley de funcionamiento. Para dicho control antes del día 15 de octubre de cada año deben remitir la cuenta general correspondiente al ejercicio económico anterior. Una vez fiscalizadas las cuentas por el Tribunal, se someterá a la consideración de la entidad local la propuesta de corrección de las anomalías observadas y el ejercicio de las acciones procedentes, sin perjuicio, todo ello, de las actuaciones que puedan corresponder al Tribunal en los casos de exigencia de responsabilidad contable. De acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Además de esta fiscalización del Tribunal de Cuentas, tendrán igualmente estas facultades las entidades u organismos que determinen las CC.AA. en sus Estatutos de Autonomía.

## **2.2.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS**

### **2.2.1.- Introducción**

Las sociedades públicas, en general, y las urbanísticas, en particular, se han constituido con la finalidad de dar facilidad al funcionamiento de la Administración mediante una actuación sometida esencialmente al Derecho privado y a los modos de actuación de las sociedades mercantiles.

Hay que partir del hecho de que, de acuerdo con el citado artículo 85 ter de la LBRL, una de las materias de excepción a la aplicación del ordenamiento jurídico privado al que se encuentran sometidas las sociedades públicas locales son aspectos en los *“que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación”*. Por ello, a las sociedades mercantiles locales se les aplica la normativa *(presupuestaria, contable y de control financiero y de eficacia)* con las especialidades y adaptaciones que fija la normativa específica. Ello da lugar a que el régimen económico financiero es un aspecto que en gran medida les diferencia de la Administración y les asemeja a dichas sociedades.

Los aspectos fundamentales que diferencian las sociedades de la propia Administración son los siguientes:

- a) El no sometimiento al régimen presupuestario, ya que las sociedades mercantiles públicas no deben elaborar presupuesto y sí las denominadas “Previsión de ingresos y gastos” que tienen un carácter meramente indicativo y no limitativos ni vinculantes.

- b) Las sociedades se encuentran igualmente sometidas al régimen de contabilidad pública, pero con la especialidad de que deben adaptarse a las disposiciones de la legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas, en la actualidad el aprobado por el Real Decreto 1514/2007<sup>410</sup>.
- c) El control de la sociedad mediante su sometimiento al régimen de auditorías, lo que supone la ausencia de intervención previa y el posterior control por los auditores ajenos a la sociedad. El control externo, al igual que la Administración, es realizado por el Tribunal de Cuentas y los citados Organos de fiscalización de las CC.AA.

La Normativa de Derecho Público fundamental de aplicación y en la que se concretan los aspectos antes indicados en relación a las sociedades públicas locales son los citados Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) y el Real Decreto 500/1990 (RD 500/90). Estudiaremos en este apartado dicha normativa, dejando la de Derecho privado, la mercantil, para el siguiente.

En concreto el citado RD 500/90 indica en su artículo primero que sus normas, en los términos que en cada caso se establecen, serán aplicables:

- a) A las Entidades locales a que se refiere el artículo 3.º de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- b) A los Organismos autónomos dependientes de aquéllas.
- c) A las Sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca total o mayoritariamente a la Entidad local.

En el Capítulo IV (Normas específicas), en su Sección 2.<sup>a</sup>, se determina las normas específicas para las Sociedades mercantiles, estableciendo en el artículo 111 que las *“Sociedades mercantiles se registrarán por las normas del derecho privado, salvo en las materias específicamente reguladas en este Real Decreto”*.

A modo ejemplificativo es muy gráfico el artículo 224 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, que con la denominación de “Coordinación presupuestaria y financiera y contabilidad”, determina los distintos elementos definitorios del régimen de las sociedades públicas locales, al indicar que:

1. *“Este tipo de sociedades estarán sujetas a la programación y coordinación presupuestaria y financiera y a la tesorería de la entidad local, a través de los planes y programas comunes que apruebe el pleno de la corporación.*
2. *Los estados de previsión de gastos e ingresos de la sociedad se integrarán en el presupuesto general de la entidad local.*

---

<sup>410</sup> Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.



3. *La sociedad se someterá al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapte a la legislación mercantil aplicable y al plan general de contabilidad vigente para las empresas españolas”.*

Como se observa, tanto la Ley como el Real Decreto hacen referencia a que las sociedades no han de elaborar un presupuesto, sino que en el presupuesto Ayuntamiento se incluirán los estados de ingresos y gastos y cuentas de estas sociedades, y que en la Cuenta general del Ayuntamiento se incluirán las cuentas de las sociedades una vez aprobadas e integradas. Es decir, la actividad de la sociedad se controla en el Ayuntamiento, no solo en su comienzo, sino también en la posterior ejecución.

## **2.2.2.- Aspectos administrativos**

### **2.2.2.1.- No régimen presupuestario: Previsiones de Ingresos y gastos**

Como se ha indicado, las sociedades públicas no se someten al régimen presupuestario, sino que elaboran los estados de “Previsión de ingresos y gastos” que se suelen concretar en el Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF).

Estas previsiones son precisamente lo que indica su denominación, unas “meras previsiones” y como indica la doctrina mayoritaria, tienen un carácter meramente indicativo y no limitativo ni vinculante, conforme a los criterios generales vigentes para las empresas. Las previsiones de una sociedad mercantil pública, al contrario que los presupuestos en las Corporaciones Locales, no son limitativos y tienen por fin describir en cifras económicas los programas de acción a desarrollar por la Empresa durante el ejercicio, pero las cantidades expresadas en dicho presupuesto suponen una previsión lo más ajustada posible, pero no una obligación a la que haya de acogerse por imperativo legal, pudiendo darse una ejecución real con desviaciones respecto a las estimaciones iniciales.

Jesús María González Pueyo<sup>411</sup>, indica en esta línea que las Previsiones de Ingresos y Gastos *“tienen carácter de simple previsión, por lo que no tienen carácter limitativo propio de los estados de gastos del presupuesto de la Entidad Local. Su finalidad es la de ofrecer una valoración inicial y rendir cuenta al final del ejercicio”.*

Como se ha visto, los “Estados de previsión de ingresos y gastos” se integrarán en el Presupuesto General de la Corporación, por imposición del artículo 164 del TRLHL y el artículo 5 del RD 500/1990.

Al objeto de la integración de dichos estados de previsión, el art. 168 del TRLHL y el 112 del RD 500/90, antes del 15 de septiembre de cada año, las sociedades deben de remitir sus previsiones de ingresos y gastos al Ayuntamiento.

---

<sup>411</sup> GONZÁLEZ PUEYO (2004), páginas 14 y 15.

En este punto debe hacerse una precisión importante, y es que solamente se integran en el presupuesto las Previsiones de ingresos y gastos de las sociedades instrumentales o de capital íntegramente público y no el de las sociedades mixtas. Por el contrario, la obligación de remisión al Ayuntamiento se impone tanto a las instrumentales como a las mixtas. Es lo que se desprende claramente del párrafo 3.º del artículo 168 que indica *“las sociedades mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Entidad Local, remitirán a ésta, antes del día 15 de septiembre de cada año, sus previsiones de gastos e ingresos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente”*.

Estos criterios se trasladan habitualmente a los estatutos de las sociedades urbanísticas; a modo de ejemplo puede indicarse el siguiente redactado:

*“Artículo 25.º.- PREVISIÓN DE INGRESOS Y GASTOS.-*

*Las previsiones de ingresos y gastos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación se aprobarán por el Consejo de Administración anualmente y se integrarán en el Presupuesto General del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, para lo cual serán remitidos al mismo antes del 15 de septiembre del año anterior a su entrada en vigor”*.

Los estados de previsión de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles estarán formados por los siguientes documentos:

- a) La cuenta de explotación.
- b) La cuenta de otros resultados.
- c) La cuenta de pérdidas y ganancias.
- d) El presupuesto de capital.

Por su parte, el presupuesto de capital estará formado por el estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio, así como el estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la entidad local o de sus organismos autónomos.

Igualmente, las sociedades deben aprobar anualmente los indicados “Programas de Actuación, Inversiones y Financiación” (PAIF) al objeto de que se adjunten como anexos al Presupuesto General. El contenido de dichos PAIF es el siguiente, de acuerdo con el artículo 114 del RD 500/1990:

- a) El estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio.
- b) El estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la Entidad local o de sus Organismos autónomos.

- c) La relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas que se esperan generar.
- d) Memoria de las actividades que vayan a realizarse en el ejercicio.

El contenido de la normativa estatal se encuentra reconocido y regulado por las normativas de las CC.AA. que imponen la obligatoriedad de la elaboración del PAIF y su remisión en plazo a la entidad local. En concreto, pueden destacarse entre otras:

- La Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, en su artículo 209.
- La Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de régimen local de las Islas Baleares, en su artículo 163.
- Decreto Catalán n.º 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, en los artículos 221 y ss.
- La Ley de Administración Local de La Rioja, artículo 210.
- La Ley Foral de Régimen de la Administración Local de Navarra, Ley 6/1990, en su artículo 206.

Concluido el ejercicio social, que corresponde habitualmente con el año natural, las sociedades mercantiles, con el procedimiento que analizaremos posteriormente, deben aprobar sus cuentas y remitirlas al Ayuntamiento para su integración en la Cuenta General. Como se ha visto, de acuerdo con el artículo 209, en dicha cuenta se integran, entre otros, las cuentas de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las entidades locales, elaboradas de acuerdo con la normativa mercantil.

Las cuentas aprobadas de las sociedades deben remitirse antes del 15 de mayo, de acuerdo con el citado artículo 209 del TRLHL, lo que plantea una disfunción con la normativa mercantil, que como veremos posteriormente, tiene unas fechas distintas de aprobación. En concreto, su formulación antes del 31 de marzo y, una vez auditadas, se aprueban antes del 30 de junio de cada año.

Las cuentas de las sociedades “no de mercado” consolidan con las del Ayuntamiento, al igual que las de los demás organismos autónomos y entes instrumentales, dando lugar a lo que se ha denominado “perímetro de consolidación”. Para efectuar la consolidación del presupuesto de la propia Entidad con el de todos los presupuestos y estados de previsión de sus Organismos y Sociedades mercantiles se procederá, con carácter general, del siguiente modo:

- a) Deberán armonizarse, en su caso, los presupuestos de los Organismos autónomos y los estados de previsión de las Sociedades mercantiles con el presupuesto de la propia Entidad.
- b) Deberá efectuarse la eliminación de las operaciones internas: Transferencias, subvenciones, aportaciones de capital o participaciones en beneficios y otras de similar naturaleza.

El estado de consolidación detallará las reclasificaciones que se hayan efectuado para armonizar las estructuras y las eliminaciones de operaciones internas.

### **2.2.2.2.- Contabilidad: Plan General de Contabilidad**

Las sociedades públicas se encuentran sometidas al régimen de contabilidad pública, pero éstas deben adaptar su contabilidad a las disposiciones de la legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200 del TRLHL.

Los estados de previsión de la Sociedad se elaborarán y presentarán de acuerdo con el Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas o, en caso necesario, con sus adaptaciones sectoriales, conforme el artículo 113.1 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril. Existen adaptaciones sectoriales para empresas constructoras, inmobiliarias, aseguradoras, del sector eléctrico, del sector vitivinícola, del sector sanitario, sin fines de lucro, del sector de abastecimiento y saneamiento de agua, sociedades cooperativas, etc.

Actualmente, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, aprueba el Plan General de Contabilidad. Se aprueba el mismo en base a que la disposición final primera de la Ley 16/2007<sup>412</sup>, que autoriza al Gobierno para que, mediante real decreto, apruebe el Plan General de Contabilidad, así como sus modificaciones y normas complementarias, al objeto de desarrollar los aspectos contenidos en la propia Ley.

El Plan General de Contabilidad será de aplicación obligatoria para todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria, sin perjuicio de aquellas empresas que puedan aplicar el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas. Este Plan ha sido adaptado a las Normas Internacionales de Información Financiera, que fueron adoptadas por la Unión Europea, suponiendo un aumento de la cantidad y calidad de la información que suministran las empresas, profundizando en el tratamiento de las inversiones financieras, inversiones inmobiliarias, el fondo de comercio, las subvenciones, planes de pensiones y operaciones vinculadas.

### **2.2.2.3.- Control: Régimen de Auditorías**

El control de las actividades económicas de la sociedad se realiza mediante el régimen denominado "Régimen de Auditorías". De acuerdo con el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se entiende por auditoría de cuentas *"la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión*

---

<sup>412</sup> Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

*de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros*". En relación a las cuentas anuales de la sociedad, la auditoría consistirá en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación; también comprenderá, en su caso, la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas. Tendrá necesariamente que ser realizada por un auditor de cuentas o una sociedad de auditoría, mediante la emisión del correspondiente informe y con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley.

Los auditores externos analizan las cuentas de la Sociedad, una vez formuladas por el Consejo de Administración de la sociedad y antes de la aprobación por la Junta General.

Consecuentemente con ello, en las sociedades públicas locales no hay intervención previa y por ello no se considera la intervención municipal como órgano de las mismas. No obstante ello, la intervención y el control por parte del interventor municipal es amplio, pues no puede olvidarse que nos encontramos con una sociedad íntegramente perteneciente a la sociedad y que se trata de un sistema de gestión directa de los servicios públicos municipales.

Con carácter específico se indica en el artículo 185 del TRLHL que: *"a la intervención de las haciendas locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el Pleno de la Corporación. Asimismo, competirá a la intervención la inspección de la contabilidad de los Organismos Autónomos y de las Sociedades Mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el pleno"*.

También el art. 213 indica que se ejercerán en las Entidades locales con la extensión y efectos que se determina (en los artículos siguientes) las funciones de control interno respecto de la gestión económica de las mismas, de los Organismos Autónomos y de las Sociedades Mercantiles de ellas dependientes, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia.

Es decir, el papel de la intervención abarca la intervención propiamente dicha, el control financiero y el de eficacia. Pero esto ha de matizarse, precisamente por los siguientes artículos, pues éstos imponen la realización de las tres funciones en la corporación y en los organismos autónomos, pero para las Sociedades mercantiles solo impone el control financiero y el de eficacia. Los analizaremos separadamente cada uno de estos controles aplicables a nuestras sociedades.

- a) **Control financiero:** Tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de las Sociedades Mercantiles de ellas dependientes, informando acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que

sean de aplicación, y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del Sector Público. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen.

- b) **El control de eficacia:** Tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones. En la actualidad, tras la LRSAL, como se ha visto será importante su actuación en relación al cálculo del coste efectivo de los servicios.

Por último, el la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades locales y de todos los Organismos y Sociedades de ellas dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece la Ley Orgánica reguladora del mismo y su Ley de Funcionamiento. De acuerdo ello con el artículo 201 del TRLHL, ya analizado en relación con las Corporaciones Locales y al que nos remitimos.

### **2.2.3.- Aspectos mercantiles: Cuentas anuales e informe de gestión.**

#### **2.2.3.1.- Introducción**

La sociedad pública local, como cualquier otra sociedad mercantil de capital, debe adecuar sus actuaciones externas y formales a dicha legislación. En concreto la legislación mercantil impone la aprobación de sus cuentas mediante un procedimiento específico y su inscripción en el Registro Mercantil al objeto de dar publicidad registral de su estado económico a socios, terceros y a los que con ellas pretendan tener relaciones comerciales. Procedimiento que es independiente de las actuaciones internas de la Administración en cuanto a integración en la Cuenta General de la Corporación.

La normativa de aplicación es esencialmente el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En el Título VII denominado "Las cuentas anuales" se establece y regula de forma amplia un específico procedimiento para realizar la aprobación de las referidas cuentas. El citado procedimiento es el siguiente de forma esquemática:

1. Formulación por el consejo de administración del Informe de gestión y de las Cuentas anuales en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio, con carácter general antes del 31 de marzo del año siguiente al del ejercicio objeto de aprobación.
2. Sometimiento a la verificación de las mismas por los Auditores de cuentas externos.

3. Aprobación de las cuentas y del informe por la Junta General de la sociedad, en los primeros 6 meses del cierre del ejercicio, habitualmente el 30 de junio.
4. Posteriormente se procederá al depósito de las cuentas y publicidad de las mismas por el Registro Mercantil, en el mes siguiente a su aprobación.

Analizaremos de forma breve las anteriores fases, si bien con carácter previo y a modo de ejemplo, se transcriben los estatutos de una sociedad urbanística, en la que se regulan estos aspectos antes indicados. En concreto en el Título IV “Ejercicio social y Cuentas anuales” se establece lo siguiente:

“Artículo 23.º.- EJERCICIO SOCIAL.-

*Los ejercicios económicos de Sociedad serán anuales y darán comienzo el día 1.º de enero para terminar el 31 de diciembre de cada año, salvo el primer ejercicio social que comenzará el día de la firma de la escritura fundacional y terminará el 31 de diciembre del mismo año.*

Artículo 24.º.- CUENTAS ANUALES.-

*1.- El Consejo de Administración está obligado a formular, en el plazo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, que se produce el día 31 de diciembre de cada año, las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, los estados de flujos de efectivo y de cambios en el patrimonio neto y Memoria), el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, para, una vez revisados e informados por los Auditores de Cuentas, ser presentados a la Junta General.*

*2.- Todos estos documentos y sus justificantes se pondrán de manifiesto en el domicilio social a partir de la convocatoria de la Junta a cuya aprobación se sometan.*

*3.- Antes del 15 de mayo del ejercicio siguiente serán remitidas las cuentas aprobadas al Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ para su integración en la Cuenta General del Presupuesto.*

Artículo 25.º.- PREVISIÓN DE INGRESOS Y GASTOS.-

*Las previsiones de ingresos y gastos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación se aprobarán por el Consejo de Administración anualmente y se integrarán en el Presupuesto General del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, para lo cual serán remitidos al mismo antes del 15 de septiembre del año anterior a su entrada en vigor”.*

### 2.2.3.2.- Formulación

De conformidad con el artículo 253 del TRLSC, los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados.

Las cuentas anuales y el informe de gestión deben ser firmados por todos los administradores. Por cuanto en las sociedades, especialmente en las públicas, a veces algún consejero se suele negar a firmar las cuentas y el informe, por haber votado en contra de los mimos, el citado artículo prevé que *“si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa”*.

Las Cuentas Anuales comprenderán, en el caso de PYMES, los siguientes documentos:

- a) Balance.
- b) Cuenta de pérdidas y ganancias.
- c) Estado de cambios en el patrimonio neto del ejercicio.
- d) Memoria.

Estos documentos, cuyos contenidos se desarrollan ampliamente en los artículos 257 y ss. del TRLSC, forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta norma y con lo previsto en el Código de Comercio.

Por su parte, el informe de gestión de acuerdo con el artículo 262, “habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma”. Además de ello, es importante la previsión que se contienen en dicho artículo, pues las sociedades que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada deberán indicar en el informe de gestión el período medio de pago a sus proveedores; en caso de que dicho período medio sea superior al máximo establecido en la normativa de morosidad, habrá de indicarse asimismo las medidas a aplicar en el siguiente ejercicio para su reducción hasta alcanzar dicho máximo.

Con respecto al uso de instrumentos financieros por la sociedad, y cuando resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá lo siguiente:

- a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura.



- b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.

### **2.2.3.3.- Verificación**

Una vez formuladas las cuentas anuales y el informe de gestión, deberán ser revisados por auditores de cuentas. Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

No obstante ello, las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. Por el contrario, en el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades quedan exceptuadas de la obligación de auditarse si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

En el caso de distintas sociedades públicas se cumplen los criterios exigidos por la normativa mercantil para la excepción de esta obligación de auditar sus cuentas según las determinaciones de la Ley de Sociedades de Capital, pero habitualmente por decisión de sus órganos rectores se mantienen y se recomienda el criterio de realizar auditoría externa cada ejercicio por las siguientes razones: por un lado, por seguir un principio de transparencia y prudencia; por otro, para acreditar ante el Ayuntamiento y especialmente ante la intervención la bondad y realidad de las cuentas formuladas, pues la intervención debe integrar las cuentas de la sociedad en las del Ayuntamiento y no puede olvidarse que no es especialista en normativa mercantil y el informe positivo del auditor es un elemento esencial para su actuación.

En relación a los auditores de cuentas y su función se establece los siguientes aspectos en el TRLSC:

- a) Los auditores de cuentas han de ser nombrados por la Junta General antes de que finalice el ejercicio a auditar. El período de dicho nombramiento no podrá ser inferior a tres ni superior a nueve años. No obstante ello, podrán ser revocados si concurren las circunstancias previstas en el artículo 266.
- b) El cargo de auditor es retribuido, fijándose la retribución de acuerdo con lo establecido en la Ley de Auditoría de Cuentas. Precisándose que por el ejercicio de dicha función no podrá percibir ninguna otra remuneración o ventaja de la sociedad auditada.

- c) El objeto de la auditoría es la comprobación de si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. Esta comprobación se plasmará en un informe detallado, que se mostrará de acuerdo o con reservas en relación a las cuentas y al informe de gestión. El plazo para emitir dicho informe es de un mes.
- d) El auditor de cuentas dispondrá como mínimo de un plazo de un mes, a partir del momento en que le fueren entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe.

Si una vez firmado y entregado el informe de auditoría sobre las cuentas iniciales, los administradores se vieran obligados a reformular las cuentas anuales, el auditor habrá de emitir un nuevo informe sobre las cuentas anuales reformuladas.

Como se ha visto, la normativa esencial aplicable a la función auditora es el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

#### **2.2.3.4.- Aprobación**

Las cuentas, junto con su informe de gestión, serán aprobadas por la Junta General de la Sociedad, que igualmente decidirá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado, en concreto sobre la propuesta de distribución de los beneficios o pérdidas.

Hay que recordar que la Junta General, como se ha estudiado, salvo excepciones en grandes municipios, es el Pleno de la Corporación y que de aplicación a la convocatoria y a la toma de adopción de acuerdos se rigen por la normativa de régimen local.

Surge aquí una disfunción entre la normativa administrativa y la mercantil, por cuanto hay dos fechas no coincidentes. Las cuentas en la normativa mercantil han de aprobarse durante los 6 primeros meses del ejercicio, 30 de junio, mientras que la Cuenta General del Ayuntamiento ha de ser rendida hasta el 15 de mayo. Esto da lugar en distintas ocasiones a que, con la tramitación ordinaria de las sociedades, las cuentas no se encuentren aprobadas aun a mediados de mayo. Por ello, en algunos estatutos de sociedades locales establecen la obligación de que hayan aprobado las cuentas antes del 15 de mayo, debiendo consecuentemente adelantarse los plazos de formulación por el Consejo y de verificación por los auditores.

#### **2.2.3.5.- Depósito y Publicidad**

Dentro del mes siguiente a la aprobación, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, la siguiente documentación, de acuerdo con el artículo 279 del TRLSC:

- a) Certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de las Cuentas anuales, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a las que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Si alguno o varios de los documentos que integran las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación, con expresión de la causa.
- b) El informe de gestión cuando fuere obligatorio.
- c) El informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

Presentada la documentación anterior, el plazo de 15 días desde la fecha del asiento de presentación, el Registrador calificará bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la Junta General y si constan las preceptivas firmas. Procediéndose de la siguiente manera:

- Calificación positiva: Si el registrador no apreciare defectos, se tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante. En este caso cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados. El Registro Mercantil deberá conservar los documentos depositados durante el plazo de seis años.
- Calificación negativa: En caso contrario, procederá conforme a lo establecido respecto de los títulos defectuosos, debiéndose rectificar en su caso por la sociedad para lograr su depósito definitivo.

En el supuesto de que no se cumpla la obligación de por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido se producen las siguientes consecuencias:

1. En primer lugar, el llamado “cierre registral” de acuerdo con el artículo 282. Como consecuencia de ello, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista. Exceptuándose del mismo la inscripción de los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa.
2. En segundo lugar, la imposición a la sociedad de una multa por importe de 1.200 a 60.000 euros por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, previa instrucción de expediente conforme al procedimiento establecido reglamentariamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Cuando la sociedad o, en su caso, el grupo de sociedades tenga un volumen de facturación anual superior

a 6.000.000 de euros, el límite de la multa para cada año de retraso se elevará a 300.000 euros. Determinándose en todo caso su cuantía atendiendo a la dimensión de la sociedad, en función del importe total de las partidas del activo y de su cifra de ventas, referidos ambos datos al último ejercicio declarado a la Administración tributaria. En el supuesto de no disponer de dichos datos, la cuantía de la sanción se fijará de acuerdo con su cifra de capital social, que a tal efecto se solicitará del Registro Mercantil correspondiente (artículo 283. Régimen sancionador).

El depósito de las cuentas anuales se regula en los artículos 365 y ss. del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Como recapitulación general, conjugando la norma mercantil con la administrativa, el procedimiento de aprobación de las cuentas es el siguiente:

- 1) Durante el primer trimestre del año, las cuentas deberán ser formuladas por el Consejo de Administración. Se produce mediante acuerdo, debiendo ser firmadas por los distintos consejeros.
- 2) Una vez formuladas, deberán ser verificadas por los auditores de cuentas.
- 3) Por último, antes del 30 de junio, es decir dentro del primer semestre del año, deberán ser elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, al pleno del Ayuntamiento en función de Junta General. No obstante ello, es conveniente que dichas cuentas sean aprobadas antes del 15 de mayo y remitidas al Ayuntamiento para su integración en la liquidación del Presupuesto y la Cuenta general.
- 4) Tras su aprobación serán remitidas para su verificación y depósito al Registro Mercantil.
- 5) Dentro de la Cuenta general de la Corporación Municipal, se rendirán las cuentas, una vez aprobadas, al Tribunal de cuentas, antes del día 15 de octubre de cada año.

## **2.3.- POSICIONAMIENTO ECONÓMICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS**

### **2.3.1.- Empresas de mercado y no de mercado**

Un aspecto fundamental de las sociedades a los efectos de su régimen económico es la consideración de la sociedad pública como “de mercado” o “no de mercado”, en base a la normativa de la Unión Europea y de la normativa española de Estabilidad Presupuestaria, constituida esencialmente y a nuestros efectos, por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (LGEP) y el

Reglamento de Estabilidad Presupuestaria (REP)<sup>413</sup>. Analizaremos estos dos supuestos<sup>414</sup>.

En el derecho de la Unión Europea se establece una distinción esencial entre aquellas sociedades que operan en el mercado como si de una sociedad privada se tratase y las que no reúnen esta característica. La distinción es trascendente; las primeras, las denominadas “sociedades de mercado”, tienen la consideración de entes independientes de sus administraciones titulares a los efectos económico, financiero y fiscal, además del jurídico. Las segundas, las “sociedades no de mercado”, por no tener esa independencia y suficiencia financiera de dichas administraciones, son consideradas a dichos efectos como si de un servicio más de la administración matriz se tratase.

Analizaremos los criterios determinantes para definir las sociedades de mercado o no mercado de acuerdo con el artículo 4 del REP (Instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria) y que son los siguientes:

a) Productores públicos no de mercado: Se regulan en el artículo 4.1 que indica que las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas, que presten servicios o produzcan bienes no financiados mayoritariamente con ingresos comerciales, aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus presupuestos consolidados ajustándose al principio de estabilidad definido en los apartados 1 y 3 del artículo 19 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

A los efectos anteriores, y en cuanto a la ejecución de presupuestos, se entenderá que se deberá ajustar al principio de estabilidad presupuestaria cualquier alteración de los presupuestos iniciales definitivamente aprobados de la entidad local y de sus organismos autónomos, y, en su caso, cualquier variación de la evolución de los negocios respecto de la previsión de ingresos y gastos de los entes públicos dependientes.

Estas entidades locales y sus organismos autónomos forman parte del sector administración pública para el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas (SEC95), debiendo aplicar para ello la regla de que las “ventas” no cubran al menos el 50% de los “costes de producción”.

b) Productores públicos de mercado: Se regulan en el artículo 4.2 y son las restantes entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las entidades locales; aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus respectivos presupuestos o aprobarán sus respectivas cuentas de pérdidas y ganancias en situación de

---

<sup>413</sup> La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LGEP) y el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales (REP).

<sup>414</sup> Seguiremos el estudio realizado en las páginas 65 y siguientes de la “Guía de Actuación. Gestión de Servicios mediante sociedad mercantil pública”, editada por AVS, FEMP y COSITAL en 2012. Bueso Guirao, Enrique y Pérez Mira, Juan Manuel.

equilibrio financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les sea de aplicación.

Estas entidades forman parte del sector Sociedades para el SEC95, al ser sociedades en las que las “ventas” cubran al menos el 50% de los “costes de producción”.

En definitiva, lo que el artículo 4 del REP plantea es que los diferentes organismos y entidades que componen el Sector Público, a efectos de la Contabilidad Nacional (SEC95) y, en consecuencia, de la normativa sobre estabilidad presupuestaria, pueden quedar encuadrados en dos sectores diferenciados:

- El sector “Administración Pública”. Se corresponderá con las entidades que realizan funciones públicas y de redistribución de la renta que son financiadas mayoritariamente por ingresos no comerciales o de mercado (tasas e impuestos).
- El sector “Sociedades no financieras”. Se corresponderá con las entidades que intervienen en el mercado prestando servicios o entregando bienes en condiciones similares a los productores privados y, por tanto, financiándose mayoritariamente mediante ingresos comerciales, de mercado o “ventas”.

El encuadramiento de una determinada sociedad pública en uno de los dos grupos y, por tanto, su clasificación en uno de los dos sectores de contabilidad nacional se denomina “sectorización” de dicha unidad institucional.

El proceso de sectorización de una Unidad Institucional en Contabilidad Nacional (SEC95) implica realizar las verificaciones siguientes:

- a) Si se trata de una Unidad Institucional independiente.
- b) Si se trata de una Unidad Institucional dependiente del sector público o no.
- c) Si se trata de una Unidad Institucional considerada “productor de mercado” o no.

Para ello, de acuerdo con el SEC95, habrá que atender a la realidad económica de las operaciones realizadas por la Unidad Institucional, en este caso la sociedad pública. A efectos de sectorización, la forma jurídica resulta irrelevante y, en consecuencia, con independencia de dicha forma jurídica, la unidad pública deberá clasificarse en alguno de los dos sectores en función de su realidad económica. Dicha realidad económica vendrá fijada por el análisis de lo que constituye su actividad o función principal, que será aquella actividad o grupo de actividades económicas que más contribuyen a la generación de valor añadido bruto en la unidad institucional.

Los condicionantes impuestos en los dos primeros apartados pueden resultar relativamente sencillos de verificar, pero para el análisis del cumplimiento de la tercera característica (regla del 50%) hay que tener en cuenta algunas observaciones en cuanto a los importes a computar como consumos y como ventas en el cálculo.

A continuación se expone detalladamente el proceso de determinación de la clasificación sectorial de las sociedades públicas, de acuerdo con los criterios establecidos por el SEC95 y la propia Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), para es importante tener en cuenta el Manual del cálculo del déficit para entidades locales y la separata para sociedades mercantiles públicas de la IGAE. Dicho proceso se sintetizan en los siguientes pasos:

**a) Verificación de que se trata de una Unidad Institucional independiente.**

Desde la perspectiva de la contabilidad nacional, una unidad dispone de un conjunto completo de cuentas si utiliza documentos contables que recojan la totalidad de las operaciones económicas y financieras del período contable, así como un balance de activos y pasivos.

Además, goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal. En este ámbito, la autonomía de decisión está definida por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- La entidad ha de ser titular de bienes o activos y poder intercambiar la propiedad de los mismos mediante operaciones con otras unidades.
- Asimismo, la entidad ha de tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la Ley.
- Por último, la entidad ha de poseer capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos.

Toda aquella que goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y, o bien dispone de un conjunto completo de cuentas, o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera.

**b) Verificación de que la Unidad Institucional depende del Sector Público.**

La unidad institucional quedará catalogada como productor público si existe una relación de dependencia o vinculación con la Administración Pública. Dicha relación no se circunscribe únicamente a la posesión de la mayoría del capital social, considerándose también cualquier otra situación en la que, con o sin mayoría del capital, la Administración tiene capacidad de determinar de una u otra forma la política general de la unidad institucional, en este caso, de la sociedad pública.

Como ya se ha visto, la normativa sobre estabilidad presupuestaria delimita esta capacidad de influir directa o indirectamente en la política de la sociedad, no sólo a la posesión del capital sino a otras circunstancias como a la posesión de la mayoría de los derechos de voto o la posibilidad de nombrar a la mayoría de los consejeros o administradores.

En caso de que la unidad institucional quedara clasificada como productor privado por no ostentar la Administración Pública dichas potestades directas o indirectas, la unidad institucional quedará automáticamente catalogada en el sector “Sociedades”.

Son productores públicos aquellos cuyo control efectivo reside en las Administraciones Públicas. El control se define como la capacidad para determinar la política general de la unidad, mediante el nombramiento de los administradores apropiados. En todo caso, si la actividad o función principal que realiza la sociedad pública es propia de la administración y no puede considerarse como actividad comercial o empresarial, se considerará productor público no de mercado de forma automática.

Este es el caso de sociedades cuya función principal es realizar operaciones de redistribución de la renta o de producción de bienes y/o servicios sin contraprestación por parte de los beneficiarios. También es el caso de las *sociedades instrumentales*, que ejecutan infraestructuras encargadas por sus administraciones titulares que posteriormente son revertidas al patrimonio de estas.

### **c) Naturaleza de los ingresos de las sociedades públicas.**

Aunque la función principal de la sociedad pública pueda ser clasificada como comercial o empresarial, hay que atender a la naturaleza de los ingresos percibidos como contraprestación de los bienes y/o servicios que entrega y cuáles de ellos pueden ser calificados como “ventas” desde el punto de vista de la contabilidad nacional.

En este punto, hay que tener en cuenta tres criterios básicos:

1. Las ventas son ingresos que se derivan de la entrega de un bien o prestación de un servicio y su cuantía debe estar relacionada con el coste de los bienes o servicios entregados.
2. Los precios a los que se efectúan dichas ventas deben ser económicamente significativos.
3. Los pagos recibidos de las administraciones públicas pueden contemplarse como “ventas” o como operaciones de redistribución (como transferencias o subvenciones). Hay que examinar cuidadosamente a qué concepto se adscriben en cada caso concreto.

Son consecuentemente productoras no de mercado aquellas unidades institucionales que suministran la mayor parte de su producción de forma gratuita o a precios que no resultan económicamente significativos.

### **d) Ventas a precios económicamente significativos. La “regla del 50%”.**

Una vez que se ha determinado que los ingresos de una sociedad pública tienen una naturaleza auténticamente comercial y se pueden clasificar como “ventas” según los criterios de la contabilidad nacional, se debe determinar



si dichas ventas se efectúan a precios económicamente significativos. Para ello se aplica la norma del cincuenta por ciento. Esta norma compara las “ventas” (ingresos de mercado) con los “costes de producción” de tal manera que:

- Si las ventas son mayores que el 50% de los costes de producción, se considera que se efectúan a precios económicamente significativos y, en consecuencia, la sociedad pública es un “productor de mercado” quedando clasificada en el sector “Sociedades” de la Contabilidad Nacional.
- Si las ventas son inferiores al 50% de los costes de producción, los precios que las sustentan no serán considerados económicamente significativos y se clasificará a la sociedad pública como “productor no de mercado”, quedando clasificada en el sector “Administraciones Públicas” de la Contabilidad Nacional.

### **2.3.2.- Endeudamiento de las sociedades**

Las sociedades urbanísticas locales necesitan necesariamente acudir al crédito ajeno, lo que constituye su endeudamiento para poder realizar la actividad que le es propia, siendo especialmente necesario para las operaciones de desarrollo urbanístico y promoción de viviendas. Por ello es fundamental que se analicen las posibilidades de dicho endeudamiento y sus condiciones con carácter general, si bien se analizará también las posibilidades en la actualidad en las que debido a la situación de crisis se encuentra muy limitado el endeudamiento del sector público en general.

#### **2.3.2.1.- Posibilidad de endeudamiento**

Con carácter previo hay que indicar que existen dos modalidades de endeudamiento:

- a) Operaciones de tesorería: Que se conciertan normalmente para cubrir operaciones de tesorería (gasto corriente o de inversión) con un plazo inferior a un año.
- b) Préstamos: Sin garantía hipotecaria o con garantía hipotecaria, siendo estos últimos subrogables o no subrogables.

Los préstamos hipotecarios subrogables para la promoción de vivienda protegida, son la fuente de financiación habitual de la empresa pública para promoción de vivienda protegida, ya que se establece como obligatoria en la mayor parte de las actuaciones protegidas de los Planes de vivienda. Para su suscripción se requiere:

1. Cumplir la normativa Hipotecaria y la normativa del Plan de Vivienda actual 2013-2016<sup>415</sup>, además de otras regulaciones específicas en los planes de vivienda autonómicos.

---

<sup>415</sup> Plan de Vivienda probado por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

2. Requiere titularidad del suelo o el derecho de superficie.
3. Se suele realizar cuando el promotor dispone de proyecto, licencia, la cédula de calificación provisional y ha formalizado la escritura de Obra Nueva.
4. Puede alcanzar hasta un 80% del precio de venta.
5. Requiere un certificado y el informe de tasación del proyecto o edificación.

La posibilidad de acudir al crédito por parte de los entes locales y sus entes instrumentales, las sociedades públicas locales, se reconoce y regula por el TRLHL en el Capítulo VII “Operaciones de Crédito”, del Título I “Recursos de las haciendas locales” tras las múltiples y sucesivas modificaciones que ha sufrido en los últimos años. El artículo 48 establece que: *“En los términos previstos en esta Ley, las Entidades locales, sus Organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio”*.

En relación al crédito a largo plazo, el artículo 49.1 determina que: *“Para la financiación de sus inversiones, así como para la sustitución total o parcial de operaciones preexistentes, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, podrán acudir al crédito público y privado, a largo plazo, en cualquiera de sus formas”*.

Las formas de este endeudamiento se determinan igualmente en el citado artículo 49, que determina que éste podrá instrumentarse con los siguientes medios:

- a) Emisión pública de deuda.
- b) Contratación de préstamos o créditos.
- c) Cualquier otra apelación al crédito público o privado.
- d) Conversión y sustitución total o parcial de operaciones preexistentes.

Igualmente establece a los efectos de nuestras sociedades que podrá garantizarse con la constitución de garantía real sobre bienes patrimoniales (hipoteca) las operaciones de crédito a largo plazo.

También en el artículo 51 se permite la suscripción de operaciones de crédito a corto plazo.

En relación a la suscripción de créditos a largo plazo, el artículo 53 establece una serie de limitaciones, en concreto:

1. *“No se podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo, incluyendo las operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o*

*añadan garantías adicionales con o sin intermediación de terceros, ni conceder avales, ni sustituir operaciones de crédito concertadas con anterioridad por parte de las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado sin previa autorización de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda o, en el caso de operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países, de la comunidad autónoma a que la entidad local pertenezca que tenga atribuida en su Estatuto competencia en la materia, cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo. A estos efectos se entenderá por ahorro neto de las entidades locales y sus organismos autónomos de carácter administrativo la diferencia entre los derechos liquidados por los capítulos uno a cinco, ambos inclusive, del estado de ingresos, y de las obligaciones reconocidas por los capítulos uno, dos y cuatro del estado de gastos, minorada en el importe de una anualidad teórica de amortización de la operación proyectada y de cada uno de los préstamos y empréstitos propios y avalados a terceros pendientes de reembolso.*

*.../...*

*2. Precisarán de autorización de los órganos citados en el apartado 1 anterior, las operaciones de crédito a largo plazo de cualquier naturaleza, incluido el riesgo deducido de los avales, cuando el volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito vigentes a corto y largo plazo, incluyendo el importe de la operación proyectada, exceda del 110 por ciento de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior o, en su defecto, en el precedente a este último cuando el cómputo haya de realizarse en el primer semestre del año y no se haya liquidado el presupuesto correspondiente a aquél, según las cifras deducidas de los estados contables consolidados de las entidades citadas en el apartado 1 de este artículo. El cálculo del porcentaje regulado en el párrafo anterior se realizará considerando las operaciones de crédito vigentes, tanto a corto como a largo plazo, valoradas con los mismos criterios utilizados para su inclusión en el balance. El riesgo derivado de los avales se computará aplicando el mismo criterio anterior a la operación avalada”.*

Como se ha visto es clara la posibilidad de acudir al crédito público y privado de las sociedades públicas municipales; hay que partir de dos elementos fundamentales:

En primer lugar, las sociedades que tradicionalmente se denominaban “sociedades mercantiles de capital íntegramente local”, en la actualidad se denominan “sociedades mercantiles dependientes” con lo cual quedan las empresas mixtas sujetas a los mismos controles que las de capital íntegramente público.

En segundo lugar, que existe un doble régimen jurídico en relación con la suscripción de créditos a largo plazo por las sociedades públicas locales, sean

mixtas o instrumentales, en función de que se trate de sociedades de mercado o no de mercado, pues los artículos 49 y 53 se refieren exclusivamente a “sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado”, es decir las que se han definido como de “no mercado” pero no así a las “de mercado”. Lo analizaremos estableciendo el contenido de dicho régimen en función de una u otra tipología de sociedad.

- a) **Sociedades no de mercado:** El acceso al crédito a largo plazo de este tipo de sociedades se regula en el artículo 53, como se ha visto, siendo el elemento fundamental para que se permita su suscripción el hecho de que la sociedad se encuentre o no en situación de “ahorro neto negativo” en el último ejercicio. Se considera ahorro neto en las sociedades mercantiles locales, de acuerdo con el artículo 53, “los resultados de la actividad ordinaria, excluidos los intereses de préstamos o empréstitos, en ambos casos, y minorados en una anualidad teórica de amortización”. En el ahorro neto no se incluirán las obligaciones reconocidas, derivadas de modificaciones de créditos, que hayan sido financiadas con remanente líquido de tesorería.

En relación a las sociedades urbanísticas que desarrollan actividad inmobiliaria, se establecen dos especialidades:

- Una genérica que es el hecho de que no se incluirán en el cálculo de las anualidades teóricas las operaciones de crédito garantizadas con hipotecas sobre bienes inmuebles, en proporción a la parte del préstamo afectado por dicha garantía.
- Otra específica pues si el objeto de la actividad de la sociedad mercantil local es la construcción de viviendas, el cálculo del ahorro neto se obtendrá tomando la media de los dos últimos ejercicios.

- b) **Sociedades de mercado:** La interpretación de los textos legales es que unánimemente las sociedades mercantiles municipales que promueven suelo y vivienda quedan excluidas del cómputo del ahorro neto negativo, del límite del 110% del endeudamiento municipal y de la autorización de la C.A. o del Ministerio de Hacienda, pues prestan servicios y/o producen bienes que no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado. Por tanto, distingue las que desarrollan una actividad mercantil respecto de las que no la desarrollan.

No obstante ello, para ambos tipos de sociedades sigue siendo necesario los requisitos formales de autorización del Pleno Municipal y el informe de la intervención, ya que en el art. 54 indica lo siguiente: *“Los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, precisarán la previa autorización del Pleno de la Corporación e informe de la Intervención para la concertación de operaciones de crédito a largo plazo”*.

Hay que destacar que para 2014, se estableció un régimen transitorio para aquellas entidades o sociedades que siendo originariamente de mercado, se calificasen por efectos de la crisis como no de mercado. En concreto este

régimen es el siguiente de acuerdo con la “Nota Informativa sobre el régimen legal aplicable a las operaciones de endeudamiento a largo plazo a concertar por las entidades locales en el ejercicio 2014”, que indica:

*«En base a lo anterior, al endeudamiento de las entidades dependientes a las corporaciones locales le será de aplicación un régimen especial y transitorio definido en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, con el siguiente tenor literal:*

*“Con carácter extraordinario y transitorio, las entidades vinculadas o dependientes de las entidades locales que se clasifiquen en el sector de administraciones públicas, en el ejercicio en el que se apruebe dicha clasificación y en el siguiente no serán incluidas en el ámbito de aplicación del régimen de endeudamiento establecido en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y en normas que, con vigencia indefinida o temporal lo completen o desarrollen, pudiendo formalizar aquellas entidades dependientes las operaciones de endeudamiento que tuvieren previstas en sus presupuestos o en sus estados financieros iniciales”.*

Asimismo, el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y para las entidades locales comprendidas en el ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del TRLRHL, establece:

*“En los supuestos de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria o de deuda pública de las Corporaciones Locales incluidas en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, todas las operaciones de endeudamiento a largo plazo de la corporación local incumplidora, precisarán autorización del Estado o en su caso de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera”.*

Adicionalmente, es necesario recordar las obligaciones de información en materia de endeudamiento recogidas en el artículo 17 de la Orden HAP/2105/2012 de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, tal y como se expone a continuación:

*“En el plazo máximo de un mes desde que se suscriba, cancele o modifique, una operación de préstamo, crédito o emisiones de deuda, en todas sus modalidades, los avales y garantías prestados en cualquier clase de crédito, las operaciones de arrendamiento financiero, así como cualesquiera otras que afecten a la posición financiera futura, concertadas por las Corporaciones Locales o sus entidades dependientes incluidas en el ámbito subjetivo de esta Orden, se comunicará al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas las condiciones de la operación y su cuadro de amortización”.*»

### **2.3.2.2.- Principio de Prudencia financiera**

El Real Decreto-ley 17/2014 modificó, a través de su disposición final primera, el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, estableciendo el principio de prudencia financiera por el que «todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera», recayendo en la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (SGTPF) la definición de dicho principio en lo referido a pasivos financieros.

Posteriormente, mediante la Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, desarrolló el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las entidades locales estableciendo el marco de condiciones financieras al que deben adaptarse las operaciones que suscriban las entidades sometidas al mismo: límite de coste máximo, limitaciones y prohibiciones.

El artículo primero de la resolución establece: "... todas las entidades locales, sólo podrán concertar operaciones de endeudamiento y de derivados financieros en los términos de prudencia financiera desarrollados en dicha Resolución de 5 de febrero de 2015".

A los efectos de lo previsto en esta Resolución, se entiende como entidad local tanto el Ayuntamiento como el resto de entidades incluidas en el sector Administraciones Públicas (AAPP), subsector Corporaciones Locales, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC2010)". Es decir, le será de aplicación a aquellas sociedades mercantiles participadas por las corporaciones locales que se encuentren clasificadas como administraciones públicas en el Inventario de Entes del Sector Público local.

Tan sólo cabría la posibilidad de formalizar endeudamiento financiero no ajustado al principio de prudencia financiera si se cumplieran las condiciones para acogerse a lo establecido en el apartado sexto de la Resolución, "Supuestos excepcionales":

1. Con carácter excepcional, el Secretario General del Tesoro y Política Financiera, en el ámbito de esta Resolución y en base a las condiciones financieras de la operación, podrá autorizar operaciones de endeudamiento y de derivados de aquellas entidades locales que no requieran autorización para su realización conforme a la normativa reguladora de Haciendas Locales, que no se ajusten a las condiciones de la presente resolución, sin perjuicio de la autorización preceptiva del Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.
2. En el caso de las operaciones de endeudamiento de Entidades Locales distintas a las del punto 1 y que no se ajusten a las condiciones de la presente Resolución, el Secretario General del Tesoro y Política Financiera

emitirá informe preceptivo y vinculante a la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local o, en su caso, al órgano competente autonómico en materia de tutela financiera de entidades locales, en el que se valorará, en el ámbito de la presente resolución y en base a las condiciones financieras de la operación, el cumplimiento del principio de prudencia financiera.

En ambos casos se deberá presentar una memoria en la que se detalle la conveniencia financiera de la operación, justificando que la misma no pone en riesgo su solvencia financiera.

### **2.3.3.- Blanqueo de capitales**

De acuerdo con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se entiende como blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que tengan una naturaleza ilícita según la normativa vigente, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a otras personas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en otro Estado.

La finalidad de la Ley es regular las obligaciones, actividades y procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales que procedan de cualquier tipo de operación delictiva.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo no se trata de una ley que se dirija a las personas que comenten el delito de blanqueo de capitales, sino que es una ley dirigida a prevenir este delito, y por ello, se dirige a los sujetos obligados, quienes deberán cumplirla, y en su caso, asumir las consecuencia de no hacerlo.

Según el art. 2 de la Ley, existen dos tipos de sujetos obligados: Sujetos obligados, en el denominado régimen general y Sujetos obligados, en el denominado régimen especial. Estos son los siguientes:

a) Sujetos obligados en régimen general:

- Empresas de juego, incluso loterías.
- ***Empresas de promoción y compra-venta de inmuebles.***
- Entidades financieras y aseguradoras.
- Servicios de inversión y sociedades gestoras de inversión colectiva.
- Fondos de pensiones.
- S.G.R.
- Cambio de moneda y servicios postales.

- Personas que comercializan con joyas, piedras preciosas, etc., y obras de arte o antigüedades.

b) Sujetos obligados en el régimen especial:

- Auditores.
- Contables externos.
- Asesores fiscales.
- Notarios y registradores de la propiedad.
- Abogados y procuradores.
- Sociedades gestoras de entidades de capital riesgo.

Las obligaciones de unos y otros son semejantes salvo algunas obligaciones derivadas de la comunicación mensual de operaciones (art. 20 de la Ley), y algunas otras, pero en general, se puede decir que salvo contadas excepciones, son parecidas, que se pueden sintetizar de en las siguientes:

Por lo tanto, según la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, toda entidad que se dedique a la promoción de viviendas o realice labores de intermediación en la venta de inmuebles, como lo son las sociedades urbanísticas locales, está obligada a cumplir con lo establecido en la misma y que se ha descrito anteriormente.

La Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales se encuentra en vigor desde el 28 de abril de 2010, por lo tanto, desde tal fecha deben cumplir con la normativa antiblanqueo. No obstante, existen dos matizaciones:

1. Se establece un plazo de 2 años para que sea exigible copia digitalizada de los documentos identificativos de los clientes o de las operaciones. Por lo tanto, será a partir del 29 de abril de 2012 cuando resulte exigible esta obligación.
2. Se establece un período transitorio de 5 años para aplicar medidas de diligencia debida (documentos identificativos, conocimiento del propósito de la relación de negocios y seguimiento de las operaciones) a los clientes ya existentes. Este período no se aplica a los nuevos clientes.

El responsable del seguimiento y de centralizar la información a suministrar es el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC); es un organismo perteneciente al Banco de España que efectúa labores de control e inspecciones para velar sobre el cumplimiento de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales.

Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, al amparo del artículo 2.1.L) de la Ley, tienen las siguientes obligaciones:

1. Identificación del cliente (artículos 3 y 4 de la Ley).
2. Examen de operaciones sospechosas (artículos 17 y 18).
3. Abstención de ejecución de operaciones sospechosas (artículo 19).



4. Deber de conservación de documentos al menos 10 años (artículo 25).
5. Cumplimentación de información requerida por el SEPBLAC (artículo 20).
6. Deber de confidencialidad (artículo 24).
7. Establecimiento de órganos de control interno en el caso de que la empresa supere 25 trabajadores. Nombramiento de un responsable de cumplimiento (artículo 26).
8. Disponer de un Manual/Código de Prevención de Blanqueo de Capitales que incluya todas las medidas de control y detección de infracciones (artículo 26.3).
9. Obligación de someterse a un examen anual por experto externo, con el fin de evaluar tanto los procedimientos de control interno (manual de procedimientos) como los órganos internos de control establecidos.
10. Formación a los empleados.

En cuanto a las responsabilidades y sanciones, además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado, lo serán también quienes ejerzan cargos de administración y dirección, ya sean unipersonales o colegiados, pudiendo imponerles sanciones de entre 60.000 a 600.000 euros. Así lo prevén los artículos 54 y 56.2.a) de la Ley. Además, la Ley establece un riguroso régimen sancionador para el caso de que se incumplan las obligaciones, ya sea de forma dolosa o negligente.

Las sanciones, dependiendo de su gravedad, oscilan entre los 3.000 € hasta 1.500.000 € de multa.

Por regla general, cuando es detectada por el SEPBLAC una infracción en el cumplimiento de la normativa anti-blanqueo, se utiliza el Procedimiento Administrativo Sancionador. No obstante, cuando del incumplimiento de la Ley se determine la existencia de indicios racionales de criminalidad, el SEPBLAC está obligado a ponerlo en conocimiento de los Juzgados y Tribunales Penales, por concurrencia de posibles delitos tipificados en el artículo 301 y concordantes.

La Ley se encuentra desarrollada por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. El objeto del Reglamento es en desarrollo de la Ley regular las obligaciones de los sujetos obligados por la Ley, la organización institucional en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, las sanciones y contramedidas financieras internacionales, y establecer la estructura y funcionamiento del Fichero de Titularidades Financieras. Como norma interpretativa, muy a tener en cuenta y para la cual deberán establecerse los pertinentes sistemas de detección automatizados, se establece que “los umbrales cuantitativos establecidos en este reglamento serán aplicables con independencia de que se alcancen en una única operación o en varias operaciones ligadas entre sí”.

## **2.4.- CONCLUSIONES**

Tras el análisis de la normativa, y el estudio de las actuaciones de las sociedades públicas locales, se puede concluir que en orden a su régimen económico administrativo la gestión de las mismas es mucho más ágil que la realizada por la propia Administración o por sus entes sometidos al derecho público.

Las razones que justifican esta afirmación son las siguientes:

- 1) Las sociedades mercantiles no se encuentran sometidas al régimen presupuestario, debiendo elaborar una “Previsión de ingresos y gastos” que tienen un carácter meramente indicativo y no limitativos ni vinculantes, pudiendo adaptarse a las circunstancias cambiantes a lo largo de su ejercicio anual.

Esta es por lo tanto la diferencia esencial de las Previsiones de ingresos y gastos, el carácter de no vinculación en el sentido del desarrollo de la actuación de la sociedad, si justificadamente debe alterarse para su adaptación a las circunstancias del mercado o a necesidades sobrevenidas, al igual que en una sociedad privada, puede realizarse cambios en las mismas. Pero ello no debe ser objeto de alarma por el hecho de que con los presupuestos sucede algo parecido y suelen modificarse a menudo (eso sí con un complicado procedimiento) y por el hecho de que en definitiva estas modificaciones deben de ser justificadas ante el Pleno de la Corporación que ha de aprobar, como se ha visto, la actuación de la sociedad, al aprobar sus cuentas e Informe de gestión y posteriormente su integración en la Cuenta General.

- 2) En segundo lugar directamente ligada con el anterior aspecto la actuación de la empresa pública no se encuentra sometida al régimen de “intervención previa” o “fiscalización previa” por el interventor de la Corporación municipal, y que se sigue el criterio de posterior revisión mediante el régimen de auditoría. Lo que no impide su control por la intervención, como se ha visto, pues la normativa de haciendas locales imponen la obligación de que en el Presupuesto General del Ayuntamiento se incluirán los estados de ingresos y gastos y que, posteriormente, las cuentas de estas sociedades se incluyan en Cuenta general del Ayuntamiento una vez aprobadas e integradas.

En base a ello, hay que concluir igualmente que las sociedades públicas locales en ningún momento se encuentran ni desvinculadas en su actuación general ni especialmente en la económica de sus Ayuntamientos. Como se ha visto, estos “pseudo presupuestos”, las previsiones de ingresos y gastos, nacen anualmente con el Presupuesto General de la Corporación, del que son anexos, y mueren en la Cuenta General de la misma, en la que se integran una vez aprobadas y auditadas por auditores externos y ajenos a las mismas. Por ello el control de los órganos de fiscalización del Ayuntamiento, especialmente el interventor, es completo, tanto en el

momento inicial como en el final de la liquidación, con independencia de los controles adicionales como el de eficacia.

Consecuentemente con ello, no puede afirmarse que este régimen menos estricto es una causa esencial de descontrol presupuestario para pretender el cierre indiscriminado de las sociedades, por considerar que al estar sometidas al Derecho y contabilidad privada son susceptibles de dar lugar a la corrupción. Existe una amplia base legislativa para la justificación del establecimiento de múltiples controles de los órganos de gobierno y de fiscalización de las corporaciones locales en las distintas fases de la actividad económica y financiera de la sociedad, para poder evitar situaciones no deseadas. El problema por lo tanto no es del medio sino de la laxitud de aquél llamado a ejercitar los controles legales, pudiendo para ello valerse del informe de los auditores o puede realizar los estudios y análisis que tenga por convenientes.

- 3) En cuanto al procedimiento de aprobación de las Cuentas de las sociedades, existen ciertas disfunciones entre la normativa administrativa y la mercantil, por cuanto hay fechas no coincidentes. Las cuentas en la normativa mercantil han de aprobarse durante los 6 primeros meses del ejercicio, 30 de junio, mientras que la Cuenta General del Ayuntamiento ha de ser rendida hasta el 15 de mayo. Esto da lugar en distintas ocasiones a que, con la tramitación ordinaria de las sociedades, las cuentas no se encuentren aprobadas aún a mediados de mayo. Por ello, en algunos estatutos de sociedades locales establecen la obligación de que hayan aprobado las cuentas antes del 15 de mayo, debiendo consecuentemente adelantarse los plazos de formulación por el Consejo y de verificación por los auditores. Por ello, habría que establecer una mayor correlación de ambas normativas.
- 4) Las sociedades mercantiles tienen amplias facilidades para recurrir al crédito ajeno, público o privado. En mayor medida las empresas “de mercado” que prestan servicios o producen bienes que no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, pues tienen el acceso libre a dicho mercado, siempre y cuando sus actuaciones presenten el necesario equilibrio financiero. Igualmente las sociedades “no de mercado” dedicadas a la promoción inmobiliaria tienen ciertas ventajas en relación a la propia Administración, en base a que no computan para el ahorro negativo los créditos garantizados con hipoteca (lo habitual en nuestra actuación) y por el hecho de que el cómputo del plazo para su determinación no es una anualidad, sino dos.



## **CAPÍTULO XII.- ESPECIFICIDAD DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. ANÁLISIS DE DISFUNCIONES**

### **1.- INTRODUCCIÓN A LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MIXTA**

#### **1.1.- DELIMITACIÓN DE SU SIGNIFICADO Y PROBLEMÁTICA**

Las sociedades mixtas se caracterizan, como ya se ha analizado en el Capítulo VI, por la concurrencia de capital público y privado, es decir, la existencia de socios privados y públicos.

Esta tipología de sociedades públicas de carácter mixto, tradicionalmente en nuestro Derecho ha sido un instrumento eficaz para que las administraciones locales realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado<sup>416</sup>.

Esta intervención en ocasiones era necesaria para lograr integrar a los propietarios de un sector determinado (en muchos casos sociedades promotoras o entidades financieras), en otras, era conveniente para permitir que ciertas actuaciones se realizaran con una doble perspectiva de actuación, la pública y la privada con sus distintas finalidades y motivaciones; en otros supuestos, para la obtención de financiación del socio privado, que suscribía las acciones, ante la insuficiencia de fondos públicos para acometer actuaciones de gran calado.

El procedimiento de constitución y de selección del socio privado estaba perfectamente determinado a nivel local, pues el reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en vigor desde el año 1955, lo establecía con bastante claridad. Además, una vez constituida la sociedad, el Ayuntamiento podía perfectamente encargarle cualquier actividad relativa a la vivienda o el urbanismo de forma directa sin necesidad de someterla a concurso, pues dicha sociedad, aun cuando participaba en ella un socio privado, se consideraba un medio propio de la Administración.

El sistema era efectivo; se constituía la sociedad mixta con un socio privado - constructora, urbanizadora o entidad financiera- estableciendo como ventajas inherentes a la condición de socio privado la posibilidad del encargo directo por el Ayuntamiento de obras o servicios, o bien derechos de preferencia en la

---

<sup>416</sup> Se sigue en este estudio, se complementa y actualiza nuestro artículo "Las sociedades mixtas urbanísticas locales tras la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008". Revista económica de Castilla-La Mancha, n.º 11, "Sector inmobiliario: pasado, presente y futuro". Asociación de economistas de Castilla-La Mancha, segundo semestre de 2007.

adjudicación en procesos de selección de las obras de urbanización-construcción o de los contratos de financiación de actuaciones de la sociedad.

Naturalmente, estas ventajas llevaban inherentes las obligaciones de colaborar en la programación y diseño de las actividades, así como la obligación de realizar las obras o la financiación en el caso de ausencia de licitadores a las mismas, con lo que la Administración se garantizaba así su realización.

Expresamente se reconocía esta posibilidad de encargo directo de las obras de urbanización o edificación en la Ley de Contratos de 1995<sup>417</sup>, que en su artículo 155 excluía de las reglas de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos en los supuestos en las que las administraciones hubieran creado para la prestación del mismo “una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma”<sup>418</sup>. Como se observa se excluía la aplicación del sistema concurrencial y se permitía el encargo directo, tanto a una sociedad instrumental (100% capital público) como mixta (capital mayoritario pero no exclusivo público).

La posibilidad de dicho encargo directo a las sociedades mixtas fue cuestionada, pues se consideraba que era contraria a la normativa europea de contratación pública, que impone la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, al encontrarse participadas por sujetos privados, al no ser considerada por ello “medio propio” de la administración que la había constituido.

Tras distintas resoluciones, e incluso sentencias contrarias a la regulación, se aprueba el Texto Refundido de la Ley, en la que el nuevo artículo 154, teniendo una redacción casi idéntica al anterior 155, deja fuera a las sociedades mixtas de la exclusión antes indicada del párrafo segundo<sup>419</sup>. Por lo que para encargar directamente se requiere que en la sociedad el capital sea “exclusiva” la participación de la Administración o de un ente público de la misma”. La

---

<sup>417</sup> Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones Públicas.

<sup>418</sup> El referido artículo 155 (Régimen general) de la Ley 13/1995, en sus disposiciones generales al definir el contrato de gestión de servicios públicos establecía:

Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público, se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.

No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

<sup>419</sup> El artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su párrafo 2.º que: “No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

posterior Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre) en su artículo 8 mantuvo este criterio utilizando la expresión “en su totalidad”<sup>420</sup>. Las CC.AA., en su normativa, impusieron lógicamente este criterio. En este sentido puede indicarse el Reglamento Catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales, en su artículo 283 que establece la obligación de que en la captación del capital privado se seguirán los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades.

Ante las nuevas directrices normativas, la necesidad que se suscitó era el establecer un procedimiento de selección del socio privado, que otorgase la necesaria seguridad jurídica por ser acorde no solo con la normativa interior de contratación pública sino también con los principios reguladores del Mercado Interior de la Unión Europea. Procedimiento que permitiese que, constituida la sociedad, ésta pudiera recibir encargos concretos de la Administración y el socio privado pudiese realizar parte de las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición.

Ante esta dificultad, la realidad fue que desde la imposición de los nuevos criterios no se constituyeron apenas sociedades mixtas y las que lo hicieron no gozaban de la necesaria seguridad jurídica, al no existir una clara regulación, con los riesgos que ello conlleva y más si se tiene en cuenta que las operaciones urbanísticas son de considerable cuantía y pueden generar millonarias indemnizaciones en caso de nulidad de procedimiento.

Esta problemática, puesta de manifiesto por los promotores públicos de toda Europa, agrupados en el CECODHAS<sup>421</sup>, fue asumida por el Parlamento Europeo que en su Resolución Legislativa sobre la Colaboración Público-Privada, de 26 de octubre de 2006, tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresas público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la Comisión a formular “con la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes”.

En cumplimiento de dicha invitación, la Comisión Europea emitió recientemente una Comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Partenariado Público-Privado Institucional) o que se han traducido como Colaboración Público-Privada Institucional (CPPI) en España, concepto que comprende las sociedades mixtas por expresa referencia en el texto.

---

<sup>420</sup> El artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, idéntico al actual 8.2 del TRLCSP, indica: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

<sup>421</sup> Comité Europeo del Hábitat Social.

## **1.2.- COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 5 DE FEBRERO DE 2008**

### **1.2.1.- Planteamientos**

La Comunicación Interpretativa parte del hecho de que durante años, *“el fenómeno de la colaboración público-privada, se ha desarrollado en numerosos ámbitos. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto”*. Pero que no obstante dichas ventajas *“la incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las CPPI puede afectar al éxito de la fórmula. El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comunitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar CPPI”*.

Para la locución del mencionado problema, la Comisión parte de las siguientes tesis en la Comunicación Interpretativa:

- a) En el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una sociedad pública. Sin embargo, cuando los organismos públicos deciden asociar a terceros a actividades económicas en condiciones que puedan calificarse de contratos públicos o de concesiones, deben observar las disposiciones del Derecho comunitario aplicables en la materia.
- b) Es conveniente a la economía y al desarrollo de actividades públicas la existencia de estas sociedades mixtas que aúnan las ventajas de lo público con lo privado.
- c) La incertidumbre jurídica que rodea la creación de estas sociedades puede, y de hecho lo está haciendo, que no se emplee esta interesante forma de gestión por el riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comunitario.

Ante esta situación, la Comisión Europea indica lo que, a su juicio, deben ser las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de sociedades mixtas.

El objetivo concreto, de acuerdo con la Exposición introductoria del propio texto, es señalar las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de estas sociedades mixtas, para reforzar la seguridad jurídica y, *“sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles”*.



No obstante ello, es necesario dejar perfectamente claro que la *“Comunicación no crea ninguna normativa nueva y refleja la interpretación que la Comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)”*<sup>422</sup>. Haciéndose hincapié en el propio texto que *“en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE”*<sup>423</sup>.

### **1.2.2.- Principios aplicables a la constitución de la sociedad**

La Comisión Europea parte de la tesis de que realmente para la creación de la empresa mixta o CPPI, no existe una normativa comunitaria específica. Por ello, hay que partir de la normativa interna de creación de sociedades públicas, pero ésta deberá ser coordinada con la normativa europea, pues sí será de aplicación la normativa de mercado interior o contratación pública para poder encargar a dicha sociedad obras o servicios inherentes a la ejecución del objeto social.

En la normativa interna española, el procedimiento de constitución se encuentra regulado esencialmente en el Capítulo IV del Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL), así como la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local (LBRL) y el Real Decreto de 18 de abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Además de este criterio previo procedimental, los principios generales de los que hay que partir para la creación de dichas sociedades mixtas serán:

#### **a) No existencia de contrato doméstico.**

En primer lugar, la relación entre la administración y la sociedad mixta de la que forma parte no puede ser considerada como un contrato doméstico o “in house” como sí lo es si se trata de una sociedad pública instrumental (100% pública).

La creación de esta sociedad mixta no puede justificar que no se cumplan las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto. Pues el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea ha establecido reiteradamente que la participación (aún minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora, impide siempre la posibilidad de una relación interna, a la que se pueda excluir la legislación sobre contratos públicos.

#### **b) Aplicación de los principios de la contratación pública para la selección del socio privado.**

Por cuanto la relación entre la sociedad mixta y el ente que forma parte de

---

<sup>422</sup> El entrecomillado es literal de la Introducción de la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008.

<sup>423</sup> Ídem nota anterior.

ellas se encuentra sometida a los principios de contratación pública, para poder realizar contratos de obras o servicios y concesiones, la selección del socio privado debe realizarse de acuerdo con dichos principios. Es decir, junto a la normativa interior de creación de la sociedad, se debe de aplicar la normativa europea de contratación pública.

Estas disposiciones relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (directivas sobre los contratos públicos) imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto de los principios de prohibición de discriminación por causa de la nacionalidad, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, así como la igualdad de trato, la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad.

**c) Se puede atribuir a dicha sociedad la gestión de un servicio y la realización de las obras públicas necesarias para el mismo sin necesidad de una nueva licitación.**

La Comisión parte de que el socio privado lo que pretende en definitiva es obtener el contrato público o la concesión cuya ejecución es la finalidad de la sociedad mixta, considerando que es perfectamente posible que en la selección del socio se determine el alcance de la condición de socio, es decir, las obras o servicios concretos que puede realizar una vez seleccionado, vinculando incluso su selección a las ofertas a este respecto. La existencia de una doble licitación, la primera para la selección del socio privado, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto, no resulta práctica y haría ineficaz la fórmula.

La justificación e incluso la fórmula de actuación la deja perfectamente clara la propia Comisión en la Comunicación al indicar que:

*“Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto”.*

Consecuentemente con ello, y como se verá posteriormente, el proceso de constitución y el régimen subsiguiente de las sociedades mixtas, que la misma establece, parte del criterio de que la selección del socio privado se realiza, como indica Belén Noguera, mediante *“una única licitación que tiene un doble objeto: la selección del socio privado para formar la entidad mixta y, además, la adjudicación del contrato a esa entidad participada por socio privado y público. Así, la elección del adjudicatario se convierte en un método para concretar el*

socio privado, que asume el contrato de concesión y debe hacerse mediante un procedimiento de concurrencia competitiva, debiéndose de incluir en el momento en que se anuncia la licitación del contrato o concesión la descripción de las pretensiones que hayan de ser objeto de encargo a la sociedad de economía mixta, así como también las condiciones de selección del socio privado<sup>424</sup>.

Este criterio se introduce en el derecho español en 2011 con la publicación del TRLCSP, en la Disposición adicional vigésimo novena denominada “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”, que indica en su párrafo primero que:

*“Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.*

### **1.3.- FUNDAMENTO Y PROBLEMÁTICA ACTUAL**

La sociedad mixta, como forma de colaboración público-privada institucional o permanente en el tiempo, tiene su fundamento en el hecho de que el sector público nunca ha prescindido totalmente del sector privado en la prestación de los servicios públicos, por cuanto la colaboración entre uno y otro sector es fundamental en la prestación de dichos servicios y la realización de actividades económicas beneficiosas para la sociedad, pues con ello se garantiza no solo la financiación, sino la adecuada gestión del servicio o el mantenimiento de una infraestructura o servicio, en base a las experiencias concurrentes de ambos.

La Unión Europea ha potenciado y ha sido una gran impulsora de las técnicas de colaboración Público-Privada. Las técnicas de CPP se han ido implantando en la UE, por un lado, como remedio de la deficiente financiación, y por otro, como medio para la mejora de la prestación de servicios públicos. La UE ha dado una serie de pasos que han sido fundamentales para las CPP, desde la Directiva 93/37/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, que establece por primera vez la regulación europea de la concesión de obra pública como alternativa al tradicional contrato de obras, hasta el Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea (1996), documento que plantea ya la conveniencia de ellas. La Comunicación Interpretativa de 2008, como se ha visto en el apartado anterior, reconoce la utilidad de las mismas y busca decididamente evitar la paralización de su constitución, dando seguridad jurídica a la misma.

Estas formas de colaboración tampoco son una novedad en nuestro Derecho. Ya las regulaba el RSCL del año 1955 y como indica Fernando García Rubio,

---

<sup>424</sup> Noguera de la Muela (2012).

*“la empresa de carácter mixto, esto es, aquella que da participación junto a una mayoría de capital público al capital de naturaleza u origen privado, tiene una honda raigambre en nuestro derecho administrativo, especialmente en el ámbito local; en tanto en cuanto es una de las formas de gestión de los servicios públicos de carácter indirecto previstos por el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; ahora bien, esta circunstancia siempre se ha tenido en cuenta para la prestación de determinados servicios, como los de carácter funerario o para el suministro y abastecimiento de agua a las poblaciones”.* En la actualidad, el TRLCSP, como ya se ha visto, las regula en su Disposición Adicional 29.<sup>a</sup>, no solo las contempla como una forma de gestionar servicios o desarrollar actividades económicas, sino que las considera como una forma de financiación de esas actuaciones mediante la captación de capital privado.

En los últimos años, una vez clarificados los problemas procedimentales, se ha producido un auge de este modelo de actuación debido a la concurrencia de distintos factores, como las restricciones presupuestarias que impiden que las administraciones públicas dispongan de recursos necesarios para la ejecución de proyectos que demandan los ciudadanos y por el hecho de que mediante este tipo de operaciones se permite aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco del ámbito público.

En el ámbito local han tenido un fuerte auge como consecuencia de la conjunción entre las obligaciones que los entes locales tienen en el suministro de servicios públicos y la obligación del control presupuestario. Por este motivo, las autoridades públicas han delegado en empresas privadas o mixtas la gestión del suministro de los servicios públicos. La grave situación económico-financiera y en especial el deterioro habido en el último año 2010, hace que sea más necesaria –si cabe- la Colaboración.

En el mundo inmobiliario, ámbito de las sociedades urbanísticas, la potenciación ha sido aún mayor. Por ello, desde la legislación se ha venido facilitando la constitución de este tipo de estructuras societarias por la complejidad de las actuaciones, especialmente las urbanísticas y rehabilitadoras, y por el hecho de la fuerte inversión que para acometer las mismas hay que realizar.

Prueba de ello es que, como se ha visto, la normativa urbanística incentiva en gran medida la constitución de este tipo de sociedades por las administraciones o por sus empresas públicas urbanizadoras (sociedades de segundo nivel), para el desarrollo de actuaciones de desarrollo o reforma interior, favoreciendo la incorporación, incluso directa y sin concurrencia previa, de propietarios afectados o de empresas urbanizadoras, como posteriormente se analizará.

Por otro lado, la normativa de vivienda también potencia ampliamente las mismas, tanto la legislación de las CC.AA, que se ha analizado en el Capítulo VII de este estudio, como también la del Estado, de las que se pueden destacar las siguientes que afectan directamente a las sociedades urbanísticas:

- a) Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas; establece mecanismos específicos para facilitar la

financiación de estas actuaciones, entre los que destacan los convenios entre las Administraciones Públicas actuantes, los propietarios y demás sujetos que vayan a intervenir en la ejecución, que pueden incluir, desde la explotación conjunta del inmueble o partes del mismo, a los siguientes tipos de contratos o colaboración: *“constituir consorcios o sociedades mercantiles de capital mixto, con participación privada minoritaria”*.

- b) El actual Plan de Vivienda, aprobado por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016; en su artículo 4 (Colaboración Público-Privada) indica que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y con el objetivo de atraer financiación privada a la ejecución del Plan, por las Administraciones competentes para su implantación y gestión se procurará en la mayor medida posible actuar mediante entidades colaboradoras o mediante otras formas de colaboración público-privada.

A tal fin, en los programas de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, se valorarán especialmente aquellas actuaciones en las que la participación del sector empresarial, con fondos propios, garantice su mayor viabilidad económica; los mecanismos mediante los que podrán asociarse las Administraciones públicas y las personas físicas o jurídicas privadas para la articulación de su cooperación en estos ámbitos, siendo posteriormente desarrollado en el Capítulo VII del Real Decreto.

Paradójicamente, como se ha visto, la LRSAL sigue el criterio contrario a la línea de la normativa europea y a la general y sectorial del Estado y de las CC.AA., y en la famosa y comentada Disposición Adicional Novena, en sus párrafos 3.º y 4.º afecta directamente y negativamente a las sociedades mixtas de 2.º escalón, es decir, aquellas que han sido constituidas por otro ente o sociedad, estableciendo en el párrafo 3 una prohibición general de constituir este tipo de sociedades, además en el 4.º se establece una disolución automática o en el plazo de un año (en caso de que presten servicios esenciales) de muchas de estas sociedades sin tener en cuenta los graves problemas económicos y de responsabilidad patrimonial y personal de sus miembros a que puede dar lugar dicha precipitada e injustificada disolución. Al estudio en profundidad de este tema realizado en el Capítulo V nos remitimos.

## **2.- CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES**

### **2.1.- DEFINICIÓN DE LA SOCIEDAD MIXTA**

Desde un punto de vista legal, como ya se ha analizado en el Capítulo VI, se entiende por sociedad urbanística de naturaleza mixta aquella que se caracteriza por la concurrencia de capital público y privado, es decir, la existencia de socios privados y públicos. Este criterio de la existencia de ambos capitales público y privado, se contiene perfectamente en la legislación tanto española como de la Unión Europea.

En la normativa interna española, la Ley de Contratos del Sector Público y su Texto Refundido (TRLCSP) definen la sociedad de economía mixta como aquella *“en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*<sup>425</sup>, regulándolas de forma muy parcial en la Disposición adicional vigésimo novena (Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado), indicando que son una sociedad *“en la que concorra capital público y privado”*.

La Normativa Europea las considera como una forma institucional de colaboración público-privada y las denomina consecuentemente como *“Partenariados Público-Privados Institucionales”* (PPPI), que en su traducción a nuestro Derecho son denominadas como *“Colaboración Público-Privada Institucional”* (CPPI). Las define la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008 como: *“Cooperación entre actores públicos y privados que constituyen una entidad con personalidad jurídica y capital mixto para ejecutar obras o servicios públicos”*.

La Jurisprudencia española ha conceptualizado a las sociedades mixtas como sociedades que *“reúnen capital público y capital privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden a la necesidad de las administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan adecuadamente las necesidades colectivas de interés general. De entrada, la participación de la administración en el capital social en una determinada proporción compartiendo la gestión, ha de calificarse necesariamente como gestión indirecta al no acreditarse que en tal caso exista un control de la administración como pudiera ser la fiscalización e inspección contable, la aprobación por el ente local de su programa de actuación, financiación e inversiones”*<sup>426</sup>.

El concepto de la específica sociedad mixta urbanística no cambia en relación con el genérico que se ha indicado de las sociedades mixtas públicas, salvo por el hecho de que el objeto y la finalidad de aquellas es que se constituyen con fines urbanísticos considerados éstos en su más amplio sentido. Por ello, adaptando la definición descriptiva que de la sociedad urbanística en general se formuló en el Capítulo VI, podemos decir que la sociedad urbanística de economía mixta es *“la sociedad mercantil cuyo capital pertenece parcialmente pero de forma mayoritaria a la administración pública u otro organismo de la misma, cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos que no impliquen el ejercicio de autoridad, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y ha sido constituida, y el socio privado seleccionado de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido por la normativa de derecho público y con las formalidades de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro exigidas por la legislación Mercantil”*.

---

<sup>425</sup> Artículo 277, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>426</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 22 de abril de 2005.

## **2.2.- CARACTERES ESENCIALES**

De las definiciones dadas, de la normativa y de los criterios que establece la Comisión Europea en su Interpretación, se puede establecer como características esenciales de las empresas urbanísticas mixtas las siguientes.

### **2.2.1.- Heterogeneidad de su capital (Socio público/Socio privado)**

El capital de las sociedades mixtas pertenece parcial, pero mayoritariamente, a una administración o a otro ente de la misma (sociedades de 2.º escalón), siendo el resto de pertenencia privado, generalmente de propietarios de suelos afectados por las actuaciones urbanísticas, en cuanto a las sociedades de esta naturaleza.

Como se ha analizado en el Capítulo VI, ya se ha superado el problema de definición del concepto de “capital mixto” determinando que éste será en el que convergen socios privados y públicos. Lo que ha quedado perfectamente claro con los siguientes preceptos de la normativa española:

- a) El artículo 85 de la LBRL, que define a las sociedades instrumentales como la *“Sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública”*.
- b) El artículo 277 del TRLCSP, diciendo que la Sociedad de economía mixta es aquella en la que *“la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*<sup>427</sup>.

El capital privado puede provenir de distintos tipos de socios; lo habitual es que se busquen de sujetos esenciales para la colaboración con la administración, bien mediante ayuda en la gestión propiamente dicha, bien mediante la obtención de financiación. Por ello, en los estatutos de las sociedades y en los pliegos de selección se delimitan socios que correspondan a esas cualidades. Así, en materia de gestión, en las sociedades urbanísticas lo habitual es que los socios privados sean empresas urbanizadoras, promotoras y/o constructoras, y en materia de financiación, se busca entidades financieras o bancarias, bancos o cajas de ahorros.

Ejemplo de ello son los estatutos de la empresa pública mixta EMUVISAL, S.A.<sup>428</sup>, que en su artículo 4.º (*Capital Social*) indica que:

1. *El Capital social será de trescientos mil euros (300.000 €) totalmente suscrito y desembolsado.*

---

<sup>427</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>428</sup> “Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Alquilerías del Niño Perdido, S.A.” (EMUVISAL, S.A.) del Ayuntamiento de Alquilerías del Niño Perdido (Castellón).

2. *Dicho capital estará representado por quinientas acciones nominativas de seiscientos euros cada una de ellas, representadas por títulos múltiples, extendiéndose en Libros Talonarios. Serán de tres clases:*
  - *Clase "A". Comprensiva de los números 1 a 275, ambos inclusive, representativas de veintisiete millones quinientas mil pesetas de capital social (165.000,00 €), suscritas y desembolsadas por el Ayuntamiento de Alquerías del Niño Perdido, teniendo éste o quien él mismo designe un derecho de suscripción preferente, en caso de ampliación de capital y en caso de transmisión.*
  - *Clase "B". Comprensiva de los números 276 al 450, ambos inclusive, representativas de diecisiete millones quinientas mil pesetas de capital social (105.000,00 €), de las que serán tenedores empresas promotoras de viviendas y suelo, con amplia experiencia en la construcción de viviendas protegidas y desarrollo/urbanización de suelo.*
  - *Clase "C". Comprensiva de los números 451 al 500, ambos inclusive, representativas de cinco millones de pesetas de capital social (30.000,00 €), de las que serán tenedores los accionistas representantes de entidades financieras que tengan una finalidad social estatutariamente y se encuentran implantadas en la localidad.*
3. *Para la suscripción de las acciones de la Serie "B", tendrán preferencia empresas promotoras de viviendas y suelo, con amplia experiencia en la construcción de viviendas protegidas y desarrollo/urbanización de suelo que cumplan los requisitos al efecto establecidos, en cada concurso de adjudicación de acciones, propietarios afectados por la concreta actuación urbanística que se desarrolle. Para la suscripción de las acciones de la Serie "C", tendrán preferencias y cajas de ahorros, u otras entidades financieras o bancarias que tengan una finalidad social estatutariamente y se encuentran implantadas en la localidad.*
4. *La Sociedad podrá aumentar o reducir el capital conforme a las disposiciones legales vigentes. Siendo la Junta General la que determinará las condiciones en que ha de hacerse cada nueva ampliación o reducción. Si bien en cada aumento o disminución del capital, el número de acciones de la clase "A" será superior, al menos en una acción, a las acciones de la clase "B" y "C", por lo que la participación en el capital social de personas o entidades distintas del Ayuntamiento de Alquerías, será siempre inferior al 50% de dicho capital.*

Consecuentemente con ello, cada una de las acciones representativas del capital privado tenía un régimen jurídico distinto, compuesto no solo de derechos sino también de obligaciones; igualmente beneficiaban al socio público pues, en definitiva, si no se encontraba contratista para la realización de las obras o ente para financiar las mismas, debían estos aspectos ser asumidos por los socios privados. El régimen concreto previsto en los estatutos de EMUVISAL era el siguiente:



- Régimen económico para el titular de las acciones de la serie “B”.

*“La titularidad del paquete de acciones de la serie “B”, llevará aparejados derechos preferentes en la adjudicación de las obras de urbanización o construcción que promueva directamente la Empresa Municipal, condicionados al cumplimiento de obligaciones técnicas específicas, a determinar ambos por acuerdo del Consejo de Administración, pero partiendo de las siguientes:*

#### *1.- Obligaciones*

- a) Entregar y mantener actualizados los precios descompuestos de las 200 unidades de obra más frecuentes con unos importes similares a la media de los que esté obteniendo el Excmo. Ayuntamiento de Alquerías en sus adjudicaciones de Obras.*
- b) Utilizar dichos precios descompuestos en los proyectos de obras de la Empresa Municipal en las que se oferte.*
- c) Pactar su colaboración desinteresada en la redacción de los proyectos de ejecución de las obras de la Empresa Municipal.*

#### *2.- Derechos*

- a) Posibilidad de ser adjudicataria directa de los proyectos de obras de la Empresa Municipal cuyo presupuesto de ejecución material no exceda de 25 millones de pesetas.*
- b) Derecho de tanteo en concursos de obras de la Empresa Municipal, cuyo presupuesto supere los 25 millones de pesetas, siempre que haya participado en el concurso y que su oferta no se diferencie de la preseleccionada en un +/- 5%”.*

- Régimen económico para el titular de las acciones de la serie “C”.

*“La titularidad del paquete de acciones de la serie “C”, llevará aparejados derechos preferentes en la suscripción de los créditos de la sociedad, tanto para su ejercicio diario como necesarios para la financiación de las obras de urbanización y promoción/construcción de viviendas, condicionados al cumplimiento de obligaciones técnicas específicas, a determinar ambos por acuerdo del Consejo de Administración, pero partiendo de las siguientes bases:*

#### *1.- Obligaciones*

- a) Colaborar con la empresa en la selección de los futuros adquirentes de las viviendas promovidas por la Sociedad Municipal, al objeto de determinar su solvencia para la concesión del oportuno crédito hipotecario.*
- b) Financiación a la sociedad de proyectos de urbanización u obras con el tipo de “interés de convenio” determinado por los acuerdos adoptados con la banca por el Estado o CC.AA. dentro de los planes de viviendas. En caso de promociones de viviendas que no se acojan al plan de vivienda vigente, se aplicará un tipo de interés preferencial.*

- c) *Financiación de futuros adquirentes de las viviendas promovidas, siempre que sea acreditada su solvencia de acuerdo con los criterios usuales para su determinación.*

## 2.- Derechos

- a) *Posibilidad de ser adjudicataria directa, por sí o en forma sindicada, de los créditos para financiación de obras de la Empresa Municipal cuyo presupuesto de ejecución material no exceda de 100 millones de pesetas.*
- b) *Derecho de tanteo en concursos para los créditos de la financiación de obras de la Empresa Municipal, cuyo presupuesto supere los 100 millones de pesetas, siempre que haya participado, por sí o en forma sindicada, en el concurso y que su oferta no se diferencie substantivamente de la preseleccionada en cuanto a las condiciones ni en 0.25 de interés”.*

También las sociedades urbanísticas tienen una característica específica y es que, habitualmente, además de los socios indicados, suelen entrar en el accionariado los propietarios de los suelos y edificaciones afectados por la actuación urbanística o rehabilitadora. A modo de ejemplo de ello se puede destacar el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, que indica que en el caso de sociedades de naturaleza mixta en actuaciones concretas *“el capital privado pertenecerá a propietarios que representen más del 50% de los terrenos o de empresarios contratados para la ejecución de las obras de urbanización o edificación”*. Si bien en relación a estos socios existe la especialidad, como se verá posteriormente, de que no están sujetos a selección en pública concurrencia.

### **2.2.2.- Gestión Indirecta y compartida**

Ya se ha visto que, de acuerdo con el artículo 277 del TRLCSP, en relación con el 85 de la LBRL, es una forma de gestión indirecta de los servicios o del ejercicio de actividades económicas (artículo 86) por los Ayuntamientos.

Este carácter de gestión indirecta igualmente lo ha destacado la Jurisprudencia. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005, destaca en su Fundamento de Derecho Cuarto que: *“Los supuestos de sociedades de economía mixta reúnen capital público y capital privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden a la necesidad de las administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan adecuadamente las necesidades colectivas de interés general. De entrada, la participación de la Administración en el capital social en una determinada proporción compartiendo la gestión, ha de calificarse necesariamente como gestión indirecta al no acreditarse que en tal caso exista un control de la Administración como pudiera ser la fiscalización e inspección contable, la aprobación por el ente local de su programa de actuación, financiación e inversiones”*.

Es importante destacar que lo que se busca con las sociedades mixtas es compartir la gestión del servicio, no mera aportación de capital, pues como indica la citada Resolución Interpretativa de la Comisión: *“la aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI”*, distinguiéndose así entre la mera colaboración público-privada y el partenariado o colaboración institucional que implica no solo la inversión económica, sino que busca también la intervención privada en la gestión.

La legislación de Navarra, en este sentido, es clara al indicar que: *“la gestión de la sociedad será compartida por la entidad local y los particulares en proporción a la participación respectiva en el capital social. No obstante, se requerirá la conformidad de la entidad local para la modificación del acto de constitución o de los estatutos de la sociedad, la concertación de operaciones de crédito y la aprobación de cuentas anuales”*<sup>429</sup>.

Como destaca Luis Fernando Prieto<sup>430</sup>, dando un paso más, *“sin embargo esta concepción de la empresa como modo gestor, que ha venido siendo destacada por la práctica totalidad de nuestra doctrina científica, y que le confiere además, en función de los intereses públicos gestionados, sus peculiares características, ha de revisarse sin duda teniendo en cuenta que el papel de las Administraciones locales no se limita ya al de meros gestores de un conjunto de servicios mínimos, sino que persigue sobre todo la finalidad de «satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», para lo cual podrán incluso «ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas» (antiguo art. 86 LBRL). Desde esta perspectiva, la empresa mixta local, configurada legalmente –de acuerdo con la concepción tradicional apuntada- como un modo de gestión de los servicios locales, puede ser, y debe ser también, 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”*. Concluyendo que por eso se puede conceptualizar estas sociedades como: *“aquellas entidades de carácter mercantil cuyo capital social pertenece en parte a una o varias administraciones locales y en parte a uno o varios socios privados y que se constituye con la finalidad principal de gestionar un servicio público o una actividad económica de interés general”*.

### **2.2.3.- Duración temporal**

Carácter esencial de la sociedad mixta es la permanencia y duración temporal de la misma. La normativa estatal, tanto el Real Decreto Legislativo

---

<sup>429</sup> Artículo 198 de la Ley Foral 6/1990, de Régimen Local de Navarra.

<sup>430</sup> Prieto González, Luis Fernando: “Las Empresas Mixtas Locales”, Editorial Montecorvo, 1996. Páginas 43 y 44.

781/1986<sup>431</sup> (RDL 781/86), como el TRLCSP imponen un límite de duración de 50 años, salvo expresas excepciones.

En concreto el RDL 781/86, en su artículo 108 determina que: *“en los casos de prestación indirecta de la actividad, con la única excepción de los servicios concedidos, regirán las siguientes normas: A) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de 50 años”*.

El TRLCSP, en su artículo 278 (Duración) determina que: *“el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años”*.

Este carácter establecido para las sociedades públicas en general, determina su aplicación a las sociedades urbanísticas mixtas locales el Decreto 1169/1978 en su artículo 7, al disponer que: *“la Sociedad urbanística podrá constituirse por el tiempo necesario para cumplir su objetivo, por plazo cierto o con duración indefinida. Cuando participen Entes locales, el plazo máximo será el que establezca la legislación local”*.

El Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales<sup>432</sup> de Cataluña, determina igualmente que se constituirán por un período igual al previsto para la gestión del servicio, sin que la duración pueda exceder de cincuenta años.

En esta misma línea se manifiesta la Ley 5/1997, de 22 de julio, que regula la Administración Local de Galicia, que establece que su duración dependerá de las características del servicio, sin que en ningún caso puedan exceder del plazo de cincuenta años y que, un vez se extingan las sociedades revertirán al patrimonio local los bienes, instalaciones y material afectados al servicio, en condiciones normales de uso.

Con este mismo límite, la Ley de Administración Local de La Rioja (Ley 1/2003) indica que la duración de la sociedad *“debe fijarse en función de las características del servicio y del tiempo necesario para amortizar las inversiones realizadas, sin que en ningún caso el plazo total exceda, incluidas las prórrogas, del previsto en la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas”* (artículo 216).

#### **2.2.4.- La sociedad mixta no es un “medio propio”**

<sup>431</sup> Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

<sup>432</sup> Decreto 179/1995, de 13 de junio, artículo 284.2.

Como se ha reiterado, y así lo ha recalcado el Tribunal de Justicia de la CE, las empresas mixtas, en las que el capital pertenece parcialmente al sector privado, aun cuando sea en una pequeña proporción, no se pueden considerar medio propio o, como indica la Comisión “estructuras de gestión interna” de un servicio público de las administraciones. La no consideración de medio propio, como se ha analizado en el Capítulo X de este estudio, da como resultado la imposibilidad de que se le realicen encomiendas o encargos de forma directa de una obra o servicio de acuerdo con la normativa de contratación pública o la de la Unión Europea reguladora del Mercado Interior.

José Antonio Razquín<sup>433</sup>, indica en relación al medio propio que *“este requisito no se cumple en el caso de entes con participación privada o empresas de economía mixta, siendo por ello precisa la íntegra o exclusiva titularidad pública del capital social, pues en los supuestos de participación privada la inversión obedece a intereses privados y no se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y, además, la adjudicación del contrato a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, contemplado en la Directiva 92/50, al otorgarle una ventaja en relación con sus competidores (STJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, apartados 49 a 51; y STJCE, Gran Sala, de 8 de abril de 2008, C 337/05, Comisión/Italia, apartados 40 y 41). En tales casos de sociedad pública participada también por empresas privadas, se trata de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación material de la Directiva, por lo que deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en la Directiva (STJCE Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 52).*

*Esta doctrina, que considera incumplido el primer requisito en los entes con participación privada, se aplica incluso a los casos en los que la participación privada se incorpora inmediatamente después del encargo cuando está previsto que el capital de la sociedad debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores (SSTJCE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, apartados 67 a 70; y de 10 de noviembre de 2005, C-29/04, Comisión/Austria), o está prevista tal posibilidad en los estatutos sociales (STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 36). Así pues, el hecho de que sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada, excluye que pueda considerarse que un municipio ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, sin que a ello obste que la sociedad sea también una entidad adjudicadora que esté obligada a aplicar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos fijados en la Directiva (STJCE de 18 de enero de 2007, Jean Auroux y otros, apartados 64 a 68)”.*

La consecuencia de ello es que, como se ha visto, debe realizarse una única y previa licitación con una doble finalidad para seleccionar el socio y para adjudicar obras concretas a dicha sociedad. En relación a las obras o servicios que no se incluyan en esta previsión inicial, la sociedad no puede resultar

---

<sup>433</sup> RAZQUÍN LIZÁRRAGA (2009), página 49.

adjudicataria de los mismos y debe acudir a la licitación pública como si de un tercero se tratase.

Pero este criterio no tiene un carácter absoluto, pues las sociedades mixtas se suelen crear para prestar un servicio durante un período bastante largo. Ya se ha visto que pueden tener una duración de hasta 50 años, y es necesario que se puedan adaptar a cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Por ello, las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones, siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

La Comisión en su Comunicación Interpretativa de 2008 considera que para que se respeten estos principios, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar o modificar tras la elección del adjudicatario, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Ha de preverse expresamente las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas.
- b) Estas previsiones deben realizarse en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.
- c) La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones, exige un nuevo procedimiento de licitación. Cabe citar, como ejemplo de términos esenciales del contrato, el objeto de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

Aunque no es medio propio para recibir nuevos encargos, como se ha indicado, nada impide que la sociedad mixta pueda participar en las licitaciones públicas de la administración matriz como si de un tercero ajeno a la misma se tratase, siempre, claro está, que no haya participado en la preparación de los pliegos o del procedimiento de licitación, pues se vulnerarían los principios de igualdad y libre concurrencia.

### **2.2.5.- Finalidad urbanística**

El objeto de las sociedades mixtas no plantea en principio diferencia esencial en relación al contenido de la misma; ésta será en el amplio sentido que se ha visto al estudiar el objeto de las sociedades instrumentales, en el Capítulo VIII, con las dos limitaciones esenciales; por un lado, que se trate de actuaciones que por tener contenido económico y no suponer ejercicio de autoridad puedan

ser realizadas por privados y, por otro, la imposibilidad de ejecutar las obras por sí misma la sociedad y proceder a la licitación de las mismas.

La Ley de Urbanismo de la Rioja (Ley 5/2006), en su artículo 120 indica que tanto las sociedades de capital íntegramente público o mixtas se constituyen *“para la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, en especial la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección”*.

La Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, en su artículo 119 prevé la constitución de sociedades mixtas por las administraciones públicas, entes y organismos del sector público, competentes para la gestión indirecta de programas de actuación integrados. A tales empresas se le podrá ceder la condición de urbanizadora y que la tramitación y aprobación del programa se realizará de acuerdo con la regulación establecida para la gestión directa.

### **2.2.6.- Naturaleza Mercantil**

Las sociedades mixtas adoptarán una forma mercantil, anónima o de responsabilidad limitada, por lo que la responsabilidad de la entidad local por razón de las actividades de la sociedad de economía mixta se limitará al capital aportado, salvo en los supuestos, como se ha visto, que se produzca el levantamiento del velo.

En concreto, el TRDRL, en su artículo 105, determina que en este tipo de sociedades *“la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla”*.

La citada Ley de Administración Local de La Rioja, en su artículo 216, tras determinar la necesaria forma mercantil de la sociedad, determina igualmente que: *“la responsabilidad de la entidad local por las obligaciones sociales se limitará a su aportación al capital social”*, como cualquier sociedad de capital.

### **2.3.- CLASES**

No existen diferencias sustanciales entre la clasificación de las sociedades urbanísticas instrumentales y las mixtas, por lo que nos remitimos al Capítulo VI de este estudio. No obstante ello, sí que es necesario que se señalen y recuerden algunos supuestos específicos de sociedades mixtas, por el hecho de que deben de tenerse en cuenta para el posterior estudio, tanto de su procedimiento de constitución como de los efectos que en las sociedades mixtas ha tenido la reciente normativa.

#### **a) Sociedades mixtas en las que forman parte propietarios de suelos.**

En primer lugar, hay que destacar en relación a las sociedades mixtas urbanísticas aquellas en las que forman parte de las mismas los propietarios afectados por las actuaciones de urbanización o rehabilitación/revitalización

urbana. La razón de ello es que el régimen de participación, selección y aportación de capital a las mismas, tiene sustanciales especialidades y diferencias en relación con las mixtas en las que quien forma parte del accionariado privado es una entidad financiera o promotora. Los propietarios pueden pertenecer a la misma con la única condición de verse afectados por la actuación, y los criterios de publicidad y concurrencia no se aplican pues los posibles accionistas solo pueden ser aquellos que tienen tal condición.

Lo que sí se aplica es el criterio de igualdad entre dichos propietarios afectados. Sirva de ejemplo la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, que determina que la participación de la iniciativa privada en el capital social deberá realizarse con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia inherentes a la contratación administrativa, si bien se podrán ofrecer directamente y sin licitación a todos los propietarios afectados. Dejando claro que si son varios los propietarios que manifiestan su intención de formar parte de la sociedad, la distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos (artículos 228 y 229).

#### **b) Sociedades mixtas de segundo grado o nivel.**

En segundo lugar, se distingue entre sociedades de primer o segundo nivel o grado. Como se ha visto, las primeras son aquellas que se constituyen por las propias administraciones, mientras que si se constituyen por otro ente público o una sociedad ya constituida, se denominan de segundo nivel. Este tipo de sociedades de segundo grado es un medio muy utilizado por las sociedades urbanísticas instrumentales para desarrollar suelos o actividades en las que hay que contar con los propietarios del suelo o aquellas en que los entes que financian la operación consideran más adecuado recibir sus rendimientos en suelo.

Este tipo de sociedades no solo se regulan en la normativa estatal, como ya se ha visto; en el Decreto 1169/1978 se deja perfectamente claro que las sociedades urbanísticas instrumentales o mixtas se pueden constituir no solo por la Administración sino también por organismos dependientes de las mismas.

La normativa de las CC.AA, como se ha visto, igualmente permite la constitución de sociedades mixtas de segundo grado. Como muestra de ello el Reglamento catalán, en el que la participación de la entidad local podrá ser directa o a través de un organismo autónomo o de una sociedad de capital público.

#### **c) Sociedades mixtas con capital público minoritario.**

En tercer lugar, se distingue igualmente dentro de las mixtas aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Administración, que son consideradas como verdaderas empresas públicas, de las denominadas participadas, en las que el capital público es minoritario, por lo que salvo



excepciones, no se consideran a nuestros efectos como sociedades públicas, como ya se ha estudiado anteriormente.

En relación a la participación directa o indirecta de la Administración, alguna normativa de las CC.AA. establece un límite mínimo a la misma. La Ley 3/1992, de 30 de julio, de patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su artículo 56 indica que: *“En caso de sociedades mercantiles, la participación de la Comunidad Autónoma en su capital social no será nunca inferior al 10 por ciento de aquél, salvo que excepcionalmente el interés público debidamente justificado aconsejare otra cosa”*, o la Ley Foral 6/1990 de Navarra, en su artículo 198 que determina que: *“la aportación de la Entidad local podrá ser mayoritaria o minoritaria sin que en ningún caso sea inferior al tercio del capital social”*.

### **3.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN**

#### **3.1.- FORMAS DE CONSTITUCIÓN**

Existen distintas formas de creación de una sociedad urbanística mixta, pudiendo hacerse una distinción primaria entre aquellos supuestos de creación de una nueva sociedad que antes no existía, denominado *“fundación”* y aquella otra en la que partiendo de una sociedad existente pública o privada, se transforma ésta en sociedad pública de naturaleza mixta; es el supuesto que se denomina *“participación en una sociedad ya creada”*. Este segundo supuesto se produce bien por la venta de acciones de una sociedad instrumental pública a un socio privado o bien mediante la adquisición por la Administración, ente o sociedad pública de acciones de una sociedad privada ya constituida, que como consecuencia de la misma se transforma en pública.

En relación a las formas de constituirse una sociedad pública mixta en el ámbito local, es clarificador el artículo 104 del RSCL que indica que las Empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar instituidas a través de los procedimientos siguientes:

1. *“Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas en proporción suficiente para compartir la gestión social.*
2. *Fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes:*
  - a) *suscripción pública de acciones, o*
  - b) *concurso de iniciativas, en el que se admitan las sugerencias previstas en el párrafo 2 del artículo 176 de la Ley.*
3. *Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo”.*

Con una terminología más actual, el Reglamento Catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales, precisa en su artículo 283 que estas sociedades podrán instituirse por alguno de los siguientes procedimientos:

1. Por la adquisición por la entidad local de acciones o participaciones de sociedades ya constituidas o por suscripción de ampliaciones de capital.
2. Mediante el convenio con una empresa única ya existente, en el que se establecerán las modificaciones estatutarias que sean necesarias o, en su caso, los requisitos y las condiciones convenientes para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima cuando la sociedad preexistente tuviera otra forma jurídica.
3. Por la fundación de la sociedad con participación de la entidad local, mediante suscripción pública o por concurso de iniciativas, en cuyos casos se asegurará la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado.
4. Por la transformación de la sociedad de capital social íntegramente público en otra en la cual éste sólo pertenezca parcialmente a la entidad local.

### **3.2.- PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MIXTA**

#### **3.2.1.- Introducción**

El procedimiento de constitución ex novo, o fundación de una sociedad urbanística local de naturaleza mixta, aplicando conjuntamente la normativa interna de régimen local y contratación pública o de mercado interior de la Unión Europea, vendría determinada por la realización de las siguientes fases sucesivas.

Una fase interna dentro de la propia Administración constituyente, mediante la realización de un expediente administrativo. Por cuanto se realiza en la corporación que va a constituir la empresa pública, es un acto sujeto al derecho administrativo, que se plasma en el oportuno expediente administrativo, denominado habitualmente expediente de municipalización del servicio.

Una fase externa posterior mediante la selección de socio y constitución de sociedad. Esta segunda fase se realiza de “puertas afuera” de la corporación y se divide a su vez en dos actuaciones diferenciadas:

- 1º. En primer lugar la selección pública del socio privado, selección que, como se ha indicado, se encuentra sometida a la normativa de contratación pública y supone una licitación con un doble objeto, pues junto a la selección del socio se produce igualmente la licitación de las obras o servicios concretos que se han de realizar o gestionar.
- 2º. Seleccionado el socio privado, como cualquier sociedad mercantil, es necesaria la concurrencia de los distintos socios en el otorgamiento ante notario de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil, previo su examen, verificación y calificación por el Registrador.

Analizaremos detenidamente estas fases constitutivas.

### **3.2.2.- Fase interna: expediente administrativo**

De acuerdo con los criterios analizados, esta fase interna debe realizarse dentro de la corporación local, sobre la base del derecho administrativo local, si bien con aplicación de distintos criterios legislativos emanados de la normativa de contratación pública y de la propia Comunicación Interpretativa.

En primer lugar es necesaria la municipalización o provincialización del servicio, que se regula en la normativa de régimen local, fundamentalmente en el Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955<sup>434</sup>.

Como se ha indicado antes, la necesidad o no de la elaboración del expediente ha sido discutida en la Doctrina en relación a las sociedades urbanísticas, pues existen distintas normas que lo consideran innecesario. En concreto, la normativa urbanística estatal específica, como el Real Decreto 1169/78 o el artículo 6.º del R.D. Ley de 14 de marzo de 1980, dictado precisamente con la finalidad de agilizar la gestión urbanística, determina, igualmente, que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios siempre que se trate de entidades en las que participen las Corporaciones Locales. En esta misma línea se manifiestan distintas CC.AA., tema que ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 1995, 17 de junio 1998 y 2 de octubre de 2000.

No obstante ello, como ya se ha concluido en el Capítulo VIII, el panorama ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de la LRSAL que, sin justificación ni jurídica ni económica alguna, considera prioritarias las formas de prestación de los servicios sometidas al derecho administrativo, por lo que para la constitución de una sociedad mercantil debe *“justificarse mediante memoria realizada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes”*<sup>435</sup> que las sometidas al derecho público.

Por ello, tras la LRSAL hay que realizar un expediente justificativo de la elección de la forma y su adecuación a las necesidades suscitadas y finalidades previstas. No obstante ello, incluso antes de esta modificación legislativa, desde nuestro punto de vista, con independencia de los argumentos jurídicos y en base a la experiencia práctica, consideramos muy conveniente la redacción de la memoria y su exposición al público, con los estatutos de la sociedad, por las siguientes razones: por un lado justifica la necesidad de la prestación del servicio de este modo, frente a terceros y a la propia corporación

---

<sup>434</sup> En concreto en los artículos 56 a 64 del Reglamento, en el artículo 97 del Real Decreto de 18 de abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen y en el artículo 86 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local.

<sup>435</sup> Artículo 85 de la LBRL.

y, por otro, para determinar el alcance de la actuación de la sociedad en base a la potestad de normativa y de autogobierno de la corporación local, al establecerse en el mismo su objeto social, los órganos de gobierno y otros aspectos necesarios para el funcionamiento de la sociedad. Conveniencia que se acrecienta más tras las recientes reformas que permiten una gran libertad de organización, incluso frente a las prescripciones del Reglamento de Servicios. Y, en último lugar, será en el expediente donde se realizarán los actos preparatorios y se fijarán los distintos aspectos relativos a la selección del socio privado, derivados de la normativa de contratación pública.

En ese sentido, señala Fernando García Rubio<sup>436</sup> que, como es lógico, cabe distinguir en este aspecto entre la implantación primigenia de un servicio o la existencia ya de un servicio en el cual se pretende modificar la fórmula de gestión de éste. En ambos casos se requiere lógicamente la tramitación de un expediente justificativo; en el primero de los supuestos nos encontramos ante el ejercicio de una actividad económica, dependerá de si esa actividad está reservada a Entidad Local conforme a las determinaciones del art. 128.2 de la Constitución en relación con el 86.3 de la LRBRL.

Las distintas actuaciones sucesivas que comprende esta fase son las siguientes:

1. Se inicia con un Acuerdo del Pleno de la Corporación municipal que determinará la voluntad de constituir una sociedad mixta y la designación de Comisión Especial para la redacción de la memoria de municipalización.
2. Constituida la Comisión Especial, redactar una memoria de contenido complejo en el plazo máximo de 2 meses. Este amplio contenido, de acuerdo con el reglamento de Servicios le impone distintos aspectos de la misma:
  - Social: Se determinará la finalidad de la sociedad en orden a la prestación del servicio concreto, así como las previsibles ventajas de dicha municipalización y su prestación mediante una sociedad mixta, especificándose las características de los eventuales socios de la misma, es decir, si se trata de entidades financieras, empresas constructor/urbanizadoras, propietarios de terrenos, etc.

En este apartado de la memoria, podrá optarse por el procedimiento abierto, cuando se tenga perfectamente claro el objeto de la sociedad y el alcance del servicio a prestar o por el Diálogo competitivo, cuando sea necesario que los eventuales socios ayuden a la Administración a definir el alcance y contenido de los servicios a prestar.

- Jurídico: Se habrá de adjuntar no solo el proyecto de Estatutos que, en su momento, será el instrumento esencial por el que se registrará la actuación de la sociedad creada, sino también los pliegos y bases de selección del socio privado, de acuerdo con la normativa de contratación pública.

---

<sup>436</sup> GARCÍA RUBIO (2011).

- Técnico: Determinará las bases del planteamiento técnico del servicio, así como las obras o servicios necesarios de implantación y su mantenimiento, y las que luego deban de constituir el objeto de la sociedad, pues serán éstas las que puedan encomendarse directamente a la sociedad desde el Ayuntamiento.
  - Financiero: Realizará el estudio general de los costes que traerá consigo y los medios previstos para su satisfacción, determinando el coste del servicio y que éste sea más eficiente y sostenible que los sometidos al derecho administrativo.
3. La memoria se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia y se expondrá al público por un plazo no inferior a 30 días, pudiendo presentarse las observaciones y alegaciones pertinentes.
  4. Se procederá la aprobación definitiva de la Sociedad y sus Estatutos por parte del Pleno de la Entidad Local, una vez transcurrido el plazo, resueltas en su caso las reclamaciones.

### **3.2.3.- Fase externa**

El contenido de esta fase es doble: por un lado la fase administrativa en la que se realizará la selección de socio o socios privados, que como se ha indicado se encuentra sometida a la normativa de contratación pública; por otro, concluida la selección, el otorgamiento ante notario de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil, previo examen, verificación y calificación por el Registrador, denominada fase mercantil.

#### **3.2.3.1.- Fase administrativa: Selección del socio privado**

La Comunicación Interpretativa analiza en detalle el procedimiento de selección, por lo que entendemos que es el que debe ser aplicado, con independencia del que se encuentra previsto en la normativa de régimen local, cuando se le quiera adjudicar contratos de servicios, obras u otros sometidos a la normativa de contratación pública.

Siguiendo el esquema de la Comunicación, se puede establecer los siguientes aspectos en relación a la selección del socio privado:

#### **A) Planteamiento**

La creación de una sociedad mixta obliga a la Administración o entidad adjudicadora a la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto.

La normativa de aplicación para la selección, son las directivas comunitarias en materia de contratación pública, y la normativa interna de transposición de las

mimas, fundamentalmente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011, de 14 de noviembre).

La comunicación establece este criterio, en función del tipo de contrato del que se trate, que se debe de relacionar con la clasificación de los mismos que realiza nuestro TRLCSP. Así:

- Cuando se trata de un contrato público enteramente cubierto por las directivas sobre los contratos públicos, el procedimiento de selección del socio privado está determinado por esas directivas.
- Cuando se trata de una concesión de obras o de un contrato público parcialmente cubiertos por dichas directivas, paralelamente a las disposiciones pertinentes de las citadas directivas, son aplicables las normas y los principios fundamentales del Tratado CE.
- En el caso de una concesión de servicios o de un contrato público no cubierto por las directivas sobre los contratos públicos, la selección de un socio privado se ha de hacer con arreglo a los principios del Tratado CE.

Aquí, teniendo en cuenta esta triple clasificación comunitaria, debe de establecerse la trasposición que de ella hace nuestra legislación, especialmente el TRLCSP, entre los contratos sometidos a regulación armonizada y los no sometidos a regulación armonizada, y en estos últimos si se trata de poderes adjudicadores o no, debiendo realizar los distintos procedimientos y regímenes de publicidad en función de las cuantías<sup>437</sup>.

## **B) Procedimiento de adjudicación**

El procedimiento de adjudicación, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores en relación a los contratos y el carácter de poder adjudicador o no, se ajustará a los procedimientos abiertos y restringidos previstos por el TRLCSP, con las siguientes precisiones realizadas por la Comisión:

- a) **Iniciación:** Con carácter previo y en el supuesto de que dichos procedimientos no ofrezcan suficiente flexibilidad, la Directiva 2004/18/CE y la Ley de Contratos del sector Público, han introducido el diálogo competitivo, cuyo fin es salvaguardar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato y definir perfectamente el objeto del mismo.

El procedimiento negociado con publicidad sólo se puede utilizar en casos excepcionales para la adjudicación de contratos públicos enteramente cubiertos por la Directiva 2004/18/CE, mientras que se puede acudir a él cuando se adjudique contratos no enteramente cubiertos por la misma.

- b) **Anuncio de licitación:** Se han de observar disposiciones específicas en materia de publicidad en función del procedimiento seguido y del carácter o no del poder adjudicador. Si bien se especifica que los posibles licitadores

---

<sup>437</sup> Véanse los artículos 176 y 177 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007.

deben tener acceso a la información adecuada sobre el proyecto de la entidad adjudicadora de crear una entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión.

- c) **Contenido de la publicidad:** Es necesario que la entidad adjudicadora incluya en los documentos que dan publicidad al procedimiento de selección, ya sea en el anuncio de licitación, o, más específicamente en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre la contratación y especialmente sobre lo siguiente:
- Las obras, servicios y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse.
  - Los estatutos de la sociedad.
  - Todos los elementos necesarios para que el aspirante a socio conozca cómo se establecerán las relaciones entre la Administración y su sociedad, sí como la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y los pactos entre accionistas.
  - Las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

### **C) Criterios de selección y adjudicación**

Los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia, por ello la entidad adjudicadora a publicar los criterios de selección y adjudicación para la determinación del socio privado, criterios que deben respetar el principio de no discriminación.

La comunicación impone la obligatoriedad de aplicar, en el caso de legislación armonizada, las directivas sobre los contratos públicos que prevén obligaciones específicas en lo que se refiere a las capacidades personales del socio privado, como son la situación personal del candidato, su capacidad económica y financiera, su habilitación para ejercer la actividad profesional en cuestión y su capacidad técnica y/o profesional. Estos criterios también se pueden utilizar en el contexto de las concesiones y los contratos públicos que no están enteramente cubiertos por las directivas sobre los contratos públicos.

La selección de candidatos a participar en el procedimiento y la selección de ofertas se han de efectuar tomando como base esos criterios, y la entidad adjudicadora debe observar las reglas de procedimiento y los requisitos fundamentales fijados inicialmente.

Es deseable que el contrato entre la entidad adjudicadora y el socio privado defina, de entrada, el camino a seguir cuando no se adjudica ninguna tarea adicional a la entidad de capital mixto y/o cuando no se renuevan los contratos públicos que tiene encomendados. Según la Comisión, conviene formular los

estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado. Como el socio privado no se puede excluir de oficio de un nuevo procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora deberá prestar especial atención, en ese caso, a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores.

El TRLCSP, como se ha visto, exige en la DA 29.<sup>a</sup> que: *“siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”*, para poder adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta.

En relación a los criterios de adjudicación es interesante reflejar las previsiones que sobre los mismos realizan distintas CC.AA.

- a) Cataluña, como se ha visto, el Reglamento Catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales en su artículo 283, que cuando se trate de la fundación de la sociedad se realizará *“mediante suscripción pública o por concurso de iniciativas, en cuyos casos se asegurará la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado”*.
- b) Galicia. La Ley 9/2002 del Suelo regula en su artículo 229 a las Sociedades urbanísticas, que establece, en esta línea, que en este supuesto de Sociedades mixtas la participación de la iniciativa privada en el capital social deberá realizarse con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia inherentes a la contratación administrativa.
- c) Valencia. La Ley 5/2014, en su artículo 119 indica que la constitución de empresas mixtas se realizará de conformidad con la legislación vigente en esta materia, cumpliendo asimismo las reglas, garantías y plazos de transparencia y libre concurrencia establecidos para la gestión indirecta de los programas de actuación integrada.

En relación a los principios de publicidad y concurrencia es necesario establecer ciertas especialidades en relación a su aplicación a las sociedades urbanísticas, como medios o instrumentos para la ejecución sistemática de urbanismo. Como ya se ha apuntado, las sociedades mixtas son un elemento esencial para facilitar la ejecución por la concurrencia en las mismas de los propietarios afectados por la actuación. Por ello, en estos supuestos, la normativa urbanística de las CC.AA. permite el ofrecimiento de las acciones a los mismos sin necesidad de procedimiento selectivo.

La Rioja, en su Ley de Urbanismo, Ley 5/2006, en el artículo 120, establece que en el caso de tratarse de empresas mixtas, se podrá ofrecer sin licitación la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir a todos los propietarios afectados. La distribución de la parte del capital entre los que acepten participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos.



Igualmente, la Comunidad Canaria en el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales, indica que el capital privado pertenecerá a propietarios que representen más del 50% de los terrenos o de empresarios contratados para la ejecución de las obras de urbanización o edificación. En estos casos las limitaciones que se establecen en relación a la selección de los socios propietarios es, generalmente, que se cumpla un principio de igualdad en el sentido de que su participación sea proporcional a la superficie del terreno afectado o, excepcionalmente, que para que puedan tener entrada en la sociedad representen un porcentaje mínimo de los terrenos afectados.

### **3.2.3.2.- Fase mercantil: Constitución de la sociedad**

Esta fase está sometida al Derecho mercantil, y en concreto a la normativa aplicable a la sociedad. En la actualidad, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). En concreto el artículo 20 (“Escritura pública e inscripción registral”) establece que: *“la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”*.

Estos aspectos han sido desarrollados ampliamente en el apartado 4.º del Capítulo VIII, al que nos remitimos, dejando a salvo las especificidades que se analizarán en el apartado siguiente.

## **4.- ESPECIALIDADES DE LAS SOCIEDADES MIXTAS**

### **4.1.- CONFIGURACIÓN RELACIONES DE LA SOCIEDAD**

Al igual que las sociedades instrumentales o de capital íntegramente público, hay que distinguir entre las relaciones internas entre la sociedad y su Administración y las relaciones externas o con terceros.

En la primera de las relaciones, como se ha reiterado ya, en la actualidad el artículo 8 del TRLCSP considera que las sociedades mixtas no son medio propio de la Administración titular, por lo que las relaciones, salvo las que fueron determinadas y sirvieron de base para la selección de los socios privados, se encuentran sometidas a la normativa de contratación pública. Dejando perfectamente clara la normativa que, en estos supuestos, la sociedad mixta puede concurrir a la licitación pública en las mismas condiciones de igualdad que cualquier otro aspirante.

En sus relaciones con terceros, se encuentran, al igual que las instrumentales, sujetas a la legislación de contratos, como se vio en el Capítulo X. En concreto el artículo 3 (Ámbito subjetivo) considera que forman parte del sector público: *“d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100”*.

Las sociedades mercantiles de carácter mixto, como indica Fernando García Rubio<sup>438</sup>, deben por su condición de entes integrantes del sector público someterse por tanto en alguna medida a las reglas de la contratación pública establecidas por la citada norma, pero tan solo en los supuestos en que las sociedades cumplan con los requisitos recogidos en la LCSP y en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea 16; esto es que la Administración tenga un control decisivo sobre la sociedad (circunstancia ésta que concurre en nuestra opinión al ser la titular de las acciones o participaciones de la sociedad mercantil) y por otro lado, y como segundo requisito, que dicha sociedad hubiera sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

En el caso de sociedades urbanísticas, como ya se ha fundamentado en el citado Capítulo X, al que nos remitimos, son poderes adjudicadores por ello, el régimen será distinto para los contratos SARA y para los No SARA. En este último caso, los que deberán dotarse de unas Instrucciones Internas de Contratación.

#### **4.2.- OBJETO**

El objeto de las sociedades mixtas no plantea en principio diferencia esencial en relación al contenido de la misma; ésta tendrá el amplio sentido que se ha visto al estudiar el objeto de las sociedades instrumentales, en el Capítulo VIII, con las dos limitaciones esenciales, por un lado, que se trate de actuaciones que por tener contenido económico y no suponer ejercicio de autoridad puedan ser realizadas por privados y, por otro, la imposibilidad de ejecutar las obras por sí misma la sociedad y proceder a la licitación de las mismas.

Mayor problema plantea el hecho de si se debe de constituir para una actividad concreta o específica o, por el contrario, ser constituidas para una actividad habitual, continuada y general.

El tema se ha visto íntimamente vinculado a la evolución de la consideración de medio propio que se ha analizado. En la medida en que se permitía el encargo directo por el Ayuntamiento, la constitución era para todo tipo de actividades y continuada en el tiempo; por el contrario, en la actualidad, si solamente pueden recibir el encargo original que determinó la constitución de la sociedad, este carácter de permanente solo tiene sentido asumiendo la necesaria concurrencia pública a las futuras licitaciones como otro operador privado más.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las sociedades mixtas urbanísticas se han venido constituyendo por las administraciones, sociedad de primer nivel, o sociedades urbanísticas, sociedades de segundo nivel, que desarrollaban planes para facilitar su gestión, bien con propietarios afectados o con empresas urbanizadoras y que, concluida la actuación, solo tienen sentido en el caso de que se les encargase la conservación de la

---

<sup>438</sup> GARCÍA RUBIO (2011).

urbanización. Por ello, la mayor parte de estas sociedades se extinguen con la conclusión y recepción de las obras.

Ya se ha indicado que, tradicionalmente, las sociedades urbanísticas mixtas se constituían tanto para actuaciones concretas, especialmente para un desarrollo urbanístico y especialmente con los propietarios y empresas urbanizadoras, disolviéndose una vez concluida dicha actuación, como para la gestión de un servicio concreto (como el abastecimiento de agua) o la explotación de un equipamiento como aparcamientos, polideportivos o similares. No obstante ello, otras veces se constituían con un objeto amplio, sin una concreción para un actuación específica. En el ámbito de la promoción de vivienda era habitual que se constituyera una empresa mixta con un carácter de permanencia y el objeto realizar todas aquellas promociones de viviendas que el Ayuntamiento fuera considerando necesario en el tiempo. Eso sí, se limitaba al período máximo de 50 años que era el establecido en la normativa. Como se ha visto en el ejemplo de EMUVISAL, S.A., se seleccionaba en concurrencia pública a un socio técnico, una empresa promotora/constructora, y a un socio financiero, en banco o caja. En las bases de dicha convocatoria se les otorgaban unos derechos de preferencia en las futuras obras que fueran siendo necesarias, bien por propia iniciativa o por encargo de la corporación.

Esta posibilidad de constitución tanto con carácter general y permanente como para una actividad concreta y determinada, es reconocida por la legislación urbanística de las CC.AA. En este sentido, puede servir de ejemplo la Comunidad Canaria en la que el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el “Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias”, indica que la sociedad podrá ser igualmente de naturaleza mixta, siendo en estos casos necesario que se trate de actuaciones concretas.

### **4.3.- ÓRGANOS DE GOBIERNO**

El Reglamento de Servicios no establece una enumeración específica, pero serán aquellos que sean establecidos por la normativa aplicable según el tipo de empresa de que se trate. En una empresa mercantil será, al igual que la anterior, la Junta General, el Consejo de Administración y el Gerente, si bien con las facilidades que se estudiaron en el Capítulo IX, pues de acuerdo con el actual artículo 85 ter de la LBRL, serán los estatutos los que determinen *“la forma de designación y funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas”*.

Por lo que respecta al Reglamento de Servicios de Corporaciones locales, en relación a los órganos de gobierno, se establece las siguientes especialidades en los artículos 106 a 108:

1.- Los acuerdos de los órganos de gobierno serán adoptados por mayoría de votos. No obstante ello, se prevén dos condicionamientos especiales:

- a) Como ya se ha visto, en la constitución o Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del

capital con que participare en la empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior.

b) Los acuerdos deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos en los siguientes casos:

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

2.- Los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por ciento entre los miembros que la constituyan, y el resto técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.

3.- El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la empresa. No obstante ello, hay que tener en cuenta lo indicado en el estudio general del Capítulo IX sobre la obligatoriedad o no de la figura.

Fernando García Rubio, en la línea indicada, precisa que: *“en ese sentido cabe recordar que la figura del gerente prevista en el artículo 106.3 del citado reglamento no tiene un carácter obligado, puesto que deberá de estarse a lo determinado en la Ley de Sociedades de Capital y en los estatutos de cada una de las sociedades correspondientes. Esta apreciación es igualmente válida para el resto de determinaciones sobre la composición de los órganos, (fundamentalmente Junta General de Accionistas y Consejo de Administración) toda vez que la indicada organización será la prevista por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y los respectivos estatutos de cada una de las empresas, puesto que el carácter básico del ya apuntado artículo 85 ter de la LRBRL...”*

Las CC.AA. realizan las siguientes previsiones específicas en relación a los órganos de gobierno de las sociedades mixtas:

El Reglamento catalán, en sus artículos 282 a 296 indica que la representación de la entidad local en los órganos de gobierno responderá por regla general a su cuota participativa. La escritura de constitución consignará las facultades reservadas a quienes representen a la entidad local en la sociedad. Distinguiendo entre:

- a) Junta General: Será el Pleno de la entidad local el que designará estos representantes, en el supuesto de participación directa en el capital de la sociedad, su representación en la Junta General. En el supuesto de participación por medio de un organismo autónomo o de una sociedad de capital íntegramente público, corresponderá a sus órganos competentes efectuar estas designaciones. En uno u otro caso las designaciones recaerán en personas profesionalmente cualificadas sean o no miembros de la Corporación.

- b) Consejo de Administración: Se determina el mismo criterio para la designación de los miembros del Consejo de Administración, que se hará de acuerdo con lo que establece la legislación mercantil. La renovación de las Corporaciones locales supondrá también la de sus representantes en los órganos de la sociedad salvo, en su caso, los administradores, a no ser que los estatutos previeran otra cosa.

La Ley de Administración Local de La Rioja determina que serán los estatutos sociales los que delimitarán las facultades reservadas al ente público o a sus representantes en los órganos directivos de la sociedad y las causas de disolución de éstas. Manteniendo la entidad local sobre los servicios cuya gestión se contrate la titularidad y las potestades de dirección y control que se deriven de la propia ordenación legal del servicio, para garantizar su buen funcionamiento (Art. 85 ter).

En Navarra, la Ley Foral 6/1990, en relación a las sociedades mixtas; los estatutos sociales delimitarán el carácter de la sociedad mixta en cuanto modo gestor de un servicio público y, en especial, determinarán las facultades reservadas al ente público o a sus representantes en los órganos directivos de la sociedad.

#### **4.4.- APORTACIÓN DE CAPITAL**

En el caso de las sociedades mixtas urbanísticas, el estudio del capital de las mismas es muy similar a lo específicamente estudiado en relación a las sociedades instrumentales. Lo que sí es de destacar es el hecho de que es habitual que las aportaciones a capital no se produzcan en metálico sino en especie, fundamentalmente los terrenos o aprovechamientos de los que son titulares, la ejecución de las obras si de sociedades urbanizadoras se trata o la concesión del servicio u otra clase de derechos o bienes patrimoniales.

Las CC.AA. en su legislación, reconocen específicamente esta especialidad. En concreto:

- 1) Cataluña, el Reglamento catalán, como ya se ha visto, indica que las “aportaciones de la entidad local al capital, serán desembolsadas completamente en el momento de la constitución de la sociedad, podrán ser en dinero, la concesión del servicio debidamente valorada u otra clase de derechos o bienes que tengan la calificación de patrimoniales”.
- 2) La Rioja, en la Ley de Administración Local, prevé que *“el capital aportado por la entidad local podrá consistir en la concesión del servicio u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales y sean valorables económicamente y será desembolsado completamente en el momento de la constitución o de la ampliación de capital”*.
- 3) La Comunidad de Madrid, en la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo, indica que la aportación puede ser en dinero o en especie, reconociéndose expresamente este tipo de aportación, en el caso de sociedades mixtas con intervención de particulares afectados, al preverse que se limita a la aportación de los terrenos y las construcciones y edificaciones de que sean titulares”.

- 4) Por último, la Ley Foral de Navarra 6/1990, prevé en su artículo 198 que la aportación de la Entidad local podrá consistir en *“la concesión u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales y numerario”* y que *“el capital social será desembolsado completamente en el momento de la constitución o de la ampliación de capital”*.

#### **4.5.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO**

El régimen económico-financiero de las sociedades públicas locales se ha analizado con profundidad en el Capítulo XI, al que nos remitimos, pues el régimen específico de las sociedades mixtas es similar a las instrumentales, si bien, al no ser su capital íntegramente público, se aprecian algunos elementos diferenciadores. Se analizará exclusivamente aspectos específicos relativos a las sociedades mixtas.

Las Previsiones de Ingresos y Gastos, cuya naturaleza y efectos no cambia, deben remitirse al Ayuntamiento pero no forman parte del Presupuesto General del Ayuntamiento, del que solo forman parte el de las sociedades de capital íntegro municipal. En concreto, el artículo 166.1.º del TRLHL<sup>439</sup>, (Anexos al presupuesto general), indica que se unirán como anexo: “b) Los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital social sea titular único o partícipe mayoritario la entidad local” (en el mismo sentido el art. 12 del RD 500/1990<sup>440</sup>). Estos programas, de acuerdo con el artículo 114 del RD 500/1990, comprenden la siguiente documentación:

- a) El estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio.
- b) El estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la Entidad local o de sus Organismos autónomos.
- c) La relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas que se esperan generar.
- d) Memoria de las actividades que vayan a realizarse en el ejercicio.

Al igual que las sociedades íntegramente públicas, se encuentran sometidas a la contabilidad pública, debiendo adaptarse a las disposiciones del Código de Comercio, legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200 del TRLHL. Estando sometidas al régimen de auditorías en su control interno, no a la intervención previa, sin perjuicio del control financiero y de eficacia de la Intervención. El control externo se realizará por el Tribunal de Cuentas y por aquellos organismos de control establecidos por la normativa de las CC.AA.

---

<sup>439</sup> Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL).

<sup>440</sup> Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos (RD 500/1990).

Los aspectos mercantiles estudiados en el capítulo anterior no cambian, debiendo ser formuladas sus cuentas por el Consejo de Administración durante el primer trimestre del año. Seguidamente verificadas por los auditores de cuentas y antes del 30 de junio, es decir, dentro del primer semestre del año, deberán ser elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, a la Junta General (que como se ha visto no es el Pleno como en las instrumentales). No obstante ello, es conveniente que dichas cuentas sean aprobadas antes del 15 de mayo y remitidas al Ayuntamiento para su integración en la liquidación del Presupuesto y la Cuenta general. Una vez aprobadas serán remitidas al registro mercantil para su verificación y depósito al registro Mercantil.

En materia de endeudamiento, le son de aplicación los mismos criterios y limitaciones establecidos en el artículo 53 y la *“previa autorización del Pleno de la Corporación e informe de la Intervención para la concertación de operaciones de crédito a largo plazo”*, del artículo 55 del TRLHL, por cuanto de dichos artículos tradicionalmente se referían a *“sociedades mercantiles de capital íntegramente local”* y en la actualidad se ha cambiado y se refieren a *“sociedades mercantiles dependientes”*, con lo cual quedan las empresas mixtas sujetas a la misma regulación que aquellas.

En relación a su financiación, el TRLCSP en su Disposición adicional vigésimo novena (*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*), en su párrafo 2.º indica que: Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- b) Titularizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

De la regulación de la normativa de las CC.AA. es destacable el Reglamento catalán<sup>441</sup>, en sus artículos 282 a 296, que en relación al régimen económico-financiero de la sociedad, se prevé que las sociedades mercantiles en cuyo capital la entidad local tenga participación mayoritaria se determinan las siguientes especialidades:

- a) Deben elaborar anualmente un programa de actuación, inversiones y financiación.
- b) Están sujetas al régimen de contabilidad pública, en las mismas condiciones que se ha visto para las instrumentales.

---

<sup>441</sup> Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.

- c) En relación al control externo, los estatutos incorporarán, de conformidad con lo que establece la legislación mercantil, la facultad de la entidad local de fiscalizar e inspeccionar la contabilidad y las instalaciones de la sociedad. En el supuesto de que la participación de la Corporación sea minoritaria, se designará un delegado, con las funciones que en los estatutos se establezca.



## **CAPÍTULO XIII.- CONCLUSIONES Y CONTRASTE DE LA HIPÓTESIS**

### **1.- CRÍTICAS A LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS Y CONTRASTE CON LA HIPÓTESIS**

Las críticas que habitualmente se hacen a este tipo de sociedades como se ha visto son muy variadas y, a mi entender, muchas de ellas no solo son injustificadas sino que revelan desconocimiento, prevención injustificada en su utilización e incluso, a veces, una crítica interesada por distintos sectores económicos y políticos.

Así, se ha llegado a afirmar por algún sector de la Doctrina y recientemente por distintos cargos públicos, para justificar las reformas locales antes vistas, que era necesario no solo restringir, sino suprimir este tipo de entes instrumentales por suponer, en primer lugar y en esencia, un fraude de ley, pues su única finalidad es el evitar los controles de fiscalización y la normativa de contratación pública, con lo que se favorece en último término la corrupción; partiendo de la errónea idea de que solamente la actuación sometida al derecho público estricto garantiza la “pureza” en la actuación de la Administración, llegando a afirmar que a la larga este tipo de sociedades producen un encarecimiento o sobrecoste en el actuar público.

En segundo lugar, por el hecho de que ese pretendido descontrol daba lugar a un excesivo aumento del gasto y, consecuentemente a un endeudamiento desmesurado de los entes locales.

Por último, se ha llegado a afirmar que se trata de entes que tienen poco sentido en una sociedad española de mercado como la actual y que van en esencia en contra de los principios de libertad económica y competencia de la Unión Europea.

Estos han sido, como se ha visto, unos de los argumentos esenciales de la reforma del Sector Público preconizada por la LRSAL, que pretendía, en un primer momento, la supresión indiscriminada y poco racional del sector público local, si bien al final y ante la oposición de amplios sectores, incluso de las CC.AA. que en su normativa han limitado su aplicación, ha quedado en una restricción de su uso no muy clara y una atenuación de la eliminación inicial de sociedades, esencialmente las mixtas, sin argumentos legales sólidos para ello, además de grandes dudas en la inconstitucionalidad de estas medidas.

Nuestra tesis es radicalmente contraria. Las administraciones locales mediante las Sociedades Mercantiles Públicas, en general, y las “sociedades urbanísticas”, en particular, realizan de forma óptima y ventajosa, tanto legal como económicamente, la gestión de los servicios públicos y de las actividades

económicas que le son propias, de acuerdo con la normativa de Régimen Local, Urbanística, patrimonial y contractual. Siendo además un elemento fundamental para garantizar la satisfacción de servicios esenciales y básicos para la ciudadanía en un estado social establecido por la Constitución, especialmente los relativos a la vivienda, el urbanismo y un medio ambiente adecuado y sostenible.

A lo largo del presente estudio, entendemos que ha quedado acreditada nuestra tesis en los distintos apartados y estudios específicos que en la sociedad urbanística se han realizado, dejando claras, por otro lado, las disfunciones de la normativa y su aplicación en cada uno de los aspectos de su configuración y actuación. A tal fin se contrastará nuestra hipótesis con dichos argumentos negativos.

### **1.1.- CRÍTICAS AL SOMETIMIENTO AL DERECHO PRIVADO Y SU CONSIDERACIÓN DE ELEMENTO NECESARIO PARA EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SU ACTUACIÓN**

El hecho de estar sometidos en su actuación al derecho privado, no supone en esencia que se pueda actuar de forma fraudulenta; es simplemente un modo, que como se ha visto, lo permite la norma para la actuación de la Administración en determinados sectores. Esto no puede ser considerado en ningún momento, como se ha pretendido, una actuación en fraude de ley.

El fraude de ley, de acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil, supone que alguien realiza actos *“al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”*; en estos casos *“se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*. Como ha quedado perfectamente acreditado a lo largo del presente estudio, no se utiliza la norma prevista para otra situación, para producir un resultado prohibido. Se utiliza precisamente la norma específicamente dictada para este tipo de entes instrumentales y para conseguir el resultado buscado por el legislador, la aplicación del derecho privado para lograr una mayor facilidad de actuación, si bien con ciertos límites expresamente establecidos.

Es conocida la cita de Garrido Falla, que al analizar la contratación pública de estas sociedades y saliendo al paso de la crítica relativa al fraude de ley, indica que: *“se nos podrá decir que la utilización de entes instrumentales es una manera indirecta de burlar el dicho principio de pública licitación, y la objeción no debe desdeñarse. Pero hay que decir, en primer lugar, que se trata de una «burla legal» es decir, querida por la Ley, como excepción al mentado principio”*, no se puede decir más claro.

Además de ello, hay que recalcar que la exclusión de las sociedades urbanísticas locales no es absoluta, sino que como se ha visto su actuación se encuentra esencialmente sometida al ordenamiento jurídico privado, pero este criterio tiene numerosas e importantes excepciones, pues ello es *“salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación”*, como indica el

reiterado artículo 85 ter de la LBRL. Se destacarán algunos de estos aspectos para acreditar lo desacertado de sus críticas.

### **1.1.1.- Pretendida evasión de la normativa de contratación pública**

En primer lugar, se ha indicado que una de las finalidades específicas es la vulneración de la normativa de contratación, como si las referidas sociedades contratasen como cualquier sociedad privada. Ello no es así; las sociedades mercantiles públicas tienen un régimen de contratación prefijado por la normativa de contratación pública, en aplicación de la normativa europea, que no se puede olvidar tiene una amplia influencia del Derecho Anglosajón, en el que, en virtud del principio de “common law”, no existe un derecho administrativo como tal y la Administración, si bien con ciertas potestades, actúa sometida a las reglas del derecho privado, respetando los principios esenciales de publicidad, concurrencia y no discriminación. Precisamente las sociedades urbanísticas locales son exactamente eso, “administraciones actuando sometidas al ordenamiento jurídico privado”.

Así, por encima de los umbrales establecidos por la UE, estas sociedades contratan con un régimen prácticamente idéntico al de la Administración. Por debajo de estos umbrales su régimen es algo más laxo para facilitar su necesaria y justificada actuación sometida al derecho privado, si bien la ley se le aplica en cierta medida como integrantes del sector público. No obstante ello, en estos supuestos hay que indicar que, en el campo en el que gozan de cierta libertad, los contratos No SARA, deben de dotarse de unas Instrucciones Internas de Contratación que deben ser publicadas y garantizar de forma imprescindible los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación, propios de la contratación pública.

Se trata por lo tanto de una actuación sometida a la normativa de contratación pública, pero con una sujeción menos estricta que la propia administración, para el cumplimiento esencial de la eficacia de su actuación sometida al derecho privado. Pero esta menor sujeción es solo en relación a los contratos No SARA, contratos que por tener una cuantía no muy elevada son considerados de escasa importancia por la Unión Europea y, por lo tanto, no sometidos a las estrictas normas de publicidad y concurrencia. Por otro lado hay que indicar que distintos ordenamientos jurídicos europeos no contemplan la figura del contrato administrativo propia del derecho latino y, por debajo de umbrales, la contratación es puramente civil y sin las limitaciones que determina nuestra legislación contractual.

### **1.1.2.- Pretendida evasión del control económico de la administración titular**

Se ha criticado, por otro lado, que las sociedades públicas burlan los controles económicos y fiscalizadores de sus administraciones titulares, especialmente por el hecho de que se encuentran al régimen de auditorías y no presupuestario y de intervención previa.

Afirmar ello es desconocer el régimen económico-financiero de estas sociedades. Como se ha visto en el apartado correspondiente de este estudio, el sistema de auditorías, que rige en la fiscalización de estas sociedades, frente al sistema presupuestario, difiere fundamentalmente en la no vinculación del presupuesto, siendo solamente unas previsiones de ingresos y gastos, y la no intervención previa, lo que se encuentra perfectamente justificado por su actuación que debe ir adaptándose a la realidad cambiante propia de la actividad mercantil.

En relación al régimen económico-financiero de las sociedades mercantiles públicas, la normativa de haciendas locales, acentuada por la LRSAL, impone el control de legalidad y eficacia de las sociedades por el interventor y establece un amplio control sobre la contabilidad de las sociedades.

Además, no puede olvidarse que la actuación económica anual de las sociedades públicas tiene su origen y concluye en el Pleno de la Corporación. Así, en primer lugar, las Previsiones de Ingresos y Gastos y el PAIF, es aprobado como anexo al presupuesto municipal y como integrante del mismo, revisado por el interventor antes de su aprobación por el Pleno. Una vez terminado el año, las cuentas de la sociedad, formuladas por el Consejo de Administración, previa su auditoría por auditores internos e independientes de la sociedad, son aprobadas por la Junta General (fundamentalmente el Pleno) y posteriormente, no solo forman parte de la cuenta general del Ayuntamiento, sino que, en cumplimiento de la normativa mercantil, se inscriben y publican en el Registro Mercantil. Es decir, no solo son susceptibles de control por los órganos municipales, sino que obtienen una amplia publicidad mercantil, lo que permite el control de su veracidad y adecuación a la realidad por cualquier interesado.

### **1.1.3.- Prevención y sanción anticipada**

Otro de los aspectos que han servido como argumento para la crítica a este tipo de sociedades es la denominada sanción preventiva o anticipada, por el supuesto riesgo potencial que generan. Así se afirma que no debe de permitirse este tipo de entes instrumentales públicos pues en un momento determinado pueden ser utilizados para pervertir el sistema previsto para la Administración, teniendo, en estos casos, más facilidades para la comisión de infracciones. Ello ha dado lugar a multitud de informes, artículos e incluso recursos ante los tribunales por el mero hecho de constitución de una sociedad por un Ayuntamiento.

Frente a ello, la Jurisprudencia, como se ha visto, ha sido muy clara. Así el Tribunal Supremo admite el recurso de Casación de una administración titular de una Sociedad Urbanística, que entre otros aspectos indica que: *“la demanda formulada contra el acuerdo objeto de recurso contencioso responde más a una posible actuación preventiva contra posibles desviaciones de la finalidad perseguida a través de la constitución de las sociedades de actuación urbanística (la supresión de las ayudas públicas o ventajas financieras, adoptables por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que prevé el artículo 19 de la última disposición, puede ser un mecanismo de corrección en el caso*

de que esa desviación se produzca efectivamente), que a la improcedencia de introducir una modificación en el artículo 3.º b) de los Estatutos Sociales...<sup>442</sup>.

Como colofón de lo indicado, son muy acertadas las afirmaciones de Víctor Almonacid Lamelas, que en un interesante artículo<sup>443</sup>, tras realizar una feroz crítica al mal uso de sociedades públicas locales y analizar el entonces proyecto de LRSAL en relación con su fin redimensionado del sector local, concluye con las siguientes reflexiones: «*Nada de lo dicho debe entenderse genéricamente en contra de la creación o existencia de las sociedades mercantiles locales, sino de su utilización fraudulenta para burlar el derecho, lo cual a su vez ha propiciado su proliferación, ilegalidad, déficit y, consecuentemente, necesidad de “redimensionar”.*»

*Quizá ha llegado el momento de redimensionar también la concepción de la figura, que debe escapar de una vez por todas de esa imagen fraudulenta y corrupta y acercarse más al concepto europeo de colaboración público-privada, según el cual en la mayoría de ocasiones, ciertamente, no resulta necesaria la creación de una nueva persona jurídica. Pero abogamos por la pervivencia de esta forma de gestión, digamos que renacida más que reinventada. Volvamos al sentido clásico, el de “antes de la corrupción”. Y es que no sólo hablamos de gestión de servicios públicos. Desde el mismo momento histórico en el que se reconoce la posibilidad de intervención pública en la economía, ésta se articula -en especial desde mediados del siglo XX- a través las empresas de capital público, y ello tanto en sistemas político-económicos intervencionistas como liberales, dado que -paradójicamente- en ambos la posibilidad de que el Estado intervenga como una empresa más en la actividad de producción de bienes o de prestación de servicios y actividades económicas tiene un buen encaje. Incluso en tiempos de crisis -y aunque parezca mentira también de ella saldremos-. Aprovechemos esto. Decía precisamente Broseta (op. cit.), que el Estado “no sólo conforma normativamente el orden económico, sino que, además, realiza por sí o por entes de él dependientes actividades mercantiles e industriales, por considerarlo de interés general, para prestar servicios públicos, para suplir la insuficiencia de la iniciativa privada, para sustraer de ésta determinadas actividades económicas, o para fomentar la industrialización en determinados sectores”. Efectivamente, en el pasado siglo se observa un auge en la creación de este tipo de entes instrumentales, fundamentalmente a través de empresas estatales de capital íntegramente público -mediante las cuales el Estado “irrumpe” en la actividad industrial-; empresas mixtas para la gestión de monopolios (Tabacalera, Telefónica...); y empresas municipales “privadas” que la distinta normativa sobre régimen local (comenzando por el Estatuto Municipal de 1924) ha ido amparando como forma de gestión de los servicios públicos “municipalizados”, o simplemente para el ejercicio de una actividad económica por parte de los Ayuntamientos. Precisamente el art. 86 LRBRL, el que regula todo esto, es uno de los afectados por la reforma.*

*El planteamiento clásico es, por tanto, el correcto. Más tarde llegó el momento álgido de la corrupción, en el que juristas de medio pelo asesoraban*

<sup>442</sup> Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, sentencia de 17 de junio de 1998 [RJ 1998\4770] (recurso de apelación 6568/1992).

<sup>443</sup> Almonacid Lamelas, Víctor, 2013.

*impunemente a sus amos que la mejor forma de burlar los procedimientos del derecho administrativo era creando entidades de derecho supuestamente privado. Europa dijo no a esta “huida del derecho”, pero quizá estamos demasiado al sur y no llegaron las ondas sonoras. Lo que sí que llegó es el desastre. Mucho más caso se le ha hecho a la crisis que a Europa. Finalmente se “regresa al derecho”, sobre todo al presupuestario-contable que es el que parece que importa últimamente. Ahora de repente hay mucha prisa y contundencia por deshacer el entuerto (por gran parte de muchos de sus responsables) y todas las mercantiles públicas deben liquidarse. Ni tanto ni tan calvo».*

#### **1.1.4.- Vinculación a la corrupción**

Hay que partir de un hecho que no puede ser rebatido y es que el sector público no se puede entender vinculado a la corrupción, como se ha indicado en el apartado anterior. Esta lacra que ha azotado a España en los últimos tiempos ha sido esencialmente referida, cualitativa y cuantitativamente, a la actuación de la propia Administración Pública y no especialmente a la de sus entes instrumentales. Administración en gestión propia o indiferenciada en la que los sistemas de control presupuestario y la intervención de los distintos organismos de control previo, que existían, no han resultado eficaces ante la fraudulenta voluntad de perjudicar la causa propia en beneficio individual o de instituciones como partidos políticos.

Es cierto que las sociedades públicas, como todo el sector público, se han visto salpicadas por casos de corrupción, pero no en mayor medida que otras formas de gestión; pero la realidad es que este ha sido un argumento interesado, para justificar en épocas de crisis el desplazamiento hacia el sector privado de actividades que, por su escaso rendimiento económico, en épocas de bonanza solo eran atendidas por el sector público<sup>444</sup>. Muchos de estos sectores, tradicionalmente y por su interés social, se han visto vinculados a la gestión directa de la propia Administración, para vertebrarlos y dar continuidad por su interés social. El caso de la promoción pública de vivienda y suelo es un supuesto muy claro.

#### **1.2.- CRÍTICAS A LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONTROL ECONÓMICO**

No es cierto que la actuación mediante sociedades públicas dé lugar a cierto descontrol económico-financiero en la Administración local, pues en primer lugar y como se ha visto, su actividad económica se encuentra perfectamente controlada por el Ayuntamiento, que les aprueba de inicio sus Previsiones de Ingresos y Gastos junto al presupuesto municipal, e incluye sus cuentas ya liquidadas en la cuenta general del mismo, previo control y con las comprobaciones que se consideren necesarias por el Interventor municipal. Si

---

<sup>444</sup> No puede olvidarse que uno de los fines de la LRSAL, como se ha visto, es favorecer la iniciativa económica privada frente a la pública, llegando incluso a establecer la subsidiariedad de ésta frente a aquélla.

este control no se efectuase convenientemente, es claro que ello no es achacable a la propia sociedad.

Por el contrario, lo que sí es cierto es que mediante las sociedades pueden los ayuntamientos acometer actuaciones, como la promoción de vivienda y el suelo, que de otra forma sería imposible de acometer. Ello es así pues las sociedades públicas, especialmente las de mercado, para adecuar su actuación tienen un régimen que les otorga una mayor libertad, si bien siempre respetando los principios de la normativa establecida Presupuestaria, como se ha visto en el Capítulo XI.

## **2.- CONCLUSIONES Y ACREDITACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

### **2.1.- ACREDITACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS: ACTUACIÓN DE FORMA ÓPTIMA Y VENTAJOSA DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS**

Con carácter previo, se entiende que con el estudio realizado ha quedado perfectamente acreditada la tesis principal de que las administraciones locales, con la utilización de las “sociedades urbanísticas”, pueden realizar de forma óptima y ventajosa, tanto legal como económicamente, la gestión de los servicios públicos y de las actividades económicas que le son propias, por contar con un régimen jurídico especial que les permite una gran facilidad de actuación, especialmente en el campo urbanístico y de promoción de vivienda.

Este régimen jurídico especial viene determinado, desde el punto de vista subjetivo, por el hecho de ser ente instrumental perteneciente al sector público y, desde el punto de vista objetivo, porque en su actuación aplica esencialmente el derecho privado. Es la Administración actuando como si de una empresa privada se tratase.

Esta condición subjetiva de ente instrumental de la Administración, en primer lugar, le aporta una situación de preeminencia respecto a la actuación del sector privado, no solo en el estado español, sino en la normativa de la Unión Europea y de los distintos estados no pertenecientes a la misma. Esta posición de ventaja no es sino la lógica consecuencia de la posición de preeminencia de que goza la Administración en su actuación frente a los particulares. La Administración en las sociedades modernas goza de esa posición de privilegio debido a que actúa en el ejercicio y defensa de los intereses públicos, lo que le da una serie de facultades y prerrogativas para la prestación de las actividades que le son propias de los que los particulares no gozan; son las denominadas potestades administrativas. Así, debido a ser una forma de prestación de un servicio público, es lógico que se beneficien sus sociedades públicas de alguna de las ventajas inherentes que aquélla posee, pues no son sino una administración con personificación privada/mercantil, que utilizan para facilitar su actuación en aquellos sectores en los que, debido al rígido procedimiento administrativo, no puede intervenir con la eficacia necesaria.

En relación a esta primera de las hipótesis, se puede establecer las siguientes conclusiones:

- a) En relación a su participación en la organización administrativa pública, es un instrumento más de los múltiples que puede utilizar la Administración local, en su facultad de autoorganización de sus medios y servicios; por ello pueden obtener todo tipo de información y medios de la administración matriz. Así pueden conocer futuras actuaciones de la misma, pues muchos de ellos los ha formulado o redactado la sociedad, y posicionarse antes que el sector privado. No pueden realizar actos que supongan el ejercicio de autoridad, si bien puede ser la propia administración la que complementa su actuación y realice los actos de autoridad que directamente les beneficien y no puedan acometer ellas mismas, como desahucios administrativos u obtener el cobro por vía de apremio.
- b) Su campo de actuación es muy amplio; en el ámbito urbanístico abarca, tanto la promoción y gestión de viviendas de nueva construcción o provenientes de la rehabilitación, el desarrollo y gestión de suelo, la construcción y gestión de toda clase de equipamientos, así como la prestación de todos aquellos servicios, que siendo competencia de las administraciones titulares tengan relación con el urbanismo, conceptuado éste en sentido amplio. A ello responde el amplio contenido del objeto social de estas sociedades, que, como se ha visto, concreta en la normativa general y sectorial tanto del Estado como de las CC.AA. Este amplio contenido de facultades tiene el límite de la imposibilidad de ejecución material y directa de las obras por la propia sociedad, debiendo contratar a terceros su realización, pues se trata de empresas fundamentalmente gestoras de servicios y no meras constructoras o contratistas de la administración.
- c) Por otro lado, en sus relaciones con la administración matriz, cuando se trate de sociedades de titularidad exclusiva pública, al ser “medio propio” de la misma, no se encuentran sujetas a la normativa de contratación pública, pudiendo aquella realizarles los encargos y encomiendas de gestión directamente. Por el contrario, la relación entre la Administración y la sociedad mixta de la que forma parte no puede ser considerada como un contrato doméstico o “in house”, al existir participación de socios privados y no ser medio propio.
- d) Además, en las relaciones patrimoniales, las sociedades urbanísticas son destinatarias directas de los bienes de la propia Administración y, especialmente, las sociedades urbanísticas del Patrimonio Municipal de Suelo, por cuanto son los elementos fundamentales en la política de suelo y vivienda del Ayuntamiento.

En segundo lugar, desde un punto de vista objetivo, este régimen jurídico sometido esencialmente al derecho privado, otorga además una serie de ventajas concretas que han sido destacadas en los distintos apartados del presente estudio, pudiendo extractarse las siguientes conclusiones:



- a) En cuanto a los aspectos subjetivos de sus actuación, su forma mercantil le impone la obligación de establecer los órganos de gobierno propios de las sociedades privadas, como el Consejo de Administración y la Gerencia, no así la Junta General, que suele ser el Pleno de la Corporación; el Consejo y la Gerencia dan una facilidad de tomas de decisión y de actuación mucho más ágiles y rápidas que los órganos y comisiones administrativas. Por otro lado, el personal y su selección sometida esencialmente al régimen laboral, si bien respetando los criterios de mérito y capacidad, otorgan una facilidad y agilidad en la contratación y cese de la relación laboral desconocida en el ámbito administrativo.
- b) A las sociedades mercantiles públicas, consideradas como “poderes adjudicadores”, se aplica la normativa de contratación de forma más atenuada, con una distinción esencial entre los contratos SARA y No SARA. A los primeros, contratos SARA, la aplicación es “intensa”, es decir se aplica la normativa con ciertas matizaciones y excepciones analizadas. En el supuesto de los contratos No SARA, la sujeción se define como “débil”, pues se les aplica los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación plasmados fundamentalmente en sus Instrucciones Internas de Contratación.
- c) En el régimen patrimonial, en orden a su adquisición y enajenación de su patrimonio propio, su actuación se encuentra sometida al derecho privado, lo que determina que no se aplique la normativa administrativa patrimonial, si bien con ciertas excepciones y la posibilidad de excepcionar la aplicación genérica de criterios de publicidad y concurrencia. Ello da una facilidad de actuación, especialmente en el ámbito del urbanismo y de la promoción de vivienda, de la que no goza la Administración.
- d) Por ser una personificación privada, tienen facilidades de actuación en el mercado, así no se encuentran sometidas al régimen presupuestario, ni a la intervención previa ni su financiación afecta al endeudamiento de sus administraciones matrices, en los casos de que se trate de sociedades que se financien con ingreso de mercado, aun cuando se deben respetar los criterios de la normativa de Estabilidad Presupuestaria.
- e) En aspectos fiscales, aun cuando no ha sido objeto de estudio y sí una futura línea de trabajo, con carácter general, las sociedades públicas si bien han perdido muchas de sus ventajas fiscales que originariamente tenían; no obstante ello, conservan una esencial, la bonificación del 99% en el impuesto de sociedades (IS), siempre y cuando las actuaciones se refieran a materias objeto de su competencia. Por otro lado, las sociedades dependientes de Administraciones locales, en función de su objeto, pueden obtener ciertas bonificaciones en materia de impuestos locales, siempre y cuando sean aprobadas éstas por ordenanzas fiscales por el Ayuntamiento, en concreto en relación al impuesto de

bienes inmuebles (IBI), el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO), etc.

- f) Por último, las sociedades mixtas son igualmente un óptimo instrumento fundamental en la prestación de servicios públicos y la realización de actividades económicas, pues con la participación del socio privado, la administraron titular o una sociedad pública, en el caso de sociedades de segundo nivel, se garantiza no solo la financiación, sino la adecuada gestión del servicio o el mantenimiento de una infraestructura o servicio, en base a la experiencia de aquél.

Pero hay que concluir igualmente en relación a este aspecto objetivo, que el hecho de la aplicación del derecho privado, lejos de ser un fraude de ley, es la aplicación estricta de la misma. Es la Ley la que somete expresamente a las sociedades urbanísticas por las especialidades de su objeto a dicha legislación, salvo las específicas actuaciones que considera que debe aplicarse el derecho público. Por ello, la llamada “huida del Derecho Administrativo”, lejos de ser una viciosa aplicación del derecho es una consecuencia de la norma, que no solo la impone, sino que la considera justificada y adecuada para los fines impuestos a dichas sociedades.

## **2.2.- ACREDITACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA GARANTIZAR LA SATISFACCIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES Y BÁSICOS PARA LA CIUDADANÍA**

También ha quedado acreditada la segunda de las hipótesis, que las “sociedades urbanísticas” son un elemento fundamental para garantizar la satisfacción de servicios esenciales y básicos para la ciudadanía en un estado social establecido por la Constitución, especialmente los relativos a la vivienda, el urbanismo y un medio ambiente adecuado y sostenible.

Como se ha visto, el objeto fundamental de las sociedades urbanísticas es la promoción y gestión del suelo y equipamientos, soliendo tener también competencias en materia de vivienda, como elementos necesarios e imprescindibles para la promoción de grupos de vivienda y equipamientos de toda índole, aparcamientos, edificios administrativos y fundamentalmente asistenciales (3.ª edad, jóvenes, universitarios, familias monoparentales, etc.). Por ello se concluye que suelen tener relativas ventajas como promotores públicos de vivienda y urbanismo; lo analizaremos:

- a) En materia de vivienda, son consideradas a todos los efectos promotores públicos en los planes de vivienda estatales y de las CC.AA., lo que les permite la realización de viviendas sociales (las denominadas de promoción pública), lo que está vedado a los promotores privados y, en ciertos regímenes de promoción, se les otorga ventajas económicas o subvenciones específicas.
- b) En materia de urbanismo, pueden ser consideradas administraciones actuantes, obtener las ventajas de la gestión directa, incluso la posibilidad de que se les adscriba directamente el suelo de cesión

obligatoria y utilizar el sistema de expropiación en la ejecución del planeamiento.

- c) Ser las destinatarias de la cesión del patrimonio público de suelo y asignárseles su administración o gestión, y recibir de forma directa suelos patrimoniales ya urbanizados.

Durante el “Boom Inmobiliario” de las últimas décadas, los promotores privados abandonaron la promoción de la vivienda protegida, con carácter general, y especialmente el alquiler. De no ser por el sector público, como se ha visto, la garantía constitucional de una vivienda digna y adecuada no se hubiera cumplido para una amplia capa de nuestra población.

Ahora en época de crisis, ante la escasez de actividad en el sector, el sector privado pretende ocupar el lugar del sector público. Consecuentemente con este planteamiento, el sector de la promoción pública actualmente sobra y se adoptan medidas para su restricción al máximo, sin una mínima visión de futuro. ¿Qué sucederá cuando se supere la crisis, quién promocionará viviendas para estas personas si el sector público desaparece y más si se tiene en cuenta que ciertas actuaciones, especialmente dirigidas a los menos favorecidos, no son rentables y consecuentemente nunca van a ser asumidas por el sector privado? Piénsese que eso mismo aconteció con la banca pública, privatizándose el excelente “Banco Hipotecario de España”, al que se le ha echado mucho de menos durante estos tiempos de créditos imposibles.

En el campo del urbanismo, y especialmente centrado en el sector de la promoción pública de vivienda y suelo, hay que destacar los óptimos resultados que, desde hace unas décadas, han dado los llamados “Promotores Públicos”, compuestos en su inmensa mayoría por sociedades mercantiles públicas locales, muchos de ellos bajo la fórmula específica de sociedades urbanísticas.

Así, los miembros de Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS) han realizado infinidad de actuaciones de interés social, destinadas esencialmente a personas con bajas rentas, sin las cuales no hubieran visto satisfecho su derecho constitucional a una “vivienda digna y adecuada”, así como de desarrollo económico y social de los municipios españoles. En concreto se puede destacar las siguientes:

- Administran un parque de 140.000 viviendas en alquiler.
- Del año 2007 hasta junio de 2014 han promovido 56.543 viviendas protegidas para la venta y 12.080 en alquiler en nueva construcción.
- Han realizado 242.900 actuaciones de rehabilitación.
- Llevan a cabo la mayor parte de las actuaciones de renovación urbana.
- Promueven equipamientos, suelo industrial y residencial.
- Más de 1.000.000 de familias viven en una vivienda promovida o rehabilitada por AVS.

### **3.- CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS**

De acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, entendemos que se ha cumplido el objetivo fundamental que es justificar la existencia de las Sociedades Urbanísticas Municipales, por cuanto la gestión mediante ellas es adecuada para la óptima prestación de los servicios públicos locales, la ejecución de actividades económicas en interés de los ciudadanos y garantizar el mantenimiento de los servicios básicos y esenciales.

Consecuentemente con ello, la visión de las sociedades urbanísticas locales no puede ser sino positiva ante este óptimo sistema de gestión de servicios y ejercicio de actividades económicas.

Se ha acreditado que las críticas que habitualmente se hacen a este tipo de sociedades no están justificadas ni se corresponden con la realidad. Revelando con ello bien un desconocimiento de su régimen jurídico o de su actuación, o una prevención injustificada, incluso, a veces, una crítica interesada por distintos sectores económicos y políticos.

Igualmente se han cumplido los siguientes objetivos específicos, en concreto los siguientes:

- g) Se ha realizado un estudio amplio y actualizado del Régimen Jurídico de las Sociedades Urbanísticas Municipales, resolviendo, en la medida de lo posible, las dudas y disfunciones planteadas, tras la multiplicidad de leyes de reforma del sector público, especialmente durante la crisis.
- h) Se ha analizado y concretado la situación actual del sector público local tras la entrada en vigor de la LRSAL y la distinta normativa de las Comunidades Autónomas para su aplicación y desarrollo.
- i) Se han establecido las pautas de actuación de las sociedades urbanísticas, tanto en sus relaciones con las administraciones de las que dependen como de los ciudadanos destinatarios de su actividad.
- j) En los distintos apartados del estudio, al analizar la aplicación de la normativa, se han analizado las disfunciones de ésta y consecuentemente se han realizado las propuestas de adecuación de la normativa en orden a la búsqueda de una adecuación de la misma a las necesidades y realidades de la sociedad pública.
- k) Se han analizado distintas sociedades comparando la actuación de las mismas para destacar las diferentes formas de abordar la creación, finalidad y funcionamiento de las mismas.
- l) Se han formulado criterios para el diseño y la creación de nuevas sociedades, definiendo sus elementos esenciales (estatutos, objeto, actuaciones, órganos de gobierno, etc.).

## **CAPÍTULO XIV.- PROPUESTAS Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.- PROPUESTAS**

En materia legislativa, durante el amplio análisis que se ha realizado de las sociedades municipales, en general, y de las urbanísticas, en particular, se han ido realizando distintas propuestas en relación a cómo debería ser la normativa aplicable a dichas sociedades en relación a los contenidos concretos, por lo que en este apartado nos limitaremos a realizar propuestas genéricas en relación a lo que debería ser la legislación sobre las mismas.

En primer lugar, en materia de la legislación general de régimen local aplicable a la sociedad como modo de gestión directa, superar esa visión negativa e interesada, que se trasluce en la normativa como en la LBRL. En ésta, a nuestro entender y como se ha justificado, se atenta contra el principio de autoorganización de los entes locales, pues se limita el uso de las formas de gestión mercantiles, cuando son las más ágiles e imperantes en Europa, dando prioridad a la gestión sometida al derecho público o, por el contrario, en el extremo opuesto, dando preponderancia al sector privado, cuando no se produce una cuasi imposición del mismo, en una vuelta a la subsidiariedad del sector público de la normativa preconstitucional. Además, en las normativas sectoriales debe reconocerse el fenómeno de la existencia de dichas sociedades mercantiles y su actuación sometida al Derecho privado y, consecuentemente, su adaptación a las específicas especialidades, como se ha realizado en otras normativas.

En segundo lugar, en cuanto a la normativa urbanística, normativa especial de aplicación a nuestras sociedades y de competencia de las CC.AA., es necesario que las sociedades urbanísticas se regulen de forma concreta y completa por la normativa de cada una de ellas, siguiendo los ejemplos de Andalucía, Asturias o Castilla-La Mancha, para evitar regulaciones dispares que plantean problemas de alcance en el actuar o en la relación, especialmente patrimonial o de encargo de actuaciones urbanísticas, entre éstas y sus administraciones titulares. Así, además, no se plantearía los problemas que tienen muchas sociedades en aquellas Comunidades en las que no tienen una legislación específica, pues deben estar constantemente defendiendo su existencia, competencias y régimen de actuación en base a la vigencia supletoria de un derecho estatal que, aun cuando se regulen adecuadamente las sociedades urbanísticas mediante el Decreto 1069/1978, es una normativa bastante desfasada y no totalmente adecuada a la realidad jurídica actual.

Además del tema legislativo, consideramos necesario que se adopte una posición menos beligerante por parte de cierto sector doctrinal, al que se adscribe algún sector del funcionariado, que en base a la indicada “sanción preventiva” consideran que toda actuación privada de la Administración encierra una huida del derecho administrativo y un potencial peligro por el pretendido limitado control que sobre las mismas se tiene, cuando en la

realidad, como se ha visto en la presente investigación, los Ayuntamientos pueden tener un exhaustivo control en todos los aspectos jurídicos, técnicos y económicos en sus sociedades, siendo la utilización del derecho privado en la gestión un adecuado medio para el fin buscado, que no es sino la ágil y eficiente actuación de la Administración en la prestación de los servicios propios o en el ejercicio de actividades económicas en interés de los ciudadanos.

## **2.- FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN**

El estudio sobre las sociedades urbanísticas municipales debe de ampliarse en un futuro en función de dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, el estudio y la adaptación subsiguiente de diversas materias objeto del contenido de dicho estudio que se han visto afectadas por la publicación de distintas normas que se han publicado recientemente y que aún no han entrado en vigor. Es esencial la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, que no entra en vigor hasta el 2 de octubre de 2016. También por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que entra en vigor el mismo día que la anterior, el 2 de octubre del año próximo) se modifican distintos aspectos del procedimiento administrativo, que se transforma esencialmente en telemático y, consecuentemente, afectará al modo de comunicarse las sociedades públicas con los administrados.

Igualmente, en materia normativa se deberá adaptar a la futura Ley de Contratos del Sector Público que deberá haberse redactado, publicado y entrado en vigor en los primeros meses de 2016 que vence el plazo de adaptación de la normativa interna española a las nuevas directivas de mercado interior de la Unión Europea que se han visto en el Capítulo X, y que, en concreto, son la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública, la 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En segundo lugar, es necesario desarrollar aspectos específicos de las sociedades urbanísticas que deben estudiarse con una mayor profundidad, como los siguientes:

- a) Los aspectos fiscales de las sociedades, así como un análisis más profundo sobre los aspectos económicos-financieros y del endeudamiento de las mismas, pues en el presente solo se han apuntado aquellos aspectos más fundamentales, siendo además un campo fundamental en la justificación de la existencia de las mismas.
- b) Analizar las actuaciones y respuestas concretas de las sociedades urbanísticas ante la profunda crisis económica, como la diversificación de

actuaciones o la asunción de otras nuevas competencias, necesarias para su subsistencia, dentro de un marco de estabilidad presupuestaria.

- c) Estudiar la evolución real y con cierta perspectiva de las reformas del sector público local introducidas por la LRSAL, tan criticadas en el presente estudio y que han sido limitadas por la normativa de las CC.AA. Ello teniendo en cuenta la completa entrada en vigor de sus previsiones, lo que se producirá especialmente el 1 de enero de 2016, tras la transitoriedad de la eventual asunción de las CC.AA. de las competencias en servicios sociales, educación y sanidad. Viéndose igualmente el efecto real producido en las sociedades prestatarias de servicios existentes a la entrada en vigor y que se encontraban en situaciones de desequilibrio financiero
- d) Analizar con detalles cómo incide en las sociedades urbanísticas locales la nueva ley de transparencia. Determinando hasta qué punto el ámbito subjetivo de esta última norma afecta a estos entes, o qué obligaciones les son exigibles de transparencia activa y de la denominada transparencia pasiva.
- e) Realizar un estudio comparado sobre uno de los aspectos más fundamentales de las sociedades urbanísticas que es la gestión de los patrimonios municipales de suelo, con la complejidad que ello supone y teniendo en cuenta que, como se ha indicado, las sociedades urbanísticas son las destinatarias y garantes esenciales de la finalidad del mismo, la promoción de vivienda sometida a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social. Aspecto importante del mismo sería ver qué destino real se ha dado al mismo en las distintas CC.AA., pues la normativa urbanística de unas y otras no es siempre coincidente.
- f) Otro aspecto de interés, que solo se ha apuntado en el estudio, es el análisis comparado de los supuestos previstos en las distintas legislaciones para que las sociedades urbanísticas realicen la gestión directa del urbanismo, ya sea mediante el otorgamiento del carácter de agente urbanizador u otro que le habilite para ello. Analizando el contenido y el alcance que la legislación de las CC.AA. da a estos supuestos, como la adscripción directa del aprovechamiento urbanístico.
- g) Por último, es importante destacar que otro de los aspectos que no se ha podido analizar con suficiente profundidad, y que sería una adecuada línea de trabajo en un futuro, es realizar un estudio en profundidad sobre las situaciones de insolvencia de las sociedades públicas, fundamentalmente cuando se prestan servicios esenciales u obligatorios. Igualmente sus aspectos concursales y los expedientes de regulación en relación a los empleados de las mismas, una vez se haya asentado la actual legislación y unificado criterios frente a las dispares actuaciones de los distintos órganos judiciales o administrativos encargados de resolverlas.





## **BIBLIOGRAFÍA**

Para la realización del presente estudio se ha consultado la siguiente bibliografía:

- **ALBI, Fernando:** “Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales”. Aguilar, Madrid, 1960.
- **ALMONACID LAMELAS, Víctor:** artículo “Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho”. Publicado en Derecho Local de la Editorial El Derecho - Francis Lefebvre, 2013.
- **ARIÑO ORTIZ, Gaspar:** “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General”, Thomson-Aranzadi, 2007.
- **ARANA GARCÍA, Estanislao:** “Las Sociedades Municipales de Gestión Urbanística”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- **BERNAL BLAY, Miguel Ángel:**
  - (2008) “Un paso en falso en la Interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in House”. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) n.º 137, páginas 114 a 138. de enero-marzo de 2008. Editorial Thomson-Civitas.
  - “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la LCAP. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l) del TRLCAP”.
- **BLANCA CASADO, Andrés:** “La doctrina del levantamiento del velo”, Artículo en Noticias Jurídicas, enero de 2013.
- **BOCANEGRA SIERRA, Raúl:** Artículo “Las sociedades urbanísticas: problemas jurídicos”. Revista jurídica de Asturias, N.º 15, 1992, págs. 163-177.
- **OIX PALOP, Andrés:** Artículo “Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: limitación de la autonomía local, recentralización y redefinición de los mercados de provisión de servicios locales”, Estudios y Comentarios del Diario del Derecho Municipal – IUSTEL del 3 de enero de 2014.
- **BOQUERA OLIVER, José María:** Artículo “El Patrimonio Municipal del Suelo”, en problemas del Urbanismo Actual, Ed. IEAL, Madrid, 1967.

- **BUESO GUIRAO, Enrique:**
  - (2001) “Modelos de gestión urbanística: gerencias de urbanismo y empresas municipales de suelo”, (Edición de las ponencias escritas de la jornada sobre “modelos de gestión urbanística: gerencias de urbanismo y empresas municipales de suelo”) FEMP 2001.
  - (2007) “Las sociedades mixtas urbanísticas locales tras la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008”. Revista económica de Castilla-La Mancha, n.º 11, “Sector inmobiliario: pasado, presente y futuro”. Asociación de economistas de Castilla-La Mancha, segundo semestre de 2007.
- **BUESO GUIRAO, Enrique y CARRILLO MORENTE, José Antonio:** Estudio “Los Programas de actuación urbanizadora por gestión directa”. Capítulo 21 en el libro “Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha”, páginas 731 a 748. La Ley/El Consultor, 2006.
- **BUESO GUIRAO, Enrique y GIL VALENTÍN, Elena:** “Gestión directa y sociedades públicas urbanísticas en la normativa castellano-manchega” Capítulo XXV en el libro “Derecho de la ordenación del territorio y urbanístico de Castilla-La Mancha”, páginas 957 a 1001. Aranzadi, 2009.
- **BUESO GUIRAO, Enrique y PARRIZAS COLLADO, Pilar:** Estudio “La gestión directa en la Normativa Urbanística Valenciana” en el libro “Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada”. Páginas 927 a 963. Tirant lo Blanch, 2009.
- **BUESO GUIRAO, Enrique y PÉREZ MIRA, Juan Manuel:**
  - (2012) “Guía de Actuación. Gestión de Servicios mediante sociedad mercantil pública”, editada por AVS, FEMP y COSITAL en 2012.
  - (2015) “Efectos en el sector público local de la nueva Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)” editada por AVS en 2015.
- **BUESO GUIRAO, Enrique y ZURITA GONZÁLEZ, Manuel:**
  - (2004) Boletín Informativo de AVS Número 79.- “Las sociedades urbanísticas como promotoras públicas de vivienda, suelo y equipamiento”. Junio de 2004.
  - (2006) Boletín Informativo de AVS Número 86.- “Sociedades Urbanísticas (1)”. Julio de 2006.
  - (2006) Boletín Informativo de AVS Número 87.- “Sociedades Urbanísticas en las CC.AA. (2)”. Octubre de 2006.

- (2009) Boletín Informativo de AVS Número 93.- “La Ley de Contratos del Sector Público”.
- **CANDELA TALAVERO, José Enrique:** “El Objeto del Contrato: Análisis del informe 31/12, de 7 de mayo de 2013 JCCA”. Artículo publicado el 10 de noviembre de 2014 en el Observatorio de la Contratación Pública.
- **CASTRO MEJUTO, Luis Fernando de:** “La contratación de personal laboral por las Administraciones públicas: encomiendas de gestión, empresas interpuestas y levantamiento del velo”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2012, 16: 419-434. ISSN: 1138-039X.
- **CASTILLO BLANCO, Federico:**
  - (1999) “La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las Sociedades Urbanísticas locales” publicado por la Revista de Derecho Urbanístico n.º 169, abril y mayo de 1999.
  - (2014) “Una lectura de urgencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. Diario del Derecho Municipal/IUSTEL, de 3 de enero de 2014.
- **COLÁS TENAS, Jesús:** Artículo “La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas”. Páginas 40 a 53 de la Revista de la Fundación Democracia y Gobierno Local, N.º 21 de octubre de 2009.
- **DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro:** Artículo “Reflexiones sobre la reforma de la Administración Local: A propósito del Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, publicado por El Diario Del Derecho Municipal / IUSTEL de 23 de enero de 2013.
- **DE LA GUARDIA PÉREZ-HERNÁNDEZ, Carlos:** “Criterios para la elección de modalidad gestora del urbanismo. Planeamiento General”, en Encuentros de Gerencias Municipales de Urbanismo, Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, Madrid, 1994.
- **DÍAZ DE LEMA, José Manuel:** “Contratos Públicos y Derecho español. Comentario urgente en relación la Sentencia del TJCE de 15 de mayo. Contratos Públicos y derecho español” (caso TRACSA). Actualidad Administrativa, n.º 35, 22 al 28 de septiembre de 2003.
- **DÍEZ SASTRE, Silvia:** “Competencia de la jurisdicción civil en los supuestos de impugnación de instrucciones internas de contratación”. Artículo en el Observatorio de la Contratación Pública, 7 de noviembre de 2011.

- **DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica y RODRÍGUEZ-CHAVES MIEMBRO, Blanca:** “El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales - Estudio desde la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea”. La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos, diciembre de 2013.
- **ETXEZARRETA VILLALUENGA, Juan Carlos y LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, Juan Carlos:** Artículo “Régimen jurídico de la actividad contractual de las sociedades mercantiles locales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Revista Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, N.º. 84, 2009.
- **FERNÁNDEZ FARRERES, Germán:** “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, conferencia pronunciada en el curso de verano de la UNED titulado “Los procesos de liberalización a examen: servicio postal, telecomunicaciones y energía”, celebrado en Ávila los días 15 al 19 de julio de 2002 y dirigido por los profesores M. Bacigalupo Saggese y J.A. Fuentetaja Pastor.
- **FERNÁNDEZ-PACHECO RODRÍGUEZ, Jesús Manuel y CATALÁN JIMÉNEZ, Santos:** Artículo “Análisis normativo y jurisprudencial de la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada por personal al servicio de la administración”, publicado en Foro Manchego, Revista informativa del Colegio de Abogados de Ciudad Real, 11 de abril de 2013.
- **FUNDACIÓN PARA LA “FORMACIÓN E INVESTIGACIÓN EN AUDITORÍA DEL SECTOR PÚBLICO” (FIASEP).** Estudio “Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo”. Documento n.º 5 (Comisión técnica de auditoría pública) Serie Documentos. Septiembre de 2013.
- **FUEYO BROS, Manuel:** “Plazos de pago en las sociedades públicas y Ley de morosidad”, Observatorio de la Contratación Pública, 13 de mayo de 2012.
- **GARCÍA GARCÍA, María Jesús:** “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”. Artículo en la Revista jurídica de Castilla y León. N.º 15. Mayo de 2008.
- **GARCÍA RUBIO, Fernando:**
  - (2010) “¿Pueden las empresas de capital público gestionar mediante encomienda? – Estudio de las encomiendas de gestión de servicios públicos no obligatorios en el ámbito local”. Páginas

34 a 55 del n.º 99 de la Revista de la Ley “Práctica Contratación Administrativa”. Julio de 2010.

- (2011) Intervención en la mesa redonda del curso Administración y gestión del patrimonio público, de la UIMP-AVS en Sevilla el 28 de septiembre de 2011.

- **GIMENO FELIU, José María:**

- (2008) Artículo: “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, RAP, 176, 2008, pp. 9-54.
- (2010) “La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”. Presupuesto y Gasto Público 60/2010: páginas 25-40. Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales (2010).
- (2010) “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 799/2010 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010.

- **GONZÁLEZ-VARAS, Santiago:**

- (1996) “El Derecho Administrativo Privado”. Editorial Montecorvo. Madrid, 1996.
- (1997) “El Levantamiento del velo y el Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, REALA 274-275 (Mayo-diciembre, 1997).
- (2005) El Derecho Administrativo Europeo. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. (ISBN 978-84-8333-286-3)
- (2008) “Estudio sobre la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) a los promotores públicos (sociedades mercantiles, organismos autónomos y entidades empresariales) en particular a aquellas que tienen como objeto funciones urbanísticas, suelo y vivienda”. Informe realizado para AVS en diciembre de 2007. Publicado en el Boletín de AVS n.º 93 de enero de 2008.
- (2012) “Tratado de Derecho Administrativo” Tomos I.- Parte General y VI.- Derecho administrativo económico. Ed. Thomson-Civitas, 2012.

- **GONZÁLEZ DE BIEDMA, E. y CALVO GALLEGO, J.:** Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas. En *La Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Tomo II. Ed. Civitas – Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla. Madrid, 1994.

- **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús:** Artículo “Las sociedades urbanísticas constituidas por entes públicos”. Revista de Derecho Urbanístico número 58. 1978, páginas 13-39.
- **GONZÁLEZ PUEYO, Jesús María:** “Gestión de servicios públicos locales. Sociedad mercantil local”. Conferencia FEMP/INAP, Madrid, 2004.
- **GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto:** Ponencia “Régimen jurídico general del patrimonio inmobiliario de los entes instrumentales de la administración: enajenación, explotación y gestión” en la jornada “Los Promotores Públicos ante la Ley de Contratos del Sector Público tras cuatro años de aplicación”, organizada por AVS en Madrid, el 29 de junio de 2011.
- **GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio:** Ponencia “El patrimonio municipal del suelo”, Jornadas de AVS, Sevilla, 2011.
- **HURTADO ORTS, Francisco:** “La iniciativa Pública Local en la Actividad Económica”, Federación Valenciana de Municipios y Provincias, 1994.
- **JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael:** “Vademecum sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local – 100 cuestiones en relación a su aplicación”. Edita la Federación de Municipios de Cataluña, 2014.
- **JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo:** “La morosidad del sector público. En el cumplimiento de sus obligaciones”. Madrid: Aranzadi, 2012.
- **LÓPEZ GÓMEZ, J. M.:** “*El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*”. Ed. Civitas – Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía. Madrid, 1995. (Carrillo)
- **LORENTE TALLADA, José Luis:** “El patrimonio municipal del suelo” (especial referencia a la Comunidad Valenciana). Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
- **LORENTE TALLADA, José Luis y ROMERO SAURA, Fernando:** “El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana (LRAU)”. Editorial: Universidad Politécnica de Valencia Colección. 1.ª Edición, 1996.
- **LLISET BORREL, Francisco:**
  - (2001) “Gerencias de Urbanismo y Sociedades Urbanísticas. Manual de Urbanismo”. Manual INAP. 2001.
  - (1999) “La Actividad Empresarial de los Entes Locales”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, edición 1999.

- **MARÍN ALBARRÁN, Elena:** “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública”. Artículo en el Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, Mayo de 2014.
- **MEMENTOS FRANCIS LEFEBRE / EL DERECHO:** Memento Administradores y Directivos, on line.
- **MELLADO RUIZ, Lorenzo:** “Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: ¿Una nueva reforma económica local?”, páginas 148 y 149. Serie Temas de Administración Local. Edita el CEMCI, 2014.
- **MONTOYA MARTÍN, Encarnación:** “Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
- **MORENO MOLINA, José Antonio:** “La contratación de la Fundaciones en le Ley de Contratos del sector público”. Revista Electrónica CEMCI, n.º 4, julio y septiembre de 2009.
- **MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco:** “La nueva Ley de contratos del sector público: estudio sistemático”. Página 363. Colección Manuales Profesionales, Editorial La Ley, 2007.
- **NOGUERA DE LA MUELA, Belén:**
  - (2010) Artículo “Los encargos in house en la ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria”. Revista de Administración Pública núm. 182, Madrid, mayo-agosto de 2010, págs. 159-190.
  - (2012) Artículo “*Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada en el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público*”. Observatorio de la Contratación Pública, de 9 de abril de 2012.
- **PANIZO GARCÍA, Antonio:** Informe 4/08: “Aplicación de la doctrina in house providing a una Entidad Pública Empresarial. Aplicación analógica del régimen previsto en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a los negocios entre una entidad pública empresarial que no es poder adjudicador y una sociedad íntegramente participada y controlada por ella. Examen de doctrina de la jurisprudencia comunitaria sobre el suministro doméstico in house providing”, elaborado por Antonio Panizo García, Abogado del Estado-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría de Estado de Hacienda y

Presupuestos, el 23 de junio de 2008 –previa conformidad de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado con el proyecto de informe sometido a consulta, por Oficio de 22 de junio de 2008–, a petición del Ilmo. Sr. Director General de Loterías y Apuestas del Estado.

- **PALOMAR OLMEDA, Alberto:** “La Administración en tiempo de Crisis”, Colección Grandes tratados. Editorial Aranzadi, 2012.
- **PERNÁS GARCÍA, J. José:** Artículo “La exigencia de control análogo en las encomiendas a medios propios”. REALA. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 311, septiem bre-diciembre de 2009, pp. 229-276.
- **SOCIEDADES MERCANTILES.** Memento Práctico, Editorial Francis Lefebvre, 2012/2015.
- **PRIETO GONZÁLEZ, Luis Fernando:** “Las Empresas Mixtas Locales”, Editorial Montecorvo, 1996.
- **RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio:** Artículo “Las encomiendas a entes instrumentales en la Legislación Foral de Contratos Públicos de Navarra: contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la legislación básica estatal”. Revista Jurídica de Navarra. Enero-junio de 2009, n.º 47, páginas 39-86.
- **RIVERO ORTEGA, Ricardo:** Artículo “Oportunidades, riesgos y resultados reales de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. REALA, n.º extraordinario, enero 2015.
- **SÁNCHEZ MARTÍN, Ángel y SÁNCHEZ GARCÍA, Rosendo:** “Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales”. INAP/CEMCI, N.º 46, Granada, 1992.
- **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel:** Derecho Administrativo, parte general, Tecnos edición, 2009.
- **SOSA WAGNER, Francisco:**
  - (2006) “La Gestión de los Servicios Públicos Locales”, Civitas, 6.ª edición, p. 156.
  - (2008) “La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago”, Actualidad Jurídica Aranzadi, página 743. 17 de enero de 2008.
- **TEJEDOR BIELSA, Julio:** “*Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación*”. Capítulo 9.º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014.



- **VILLALBA PÉREZ, Francisca:** Artículo “La contratación de entidades y organismos del sector público no considerados Administraciones públicas”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (RALA). N.º 310. Mayo-agosto de 2009.
- **ZAFRA VÍCTOR, Manuel:** Artículo “Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de La Ley 27/2013 (segunda parte)”. Publicado en Estudios y Comentarios por IUSTEL/Diario del Derecho Municipal, de 13 de junio de 2014.



## **ANEXOS**

**Anexo 1.º**.- Resolución de la Dirección General de Tributos de 15 de febrero de 1996 a cuestiones planteadas por AVS en relación al Impuesto de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido.

**Anexo 2.º**.- Cuadro de legislación de las Comunidades Autónomas aplicable a las Sociedades Urbanísticas.

**Anexo 3.º**.- TRIBUNAL DE CUENTAS Informe 1.003, “Informe sobre fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012” Publicado en diciembre de 2013.

**Anexo 4.º**.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Informe 26/2008, de 3 de noviembre sobre “Necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 LCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia. Compatibilidad de la regulación de los encargos a medios propios de la LCSP con la normativa autonómica relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas”.

**Anexo 5.º**.- ABOGACÍA DEL ESTADO: Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

**Anexo 6.º**.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO: “Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el contenido Básico de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares comunes a todo tipo de contratos administrativos”.



Ministerio de Economía y Hacienda  
El Director General de  
Tributos

*Eduardo Arribas*

Madrid, 15 de febrero de 1996.

D. Xavier Valls i Serra.  
Presidente de la Asociación Española de  
Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.  
c/ San Vicente, 16, 7º, 7ª.  
46002 VALENCIA.

Estimado Xavier:

En contestación a vuestro escrito del pasado día 24 de octubre sobre cuestiones tributarias que afectan a la Asociación Española de Promotores de Vivienda y Suelo, adjunto tengo el gusto de remitirte informe de este Centro Directivo al respecto, así como selección de consultas relativas a las cuestiones planteadas en dicho escrito.

Un cordial saludo,

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA	
REGISTRO GENERAL	
15 FEB. 1996	
SALIDA	59/33



Ministerio de Economía y Hacienda  
Secretaría de Estado de Hacienda

**Dirección General de Tributos**

Alcalá, 5, 1ª planta  
28014 Madrid  
Teléfono (91) 522 10 00  
Telex 27811 MOHA-E

**ASUNTO:** CUESTIONES PLANTEADAS POR LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE PROMOTORES PUBLICOS DE VIVIENDA Y SUELO EN RELACION CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

**INFORME:**

**I.- ANTECEDENTES.**

La Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo ha presentado ante este Centro Directivo un escrito en el que plantea diversas cuestiones fiscales que afectan a la actividad de sus asociados.

En primer lugar, se plantean una serie de dudas relativas a la interpretación de la normativa del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre el Valor Añadido. En relación con el primero, se considera necesario clarificar el alcance de la bonificación del 99 por 100 en la cuota del Impuesto, contemplada en el artículo 32.2 de la Ley 43/1.995, de 27 de diciembre, reguladora del mismo. En cuanto al Impuesto sobre el Valor Añadido, las cuestiones formuladas aluden a las Juntas de Compensación Urbanística, las transmisiones de terrenos y las cesiones de aprovechamiento urbanístico. En relación con todas estas cuestiones, se realiza una propuesta sobre la aplicación del régimen sancionador en el supuesto de que se efectúen por la Administración actuaciones de comprobación tributaria.

En segundo lugar, la Asociación formula unas concretas propuestas de modificación normativa. En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, se hace referencia a la configuración legal de la bonificación ya aludida. En el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido, se alude al régimen tributario de las operaciones de promoción de viviendas para destinarlas al arrendamiento.



Dirección General de Tributos

2

Por último, la Asociación solicita que le sean remitidas las resoluciones dictadas por este Centro Directivo relativas a alguna de las materias anteriormente aludidas.

De acuerdo con este esquema, puede analizarse separadamente cada uno de los extremos mencionados.

## II.- DUDAS PLANTEADAS EN RELACION CON LA NORMATIVA VIGENTE.

### 1.- Impuesto sobre Sociedades.

Las dudas planteadas aluden al alcance de la bonificación actualmente regulada en el artículo 32.2 de la Ley 43/1.995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. En relación con dicha bonificación, se suscitan diversas cuestiones por la Asociación:

a) Clarificar lo que se entiende por competencias en ordenación, gestión, ejecución, disciplina urbanística y promoción y gestión de viviendas, tal y como están enumeradas en el artículo 25 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

En este sentido, la Asociación señala que "...las competencias de los entes locales vienen determinadas tanto por la legislación básica como por la sectorial, y atendiendo a esta última en materia de vivienda de V.P.O. se han de entender por incluidas las acciones protegibles en materia de vivienda que contempla....." citando a continuación una serie de normativa que regula la protección oficial en materia de vivienda.

Respecto a la aplicación de la bonificación fiscal que nos ocupa, este Centro Directivo entiende que las competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística han de ser las que la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas determinen, tal y como establece el propio artículo



25.2 de la Ley 7/1985, es decir serán las que se señalen en las leyes sustantivas que regulen estas materias. En concreto, estas competencias están establecidas, dentro de la normativa de ámbito estatal, en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como en las disposiciones que se dictan en desarrollo de la misma. Entre ellas, cabe señalar los diversos reglamentos dictados para el desarrollo y aplicación de la ley, tales como el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, el Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, el Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2178/1978, de 23 de junio, Reglamento de Reparcelaciones del suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana, Real Decreto 1006/1966, de 7 de abril... por citar algunos. A todo ello habrá que añadir las distintas normas que en materia de urbanismo hayan promulgado las Comunidades Autónomas.

Respecto a la legislación citada por la Asociación para delimitar el ámbito de la "promoción y gestión de viviendas", cabe señalar lo siguiente:

El Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, de Viviendas de Protección Oficial en el artículo primero del capítulo primero denominado "la vivienda de protección oficial" establece el concepto de la misma, señalando que: "Se entenderá por vivienda de protección oficial la que, destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil de noventa metros cuadrados, cumpla los requisitos establecidos en el presente Real Decreto...". El artículo 2 de la misma norma establece el ámbito de aplicación de la protección oficial señalando que:

"La protección oficial en las condiciones que para cada caso se establecen a continuación, se extenderá también:



4

A) A los locales de negocio situados en los inmuebles destinados a viviendas... Estos locales de negocio habrán de situarse en plantas completas y distintas de las que se destinen a viviendas...

B) A los talleres de artesanos ...

C) A las edificaciones, instalaciones y servicios complementarios para fines religiosos, culturales, comerciales, sanitarios..., siempre que formen parte de núcleos de población constituidos al menos en un cincuenta por ciento por viviendas de protección oficial.

Quando, ..., por voluntad del promotor, se incluyan en el proyecto garajes que tengan la consideración de anejos inseparables de las viviendas del inmueble, la superficie útil de los mismos..., se computará, a efectos de determinar los precios de venta o renta de las viviendas; más no se tendrá en cuenta ni para la concesión de ayudas económicas personales ni para determinar la superficie máxima a que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto. En el caso de que los garajes no estén vinculados a las viviendas, se considerarán a todos los efectos como locales comerciales.

El mismo régimen legal establecido en el párrafo anterior se aplicará a los trasteros y otras dependencias...".

De lo así dispuesto se desprende que la norma sobre viviendas de protección oficial distingue lo que se entiende por vivienda y lo que constituyen otras construcciones o edificaciones que el legislador por razones de oportunidad en materia de urbanismo o de política de vivienda considera actuaciones protegibles y merecedoras, en determinados casos, de ayudas públicas. Sin embargo, la bonificación fiscal que nos ocupa,





"promoción y gestión de viviendas", limita su ámbito de aplicación a actividades relativas a la vivienda, debiendo extenderse la misma, a juicio de este Centro Directivo, a los garajes y trasteros que, como señala la norma antes citada, tengan la consideración de anejos inseparables de las viviendas, y sin que por el hecho de que se concedan ayudas a otras actuaciones en materia de vivienda, deba extenderse también a ellas esta bonificación.

MEM-1823

Todo ello, sin perjuicio de que servicios públicos tales como la creación de parques y jardines públicos, pavimentación de viales en zonas urbanas, construcción de centros públicos, etc, que cita la Asociación en su consulta, pudieran estar dentro del ámbito de aplicación de la bonificación establecida en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al tratarse, asimismo, de competencias municipales, si bien distintas de la promoción y gestión de viviendas, señaladas en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985.

b) Aplicación o no de la bonificación en la cuota a los ingresos financieros.

A este respecto, la Asociación señala que las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central disponen que los ingresos financieros deben recibir el mismo tratamiento fiscal que el que corresponde a los rendimientos de la explotación del servicio municipal.

En efecto, si bien los ingresos financieros no aparecían contemplados expresamente entre los rendimientos susceptibles de disfrutar de la bonificación contemplados en el artículo 25.a)1 de la Ley 61/1978, ni tampoco aparecen entre ellos en el artículo 32.2 de la Ley 43/1995, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de marzo de 1992, refiriéndose a una entidad cuyo capital pertenece íntegramente a un ente local, establece que: "En la realización de la actividad



Dirección General de Tributos

6

propia de su objeto utiliza los recursos financieros de que dispone colocando transitoriamente los sobrantes en instituciones financieras, obteniendo, en consecuencia, los ingresos correspondientes a estas imposiciones; que de los hechos documentados no resulta que estos movimientos de fondos excedan de lo que pueda considerarse como un prudente y ordenada gestión de Tesorería; que esta utilización y disposición de recursos propios no constituye ni puede ser considerada como un capítulo aparte y distinto del de meramente auxiliar y adjetivo a la consecución de la finalidad social única que es la prestación del servicio público..., por lo que es ajustado a Derecho que estos ingresos financieros reciban el mismo tratamiento fiscal que el que corresponda a los rendimientos de la explotación del servicio municipal que conforme a la Ley y al Reglamento disfrutan de una bonificación del 99 por 100 en la cuota correspondiente a los mismos...".

En relación con esta materia, se ha producido una progresiva flexibilización de los criterios administrativos a la hora de interpretar el alcance de esta bonificación.

En consecuencia con ello y con el citado criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, cabe señalar que las entidades a las que les sea de aplicación la bonificación que nos ocupa, podrán también aplicarla a la parte de cuota que proceda de rendimientos derivados de los recursos financieros, siempre que estos movimientos de fondos no excedan de lo que pueda considerarse una gestión de la tesorería ordinaria necesaria para la realización del servicio público que presten.

c) Aclaración de que por empresa mixta "se entiende la que tenga socios de capital privado o de capital íntegramente privado", para diferenciarlo de aquellas Sociedades cuyo capital pertenece a distintas Administraciones Públicas.



Respecto a esta cuestión, este Centro Directivo entiende que tanto del Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, como del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se desprende la posibilidad de crear consorcios o cualquier otra forma asociativa legalmente autorizada, para la prestación de los servicios públicos de competencia municipal o provincial, por lo que las actividades de las sociedades constituidas a estos efectos cuyo capital pertenezca a las distintas Administraciones Públicas citadas en el artículo 32.2 de la Ley 43/1995, podrán, en su caso, beneficiarse de la bonificación que nos ocupa, siempre y cuando cumplan los requisitos al efectos previstos.

## 2.- Impuesto sobre el Valor Añadido.

Las dudas suscitadas aluden al régimen de las Juntas de Compensación, al concepto de terreno no edificable y al devengo del impuesto en las cesiones de aprovechamiento urbanístico a los Ayuntamientos.

### a) Régimen aplicable a las Juntas de Compensación.

A efectos de la determinación del régimen aplicable, deben distinguirse dos supuestos, en función de que la incorporación de los propietarios a la Junta suponga o no la transmisión a la misma de los inmuebles afectados.

Atendiendo al artículo 159 del Real Decreto Legislativo 1/1.992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación urbana, por regla general, la incorporación de los miembros a las Juntas de Compensación no determina la transmisión a la misma de los inmuebles afectados, salvo que exista acuerdo previo y disposi-



Dirección General de Tributos

8

ción expresa en los Estatutos, por los que la referida incorporación determine la transmisión de los terrenos a la Junta.

De acuerdo con los artículos 4, 8, 20, 92, 94 y 97 de la Ley 37/1.992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto, el régimen aplicable en cada uno de los dos supuestos mencionados es el siguiente:

- En el supuesto de que las aportaciones de terrenos a la Junta realizada por los propietarios no hayan determinado la transmisión de su propiedad, actuando la Junta como fiduciaria de sus miembros, no estará sujeta al tributo la aportación de terrenos a la Junta ni la adjudicación de los terrenos urbanizados por la misma a los aportantes.

En estos supuestos, no sería por tanto aplicable la exención a que se refiere el artículo 20.Uno.21º de la Ley (entregas de terrenos como aportación inicial a la Junta y posterior adjudicación por ésta de terrenos a los aportantes) y, en todo caso, la exención prevista en dicho precepto no alcanzará a las ejecuciones de obras de urbanización realizadas por las Juntas en beneficio de sus miembros sobre terrenos cuya propiedad no hubiese sido transmitida a dicha Junta.

En consecuencia, estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y no exentas del mismo las ejecuciones de obras de urbanización de terrenos realizadas por la Junta de Compensación en beneficio de sus miembros en estos supuestos en los que las aportaciones de terrenos efectuadas previamente por los socios a la Junta no hayan determinado la transmisión de la propiedad de los inmuebles afectados a las actuaciones de compensación.

Por estas operaciones, la Junta de Compensación deberá repercutir a sus socios el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente con ocasión del cobro de las derramas que para el reparto de los costes de urbanización impute a cada uno de sus



Dirección General de Tributos

9

miembros. La repercusión del Impuesto deberá realizarse mediante facturas completas que habrán de ser entregadas a sus miembros (destinatarios de las operaciones), y que constituirán, en su caso, el documento justificativo del derecho a la deducción del Impuesto por aquéllos.

Los mencionados socios de la Junta podrán deducir el Impuesto soportado cuando los servicios de urbanización recibidos se utilicen en la realización de operaciones sujetas al Impuesto que originan el derecho a la deducción, y concurren el resto de los requisitos establecidos al efecto por el Título VIII de la Ley para la deducción de las cuotas soportadas.

- En el supuesto de que se produjese la transmisión de los terrenos a la Junta con ocasión de la aportación de los terrenos efectuada por sus propietarios, dicha aportación determinará una entrega de bienes sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido cuando los aportantes tengan la condición de empresarios o profesionales que actúen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional y se producirá otra entrega por cada adjudicación de la Junta a los Socios. Estas entregas estarán exentas del Impuesto cuando se cumplan las condiciones y requisitos previstos en el artículo 20, apartado Uno, número 21º, de la Ley del tributo. Dicha exención supone que la Junta no deberá repercutir el tributo a sus miembros, y que éstos no podrán deducir el soportado por aquélla por los costes de urbanización. En estos casos la exención correspondiente a las entregas por adjudicación de las Juntas afectará de forma total a las referidas entregas, sin que resulte procedente distinguir la parte del valor de los bienes entregados que corresponda al terreno y la parte de valor agregado correspondiente a las obras de urbanización incorporadas a dichos terrenos.

Debe indicarse que en el escrito de la Asociación existe un error en este punto: cuando la Junta de Compensación efectúa sus operaciones con adquisición de la propiedad de los



terrenos, no cabe separar las operaciones de urbanización de las de adjudicación de los terrenos urbanizados, por lo que las derramas que cobra a los miembros por los gastos de urbanización constituyen pagos anticipados de la contraprestación correspondiente y, por tanto, estando dicha adjudicación exenta del Impuesto, dichas derramas no devengarán tampoco el Impuesto. No cabe, por tanto, entender que la Junta efectúa en estos supuestos obras de urbanización sujetas y no exentas junto a operaciones de adjudicación exentas, sino sólo estas últimas, que estarán exentas salvo renuncia a la exención por la Junta.

En relación con la renuncia a la exención recogida en el artículo 20.Uno.21°, cabe señalar: por lo que respecta a la aportación inicial de los socios a la Junta, que está en principio, como se ha indicado, exenta del Impuesto, los socios que sean empresarios o profesionales y que aporten un terreno afecto a sus actividades podrán renunciar a la exención siempre y cuando la Junta tenga derecho a deducir todo el Impuesto soportado, supuesto que sólo se dará si dicha Junta, en todas las adjudicaciones de terrenos que realice, va a renunciar a su vez a la exención.

En cuanto a la renuncia por la Junta a la exención aplicable a las operaciones realizadas por la misma (obras de urbanización y adjudicaciones), sólo si ésta efectúa la renuncia en todas las adjudicaciones que realice podrá tener derecho a la deducción de todo el Impuesto soportado y podrá, asimismo, recibir las aportaciones iniciales de los terrenos con aplicación del Impuesto.

b) Concepto de terreno no edificable.

La Asociación plantea sus dudas en relación con el concepto de terreno no edificable considerando que la Ley del Impuesto no es suficientemente clara al respecto.



El artículo 20, apartado Uno, número 20º, de la Ley del Impuesto establece que estarán exentas del mismo las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables. El mismo precepto indica que "a estos efectos, se consideran edificables los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa".

La Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana define en su artículo 14 el concepto de "solar", al que habrá que estar a efectos de la exención indicada.

Además, tampoco estarán exentos del Impuesto los terrenos que, sin tener la condición de "solares", son aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada mediante licencia; se dará esta circunstancia, fundamentalmente, en dos supuestos previstos por la propia Ley del Suelo: licencia que simultáneamente autoriza la urbanización y edificación (artículo 33.2), y autorización en suelo no urbanizable de edificaciones aisladas para viviendas o para instalaciones de utilidad pública o interés social (artículo 16.3.2º).

c) Devengo del Impuesto en las cesiones de aprovechamiento urbanístico a los Ayuntamientos.

La Asociación plantea sus dudas respecto al devengo del Impuesto en las citadas cesiones.

El artículo 140 de la Ley del Suelo establece lo siguiente:

"La ejecución del planteamiento se desarrollará por los procedimientos establecidos en la legislación urbanística aplicable, que garantizarán la distribución equitativa de

los beneficios y cargas entre los afectados, así como el cumplimiento de los deberes de cesión de los terrenos destinados a dotaciones públicas y la de aquellos en los que se localice el aprovechamiento correspondiente a la Administración, al igual que el costeamiento y, en su caso, la ejecución de la urbanización".

Asimismo, el artículo 20 de la misma Ley dispone que la ejecución del planteamiento implicará el cumplimiento, entre otros, del deber legal de "ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable". Habida cuenta de que el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por el titular de un terreno es el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre, debe concluirse que la "cesión obligatoria" al Ayuntamiento en concepto de aprovechamiento medio es el 15 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre cada terreno.

De los indicados preceptos se desprende que la ejecución del planeamiento exige una transmisión obligatoria y gratuita de terrenos en favor de la Administración actuante, que consistirá en una entrega de inmuebles por una extensión correspondiente a los que tendrían adjudicado un porcentaje prefijado (15 por ciento) del total de aprovechamiento medio de la unidad actuación.

En el Impuesto sobre el Valor Añadido, las referidas operaciones constituyen entregas de bienes de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 8 y 9 de su Ley reguladora, por cuanto suponen la transmisión, en favor del ente público, del poder de disposición sobre determinados inmuebles que antes de ser cedidos a la Administración actuante eran propiedad de otras personas o entidades.



Habrá que estar, por tanto, a las reglas del devengo en las entregas de bienes (artículo 75, apartado Uno, número 1º, de la Ley del Impuesto) para determinar cuándo se produce el mismo en las cesiones de dichos aprovechamientos. A estos efectos, debe indicarse que en general la puesta del terreno físicamente a disposición del ente público no se produce propiamente hasta que han terminado las tareas de urbanización, si bien jurídicamente puede entenderse realizada la cesión en un momento anterior (con la aprobación del proyecto de actuación). Ha de determinarse, no obstante, para establecer el momento en que se devenga el Impuesto, si el Ayuntamiento se convierte desde la cesión jurídica en propietario afectado por las labores de urbanización, lo que supondría la obligación correlativa de hacer frente a los gastos de urbanización de "sus" terrenos, o si por el contrario son los iniciales propietarios los que hacen frente a todos los gastos de urbanización de la unidad de actuación, de manera que el Ayuntamiento se limita a recibir unos terrenos urbanizados a costa de los transmitentes. En este segundo supuesto, es evidente que el objeto de la cesión obligatoria debe entenderse que es un terreno urbanizado o en curso de urbanización, y que la puesta del terreno a disposición del Ayuntamiento y el consiguiente devengo del Impuesto no se producirá hasta el momento en que el Ayuntamiento se hace cargo del inmueble, una vez urbanizados y con ocasión de la adjudicación de los aprovechamientos resultantes de las actuaciones.

La normativa urbanística no resulta clara en este punto, si bien de los diversos preceptos que afectan al reparto de los gastos de urbanización no parece desprenderse que a la Administración se la considere a estos efectos como un propietario más de terrenos sin urbanizar, por lo que el devengo del Impuesto, como se ha indicado, se producirá en el momento en que el Ayuntamiento reciba el terreno en que se localice el aprovechamiento que le corresponda.

No obstante, si, conforme al proyecto de actuación, el Ayuntamiento estuviera obligado a hacer frente a los gastos de urbanización correspondientes a los terrenos recibidos en cesión gratuita y obligatoria, debe considerarse que el objeto de dicha cesión es un terreno no urbanizado y que, por tanto, la operación se entiende efectuada a efectos del Impuesto en el momento en que jurídicamente se produce, es decir, con la aprobación del proyecto, por la que el Ayuntamiento se convertiría en un propietario de terrenos afectado por las actuaciones de urbanización.

### 3.- Aplicación del régimen sancionador.

Propone la Asociación que, en tanto no se clarifique legalmente el alcance de las cuestiones tratadas en los puntos anteriores, las actas de la Inspección de los Tributos que pudieran incoarse, en relación con estas materias, no incluyan la imposición de sanción alguna por estos conceptos.

Al respecto, es necesario señalar que no resulta procedente acordar una medida de tal naturaleza, por cuanto que la aplicación del régimen sancionador debe atenerse en todo caso a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en su normativa de desarrollo.

El apartado 4 del artículo 77 de la Ley General Tributaria, en redacción dada por la Ley 25/1.995, de 20 de julio, de modificación parcial de la misma, recoge los supuestos en los cuales las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria. Entre dichos supuestos, la letra d) de dicho apartado alude a aquel en que se ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. Se añade que, en particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente

autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma.

En consecuencia, y a efectos de la aplicación del régimen sancionador, deberá analizarse en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes, si el contribuyente ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, sin que se estime pertinente la adopción de un criterio general de exención de responsabilidad en relación con una materia o problemática determinada.

Este Centro Directivo considera, a efectos del citado análisis de las circunstancias concurrentes, que podría entenderse, en su caso, que un contribuyente ha obrado con la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones en el supuesto de que su actuación se hubiese adecuado a los criterios expresados por los Tribunales, en vía administrativa o jurisdiccional.

### III.- PROPUESTAS NORMATIVAS PLANTEADAS POR LA ASOCIACION.

El escrito presentado por la Asociación alude a la configuración legal de la bonificación ya analizada y, en segundo lugar, al régimen tributario en el Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones de promoción de viviendas para destinarlas al arrendamiento.

#### 1.- Impuesto sobre Sociedades. Configuración legal de la bonificación en la cuota del 99 por 100.

La propuesta formulada, en su día, por esa Asociación ha quedado incorporada, en sus líneas generales, al artículo 32.2 de la Ley 43/1.995, de 27 de diciembre.

#### 2.- Impuesto sobre el Valor Añadido. Propuesta de modificación de la Ley en relación con las opera-

ciones de promoción de viviendas para destinarlas al arrendamiento.

La Asociación pone de manifiesto en su escrito el incremento en el coste de la promoción de las viviendas para el alquiler que supone el Impuesto sobre el Valor Añadido en comparación con la situación que se produce cuando la promoción es de viviendas para la venta.

Debe indicarse que el tipo aplicable a los bienes y servicios adquiridos por el promotor de un edificio de viviendas es el mismo, ya se trate de viviendas para la venta o para el alquiler, por lo que la diferencia radica en que en el segundo caso el impuesto soportado no es deducible para el promotor y en el primero sí lo es: el promotor de viviendas para arrendar soportará el impuesto al tipo general en la adquisición del terreno (cuando el vendedor fuera empresario o profesional) y en la de los materiales de construcción, y el tipo reducido del 7 por 100 en las ejecuciones de obra que contrate.

Al tratarse de bienes adquiridos para ser utilizados en la realización de operaciones que no originan el derecho a deducir, las referidas cuotas impositivas no resultan deducibles y, tal y como indica la Asociación, en los supuestos de empresas que realizan también promociones para la venta, el régimen de deducciones aplicable para el sujeto pasivo será el previsto en el artículo 101 de la Ley, es decir, el de sectores diferenciados. Debido a las dificultades de gestión que les origina la aplicación de este régimen de deducciones, la Asociación propone que las actividades de venta y de alquiler de viviendas no constituyan sectores diferenciados, bien modificando la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, o bien configurando el concepto de actividad accesoria de una manera objetiva, mediante la eliminación de la frase "y, además, contribuya a su realización", de manera que se entendería por actividad "accesoria"

cualquiera cuyo volumen de operaciones no excediera del 15 por 100 de la "principal".

La modificación de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas no es competencia de esta Dirección General, ni cabe proponerla al centro competente, por cuanto, si bien se toma como referencia por la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, no está realizada a efectos meramente tributarios.

En cuanto a la segunda propuesta, la exigencia de que una actividad sólo se considere accesoria a otra cuando contribuya a su realización resulta ciertamente congruente con la finalidad de la norma: aplicar un mismo régimen de deducciones a dos actividades que, por su relación entre sí y el pequeño volumen de operaciones de una respecto de otra, no justifican un tratamiento diferenciado. Eliminar la citada referencia no sólo afectaría a la actividad de promoción de viviendas, sino a todas, con efectos ilógicos para la finalidad del precepto. Por otra parte, debe destacarse que la aplicación de sistemas de deducción tales como el de sectores diferenciados o prorrateo especial son más acordes con la filosofía del Impuesto, y que sólo en atención a las dificultades que puede suponer su gestión para el sujeto pasivo se prevé un sistema técnicamente más incorrecto como es el de la prorrateo general: concretamente, para el supuesto planteado por la Asociación, la Ley prevé, en el propio artículo 101, la posibilidad de solicitar a la Administración la aplicación de un régimen de deducción común, lo que podría solventar las dificultades de gestión indicadas.

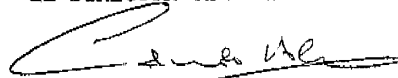
Por lo que respecto al problema del coste en que incurren los promotores al soportar el Impuesto en la promoción de viviendas para el alquiler y no poder efectuar su deducción, debe señalarse que tal circunstancia es una consecuencia inexcusable de la exención de las operaciones a cuya realización se destina el inmueble, por lo que, dado que los arrendamientos

de viviendas están exentos del Impuesto, no cabe modificación de la Ley al respecto.

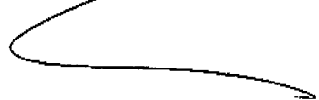
IV.- RESOLUCIONES DICTADAS POR ESTE CENTRO DIRECTIVO.

Atendiendo a la solicitud formulada por la Asociación en su escrito, se remiten copias de diversas contestaciones emitidas por este Centro Directivo a consultas formuladas ante el mismo, en relación con algunas de las cuestiones analizadas a lo largo del presente informe.

Madrid, a 15 de febrero de 1.996.  
EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS



Fdo.: Eduardo Abril Abadín.



SR. XAVIER VALLS I SERRA. PRESIDENTE DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE PROMOTORES PUBLICOS DE VIVIENDA Y SUELO.

## ANEXO 2º.- CUADRO LEGISLACIÓN CC.AA. SOBRE SOCIEDADES URBANÍSTICAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
ANDALUCÍA	<b>ADMINISTRATIVA GENERAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley Orgánica 2/2007, del Estatuto de Autonomía de Andalucía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 25 y 56 Competencia de vivienda y urbanismo</li> <li>• Art. 60 y 92 Régimen local y comp., municipios</li> </ul>
	<b>RÉGIMEN LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 6,7 y 9 competencias locales</li> <li>• Art. 8 Cláusula general de competencia</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local</li> </ul>	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las entidades locales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 23 aportaciones de bienes a sociedades</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto 18/2006, de 24 de enero, aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales de Andalucía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 44 aportaciones de bienes a capital social</li> </ul>
	<b>VIVIENDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 13/2005, de 11 de noviembre de 2005, de medidas para el vivienda protegida y el suelo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 1/2010, Reguladora del derecho a la vivienda de Andalucía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 44, Sociedades públicas mediadoras stock viviendas vacías</li> </ul>
	<b>URBANISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estatuto Jurídico: Art. 90 y 92</li> <li>• Instrumentos gestión: Art. 5.1 y 90</li> <li>• Intervención mercado suelo: Atr. 92 y 93</li> </ul>

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
<b>ARAGÓN</b>	<b>ADMINISTRATIVA GENERAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículos 27 y 71</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto-Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 133</li> </ul>
	<b>RÉGIMEN LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículos:42 a 46</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículos 112 y 181</li> </ul>
	<b>VIVIENDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 24/2003, de 26 diciembre Medidas urgentes de política de Vivienda Protegida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 2</li> </ul>
	<b>URBANISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Instrumentos gestión: Art. 24, 120, 173 y 182</li> <li>• Estatuto Jurídico: Art. 9</li> <li>• Intervención mercado suelo: Art. 106, 111, 113 y 117</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Decreto 52/2002, de 19 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la Ley 5/1999, de Urbanismo, en materia de organización, planeamiento urbanístico y régimen especial de pequeños municipio</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículos 17 y 18</li> </ul>



COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
ASTURIAS	<b>ADMINISTRATIVA GENERAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Artículos: 10 y 11</li> </ul>
	<b>RÉGIMEN LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local</li> </ul>	
	<b>VIVIENDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda</li> </ul>	
	<b>URBANISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumentos gestión: Art. 147,179,183, 207 y 210.</li> <li>Estatuto Jurídico: Art. 13</li> <li>Intervención mercado suelo: Art.218, 226</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumentos gestión: Art. 351,453, 492</li> <li>Estatuto Jurídico: Art. 30.</li> </ul>
BALEARES	<b>ADMINISTRATIVA GENERAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las islas Baleares</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Artículos: 10 y 11</li> </ul>
	<b>RÉGIMEN LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Artículos 29, 68, 142, 151,159,173 y 174</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Illes Balears de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Artículo 1º</li> </ul>
	<b>VIVIENDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley 5/2008, de 14 de mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública</li> </ul>	
<b>URBANISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley 14/2012, de 19 de diciembre, de ordenación urbanística de la Universidad de las Illes Balears</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumentos gestión: Art. 3, 4,12, 15 y 52</li> <li>Intervención mercado suelo: Art. 102</li> </ul>	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
CANARIAS	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias	• Art. 30
		• Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias	• Art. 17
		• Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias	• Arts. 2, 18 y 19
		• Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria	• Arts. 2, 117
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 7/2015, de primero de abril, de los municipios de Canarias	• Arts. 5, 11 y D. Transitoria Primera
	VIVIENDA	• Ley 2/2003, de 30 enero Ley de Vivienda de Canarias	• Preámbulo y Art. 6.
URBANISMO	• Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, "Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias"	• Instrumentos gestión: Art..7, 121, 126 y 132 • Estatuto Jurídico: Art. 92 • Intervención mercado suelo: Art. 77	
CANTABRIA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria	• Arts. 24 y 25
		• Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Admon. Comunidad Autónoma de Cantabria	• Disposición Adicional Cuarta
		• Ley 3/2006, de 18 de abril del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria	• Título VIIº , (Patrimonio Empresarial de la Comunidad Autónoma, artículos 151 y ss.
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 6/1994, de 19 de mayo, reguladora de las Entidades Locales Menores de la Comunidad Autónoma de Cantabria	
	VIVIENDA	• Ley 5/2014, de 26 de diciembre, de Vivienda Protegida	• Artículo 17
	URBANISMO	• Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo	• Instrumentos gestión: Art..118 • Intervención mercado suelo: Art. 236 y 239

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
CASTILLA Y LEÓN	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León	• Arts. 45, 70 y 71
		• Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de C y L	• Arts. 92 a 94
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León	• Art. 20
		• Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL	• Art. 1º
	VIVIENDA	• Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León	• Arts. 7 a 58
	URBANISMO	• Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo	• Instrumentos gestión: Art. 67, 94 • Interven. mer. suelo: Art. 124, 126, 127 y 130
• Decreto 22/2004, de 29 de enero, Reglamento de Urbanismo de Castilla y León		• Instrumentos gestión: Art. 191, 264, 277, 400, 401, 435 y 436 • Estatuto Jurídico: Art. 407 • Interv. Merc. suelo: Art. 372, 375, 385 y 394	
CASTILLA-LA MANCHA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• La Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía	• Artículo 31.1.2º
		• Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de C-La Mancha	• Arts. 53 a 55
		• Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha	• Artículo 7
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha	
	VIVIENDA	• Ley de 7 febrero 2002. Establece y regula las diversas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha	
	URBANISMO	• Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo , Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística	• Instrumentos gestión: Art. 118, 144 y 195 • Interv. Merc. suelo: Art. 76 y 264
• Decreto 29/2011, de 19/04/2011, Reglamento de la Actividad de Ejecución del TRLOTAU		• Estatuto Jurídico: Art. 18	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
CATALUÑA	<b>ADMINISTRATIVA GENERAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Arts. 47, 84 y 160</li> </ul>
	<b>RÉGIMEN LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Competencias: Art. 6,9, 66 y 71</li> <li>Gestión servicios: 243, y 249</li> <li>Estatuto empresas: 255 a 257</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales</li> <li>Decreto 336/1998, de 17 de octubre, Reglamento de Patrimonio de los Entes Locales. Arts 14 a 16</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Iniciativa económica. Arts. 136 a 152</li> <li>Gestión servicios: Arts. 188 a 242.</li> <li>Estatuto empresas: Arts. 137, 217, 218, 219, 225, 227 y 282 a 296.</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LARSAL</li> <li>Decreto 208/2015, de 22 de septiembre, del procedimiento para obtener los informes previstos en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Disposición Adicional</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Arts. 15,16 y 17</li> </ul>
	<b>VIVIENDA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>DECRETO 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda</li> </ul>	
	<b>URBANISMO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumentos gestión: Art. Art. 14, 22, 23 y 149</li> <li>Estatuto Jurídico: Art. Art. 22 y 23</li> <li>Interv. Merc. suelo: Art. 164 y 171</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>Decreto 305/2006, de 18 julio, Reglamento urbanismo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumentos gestión: Art. Art. 13</li> <li>Estatuto Jurídico: Art. Art. 11 y 13</li> <li>Interv. Merc. suelo: Art. 222</li> </ul>

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
EXTREMADURA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura	• Art. 9
		• 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura	• Art. 23 y Disposición Adicional 3º
		• Ley 1/2008, de 22 de mayo, de creación de Entidades Públicas de la Junta de Extremadura	• Art. 27
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura	
	VIVIENDA	• Ley 3/2001, de 26 abril De la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura	• Arts. 37 y 38
URBANISMO	• LEY 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial	• Instrumentos gestión: Art. 6 y 113 • Estatuto Jurídico: Art. 113 y 114 • Interv. Merc. suelo: Art. 93	
GALICIA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia,	• Art. 27
		• Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia	• Arts 47ª 51 y 102 a 112
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia	• Arts 80,86, 295, 302, 307 y 309
		• Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local	• Disposición Adicional Primera
	VIVIENDA	• LEY 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia	• Arts. 7 y 97
URBANISMO	• Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia.	• Instrumentos gestión: Art. 5, 125, 141, 151 y 191 • Estatuto Jurídico: Art. 228 y 229	

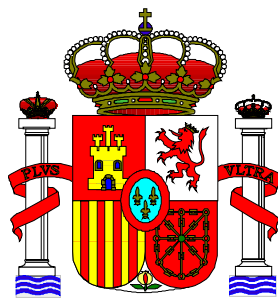
COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
LA RIOJA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja	• Arts. 8 y 9
		• Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja	• Arts. 49 a 52
		• Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja	• Arts. 6, 66 y ss y 114.
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja	• Competencias: Art. 34 y 37 • Gestión servicios: 199, 204 y 207 • Estatuto empresas: 210 y 216
		• Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja	• Art. 1º
	VIVIENDA	• Ley 2/2007, de 1 marzo. Ley de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja	
URBANISMO	• Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja	• Instrumentos gestión: Art. 5,7,153,159,163 • Estatuto Jurídico: Art. 120 • Interv. Merc. suelo: Arts. 184 y 191	
MADRID	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid	• Arts. 26 y 27
		• Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid	• Arts. 58 a 70
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid	• Arts 98 a 101
		• Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, LRSAL	• Artículo 3
	URBANISMO	• Ley 9/2001, de 17 julio del Suelo de la Comunidad de Madrid	• Instrumentos gestión: Art. 74, 75, 116 y 126 • Estatuto Jurídico: Art. 75 • Interv. Merc. suelo: Arts. 173, 174 y 178

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
MURCIA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia	• Arts. 10 y 11
		• 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia	• Disposición Adicional 2ª y 6ª
		• Ley 3/1992, de 30 de julio, de patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	• Arts. 56 y 65
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia	
		• Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la LRSAL	• Art. 1º
	VIVIENDA	• Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia	• Arts 6,36 y 37
URBANISMO	• Decreto Legislativo 1/2005, de 10 junio, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo	• Instrumentos gestión: Art. 74, 157 y 158 • Estatuto Jurídico: Art. 6, 14 y 191 • Interv. Merc. suelo: Arts. 200 y 201	
NAVARRA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra	• Arts. 44 y 46
		• Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra	• Arts. 103 y 106 a 115
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra	• Arts. 4, 29, 185, 192, 198, 204, 206
		• Decreto Foral 280/1990 de 18 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las entidades locales de Navarra	
	VIVIENDA	• Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra	• Arts. 4, 14 y 42 septies
URBANISMO	• Ley Foral 35/2002, de 20 diciembre de Ordenación del Territorio y Urbanismo	• Instrumentos gestión: Art. 13,16, 156, 184 y 189 bis • Estatuto Jurídico: Art. 132 y 136 • Interv. Merc. suelo: Arts. 227, 228 y 230	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEGISLACIÓN		
	TIPOLOGÍA	NORMA	ARTICULADO DESTACADO
PAÍS VASCO	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco	• Art. 10
		• Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco	• Arts 10 y 23
	RÉGIMEN LOCAL	• Circular de 11 de marzo de 2014, de la directora de Relaciones con las Administraciones Locales y de los Registros Administrativos del Gobierno Vasco.	
	VIVIENDA	• Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda	• Arts 10 y 47
	URBANISMO	• Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo	• Instrumentos gestión: Arts 48, 134, 157 y 173 • Interv. Merc. suelo: Arts.117 y 118.
VALENCIA	ADMINISTRATIVA GENERAL	• Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982 de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana	• Art. 49
		• Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones	• Art. 156
		• Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana	• Arts. 2,52,53,75,85 y 95
	RÉGIMEN LOCAL	• Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana	• Competencias: Art. 33 • Gestión servicios: 196 y 197 • Estatuto empresas Arts. 183 y 186
		• Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL	
	VIVIENDA	• Ley 8/2004, de 20 octubre Ley de Vivienda de la Comunidad Valenciana	• Arts. 54 y 55
	URBANISMO	• Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana	• Instrumentos gestión: 115 a 124, 130, 157, 165, 166 , 168 • Interv. Merc. suelo: Art. 99







# TRIBUNAL DE CUENTAS

**Nº 1.003**

**INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA UTILIZACIÓN  
DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN REGULADA  
EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
POR LOS MINISTERIOS, AGENCIAS Y ORGANISMOS  
AUTÓNOMOS DEL ÁREA  
POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL ESTADO,  
EJERCICIOS 2008-2012**



**EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS**, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida en los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 14 de la misma disposición y concordantes de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado en su sesión de 28 de Noviembre de 2013 el **Informe de fiscalización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública de los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político – Administrativa del Estado, ejercicios 2008 – 2012**, y ha acordado su elevación a las Cortes Generales, según lo prevenido en el artículo 28.4 de la Ley de Funcionamiento.



## ÍNDICE

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	6
<b>I. CONSIDERACIONES GENERALES .....</b>	<b>8</b>
I.1. INTRODUCCIÓN .....	8
I.2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN .....	8
I.3. NORMATIVAS BÁSICA REGULADORA .....	12
I.4. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN .....	14
I.5. LIMITACIONES .....	15
I.6. TRATAMIENTO DE ALEGACIONES.....	15
<b>II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN .....</b>	<b>15</b>
II.1. RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS .....	15
II.1.1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	15
II.1.2 REGULACIÓN ACTUAL.....	17
II.1.3 DIFERENCIAS CON LA ENCOMIENDA DEL ARTÍCULO 15 LEY 30/1992.....	20
II.1.4 REQUISITOS SUBJETIVOS .....	23
II.1.4.1 ENTIDAD ENCOMENDANTE.....	23
II.1.4.2 ENTIDAD ENCOMENDATARIA.....	23
II.1.4.2.1 CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES.....	23
II.1.4.2.2 INCIDENCIAS: especial referencia a TRAGSA y SEGIPSA .....	26
II.1.5 REQUISITOS OBJETIVOS .....	43
II.1.5.1 OBJETO DEL ENCARGO.....	43
II.1.5.2. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES .....	44
II.2 EL EXPEDIENTE DE LA ENCOMIENDA .....	46
II.2.1 ACTUACIONES INTEGRANTES DEL EXPEDIENTE DE ENCOMIENDA: EL ENCARGO.....	46
II.2.2 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	50
II.2.2.1 DEPARTAMENTOS MINISTERIALES.....	50

II.2.2.1.1 MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN .....	50
II.2.2.1.2 MINISTERIO DE JUSTICIA.....	52
II.2.2.1.3 MINISTERIO DE DEFENSA.....	54
II.2.2.1.4 MINISTERIO DEL INTERIOR.....	55
II.2.2.1.5 MINISTERIO DE EDUCACIÓN .....	62
II.2.2.1.6 MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA .....	66
II.2.2.2 ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS.....	66
II.2.2.2.1 AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO.....	66
II.2.2.2.2 INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROSPACIAL “ESTEBANTERRADAS” .....	68
II.2.2.2.3 INSTITUTO NACIONAL DE LAS ARTES ESCÉNICAS Y DE LA MÚSICA .....	69
II.3. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA ENCOMIENDA .....	69
II.3.1 RÉGIMEN LEGAL DEL SISTEMA DE TARIFAS.....	69
II.3.2 CRITERIOS PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA .....	71
II.3.3 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	74
II.3.4 APLICACIÓN DEL IVA A LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN.....	76
II.4. EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA.....	78
II.4.1 LA SUBCONTRATACIÓN O CONTRATACIÓN CON TERCEROS .....	78
II.4.2 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	79
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	81
III.1. CONCLUSIONES.....	81
III.1.1 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS .....	81
III.1.2 EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE DE LA ENCOMIENDA .....	82
III.1.3 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA ENCOMIENDA.....	83
III.1.4. EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA.....	85
III.2. RECOMENDACIONES .....	85

**APÉNDICE 1**

**RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: DEPARTAMENTOS MINISTERIALES.**

**APÉNDICE 2**

**RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS ESTATALES.**





## GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

<b>AEAT</b> .....	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
<b>AECID</b> .....	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
<b>BOE</b> .....	Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
<b>CIS</b> .....	Centro de Investigaciones Sociológicas
<b>DGT</b> .....	Dirección General de Tráfico
<b>EPE</b> .....	Entidad Pública Empresarial
<b>FAD</b> .....	Fondo de Ayuda al Desarrollo
<b>FCM</b> .....	Fondo para la Concesión de Microcréditos
<b>FEIL</b> .....	Fondo Estatal de Inversión Local
<b>FNMT-RCM</b> .....	Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.- Real Casa de la Moneda
<b>FONPRODE</b> .....	Fondo para la Promoción del Desarrollo
<b>GIEC</b> .....	Gerencia de Infraestructura y Equipamiento
<b>GIESE</b> .....	Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado
<b>INAEM</b> .....	Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música
<b>INSA</b> .....	Ingeniería y Servicios Aeroespaciales
<b>INTA</b> .....	Instituto de técnica Aeroespacial “Esteban Terradas”
<b>INTECO</b> .....	Instituto Nacional de Tecnología de la Comunicación S.A.
<b>INVIED</b> .....	Instituto Nacional de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa
<b>IPC</b> .....	Índice de Precios al Consumo
<b>ISDEFE</b> .....	Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, Sociedad Anónima
<b>LCSP</b> .....	Ley de Contratos del Sector Público
<b>LOFAGE</b> .....	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
<b>LPAP</b> .....	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
<b>LRJCA</b> .....	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
<b>MAEC</b> .....	Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación
<b>MICINN</b> .....	Ministerio de Ciencia e Innovación

**OAPEE** ..... Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos

**OATPFE** ..... Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo

**RLCAP** .....Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

**SECI** .....Secretaría de Estado de cooperación Internacional

**SEGIPSA** ..... Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, sociedad Anónima.

**SEGITTUR**.....Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas

**SEPI** ..... Sociedad Estatal de Participaciones Industriales

**TRAGSA**..... Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima.

**TRAGSATEC**..... Empresa de Tecnologías y Servicios Agrarios, Sociedad Anónima

**TRLCAP** ..... Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

**TRLCSP** ..... Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

**UIMP**.....Universidad Internacional Menéndez Pelayo

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

### I.1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones asignadas por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y por Acuerdo del Pleno de fecha 20 de diciembre de 2012, mediante el que se aprobó el “Programa de fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2013” remitido a las Cortes Generales, ha realizado, a iniciativa propia, la “Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008- 2012”.

Las Directrices Técnicas de la presente fiscalización fueron aprobadas por el Pleno del Tribunal en su reunión de 31 de enero de 2013.

### I.2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN

La encomienda o encargo de gestión es uno de los negocios jurídicos más utilizados en la actualidad por la Administración Pública. Así se desprende del siguiente cuadro en el que se muestran las encomiendas de gestión suscritas en el período 2008 – 2012 por los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos y Agencias que se encuentran en el ámbito de competencias del Departamento de Fiscalización del Área Político-Administrativa del Estado a 31 de diciembre de 2012 y su importe total.

Las cifras mostradas revelan la importancia cuantitativa que ha adquirido la encomienda de gestión contractual como negocio jurídico empleado por las Administraciones Públicas en el período 2008-2012, desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), actualmente sustituida por el Real Decreto –Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), norma que regula con mayor detalle esta figura.

MINISTERIOS	TOTAL NÚMERO	TOTAL IMPORTE (en €)
Asuntos Exteriores	25	39.536.598,31
Justicia	49	178.708.269,74
Defensa	531	430.599.744,20
Interior	344	824.929.731,20
Educación, Cultura y Deporte	53	28.869.485,77
Presidencia	45	5.710.527,47
<b>TOTAL</b>	<b>1047</b>	<b>1.508.354.356,69</b>

<b>OO.AA Y AGENCIAS ESTATALES</b>	<b>TOTAL NÚMERO</b>	<b>TOTAL IMPORTE (en €)</b>
<b>AECID</b>	113	208.269.466,87
<b>Cría Caballar de las FFAA</b>	0	0
<b>Instituto Vivienda (INVIED)</b>	17	4.188.145,44
<b>INTA</b>	168	96.342.365,24
<b>Canal Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo</b>	4	833.478,70
<b>Servicio Militar de Construcciones</b>	0	0
<b>Consejo Superior de Deportes</b>	34	21.207.269,84
<b>Agencia Estatal Antidopaje</b>	2	76.062,82
<b>Biblioteca Nacional</b>	2	80.227,88
<b>INAEM</b>	553	1.363.364,30
<b>Instituto de la cinematografía y de las artes audiovisuales</b>	3	331.996,91
<b>Programas educativos europeos</b>	0	0
<b>Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de cultura GIEC</b>	8	3.865887,81
<b>UIMP</b>	7	1.733.549,21
<b>OA Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo</b>	9	12.809.515,02
<b>GIESE</b>	2	3.343.216,56
<b>DGT</b>	63	77.859.452,39
<b>Centro de Estudios Jurídicos</b>	9	429.000,00
<b>BOE</b>	11	656.320,76
<b>Centro de Estudios Políticos y Constitucionales</b>	1	1.454,76

CIS	0	0
Patrimonio Nacional	30	10.051.846,91
<b>TOTAL</b>	<b>1036</b>	<b>443.442.621,02</b>

La regulación de la figura se encuentra recogida tanto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) como en el artículo 3 del TRLCAP 2/2000, ya derogado, y en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011.

La aplicación de uno u otro régimen determina la existencia de dos figuras de encomienda de gestión distintas, la intra-administrativa y la de contenido contractual, que hay que diferenciar no sólo porque su ámbito y contenido es distinto sino porque sus requisitos formales también lo son.

Las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992,- tras la doctrina *in house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras sentencias en la Sentencia Teckal, y que se ha traducido en nuestro Derecho en la previsión contenida en el derogado artículo 3.1.l) del TRLCAP 2/2000 y posteriormente en los artículos 4.1.n) y 24.6 del LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011, - tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella siendo necesario que el acuerdo de encomienda de gestión sea publicado, como requisito para que sea eficaz, en el Diario Oficial correspondiente. Por el contrario, las reguladas en el TRLCSP tienen por objeto relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica. Son estas últimas las que centran el objeto de la presente fiscalización

Nuestra legislación siempre ha admitido la posibilidad de que la propia Administración lleve a cabo obras, suministros o servicios, cuando disponga de los medios materiales o técnicos necesarios para ello. Estos medios pueden consistir en entidades con personalidad jurídica distinta de la Administración encomendante, siendo considerados como medios propios o servicios técnicos de acuerdo con el TRLCSP.

Ahora bien, esta figura constituye una excepción a las reglas generales del Derecho Comunitario en materia contractual, cuya finalidad es garantizar los principios de igualdad, transparencia en los procedimientos de licitación pública, concurrencia y no discriminación. Por ello, para que dicha excepción resulte aplicable es necesario que los entes, organismos o entidades encomendados cumplan una serie de requisitos, esto es, que sean considerados medios propios y servicios técnicos del poder adjudicador, lo cual implica:

- Que el poder adjudicador ejerza sobre dicha entidad un control análogo al que realiza sobre sus propios servicios. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.
- Que la entidad realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que la controla.
- Si se trata de sociedades, se exige, además, la titularidad pública de la totalidad de su capital.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueda conferir, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas

por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Otro aspecto sustancial de las encomiendas de gestión es su régimen económico ya que en virtud de este negocio jurídico se excluye de la licitación pública la prestación objeto de la encomienda, lo que supone a su vez, como ya se ha señalado, una excepción a los principios que rigen la contratación pública y que dan garantía al interés público, como el de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación, sin olvidar que en todo caso las entidades integrantes del sector público estatal deben adecuar su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa (artículo 69 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Y finalmente respecto de la ejecución de la encomienda, debe tenerse presente que la entidad encomendataria puede contratar con terceros la ejecución material del encargo. Esta posibilidad de recurrir a la subcontratación no ha sido limitada expresamente y con carácter general por el TRLCSP (sin perjuicio de que las normas reguladoras de los medios propios sí pueden establecer en cada caso concreto límites específicos como en el caso de TRAGSA que tiene limitada la colaboración de empresarios particulares al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio), lo que ha dado lugar a que las entidades instrumentales hayan subcontratado en ocasiones la totalidad o la mayor parte de la prestación sin aplicar la legislación contractual con la misma rigurosidad que la que está prevista para el caso de que las Administraciones Públicas fueran el órgano de contratación, configurándose como una mera intermediadora que habilita a un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública. No obstante, ello no implica que en dichas contrataciones se pueda prescindir total y absolutamente de dicha legislación la cual se aplicará en función de la naturaleza jurídica de la entidad y de la cuantía del contrato.

### **I.3. NORMATIVA BÁSICA REGULADORA**

La normativa aplicable se encuentra fundamentalmente recogida en:

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (derogado).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (derogada).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (derogada).
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- Ley 28/2006, de 18 de julio , de Agencias Estatales
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Ley 36/2010, de 22 de octubre, del FONPRODE
- RD Ley 9/2008, de 28 de noviembre de creación del Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la economía y el Empleo.
- Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.
- RD 1495/2007, de 12 de noviembre, modificado por RD 1788/2009, de 20 de noviembre y por RD 302/2012, de 3 de febrero, crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba su estatuto.
- RD 1.114/1999, de 25 de junio, por el que se aprueba el estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda, modificado por Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero.
- RD 88/2001, de 2 de febrero, modificado por Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo, que aprueba los estatutos del INTA.
- RD 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen Jurídico de TRAGSA y de sus filiales.
- El RD 868/2005, de 15 de julio, aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, modificado por Real Decreto 1384/2009, de 28 de agosto.
- El RD 164/2002, de 8 de febrero, aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, modificado por Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo.
- Real Decreto 331/2002, de 5 de abril, aprueba el Estatuto de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- RD 845/2011, de 17 de junio, por el que aprueba el Reglamento del FONPRODE.

Además de los Estatutos y otras normas reguladoras de las demás entidades encomendatarias incluidas en el ámbito de la presente fiscalización.

#### **I.4. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN**

Los objetivos principales de la fiscalización han sido los siguientes:

- Verificar que las encomiendas de gestión se ajustan al régimen jurídico vigente aplicable en cada caso, tanto en atención a la naturaleza del negocio como a la de la entidad encomendada
- Comprobar el régimen económico de la encomienda y su adecuación a la legalidad vigente.



- Comprobar el grado de ejecución del encargo por la entidad encomendada, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación.

Esta fiscalización se ha concebido principalmente como una fiscalización de regularidad, centrando el análisis especialmente en la actuación de las entidades encomendadas. En la selección de la muestra se han utilizado criterios estadísticos estratificados así como una selección ponderada por el valor, unidos al análisis de otros elementos de riesgo a juicio del equipo auditor.

Asimismo, se ha verificado el cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en todo aquello en que lo dispuesto en esta norma pudiera tener relación con el objeto de las actuaciones fiscalizadoras.

Para conseguir estos objetivos se han realizado las pruebas que se han estimado necesarias.

### **I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE**

No ha habido limitaciones al alcance. Los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos fiscalizados así como las entidades encomendadas incluidas en el ámbito de la presente fiscalización han proporcionado toda la colaboración y la documentación solicitada y han permitido el acceso a cuanta información y datos han sido requeridos.

### **I.6. TRATAMIENTO DE ALEGACIONES**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se dio trámite de alegaciones a los responsables del sector público fiscalizado y a quienes lo habían sido durante el periodo a que se extiende la fiscalización. Las alegaciones recibidas se acompañan al presente Informe, además de haber sido incorporadas en los casos oportunos en el cuerpo del mismo.

## **II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN**

### **II.1 RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS**

#### **II.1.1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

En el contexto de las relaciones de Derecho público, las Administraciones Públicas han evolucionado hacia formas diversas de organización, complejas en exceso, y en ocasiones innecesarias, llamadas a satisfacer, en régimen de desconcentración instrumental, los múltiples intereses que el sector público tiene asignados. La autoorganización pública revela distintas formas de alejamiento de las formas nucleares de organización administrativa tradicional, de modo que de las entidades estatales autónomas y los grupos empresariales públicos de mediados del siglo XX se ha pasado a una floración de formas de organización que paulatinamente vienen vaciando el concepto mismo de Administración Pública. Fundaciones en mano pública, sociedades estatales, autonómicas o locales para la gestión de servicios típicamente administrativos, consorcios interadministrativos, Agencias o, la última modalidad de creación de fondos sin personalidad jurídica, son algunas de las manifestaciones de este fenómeno tratado en innumerables ocasiones y denominado por la doctrina como *"huida del Derecho Administrativo"*.

Encomendar servicios, suministros u obras a estas entidades de carácter instrumental se ha convertido en una práctica cotidiana. No existe inconveniente jurídico alguno, desde la perspectiva de las reglas y principios del acervo normativo comunitario, en llevar a cabo estas actuaciones *"ad intra"*, también llamadas operaciones internas, autocontratación, encomienda a medios propios y servicios técnicos, contratos domésticos, *"in house providing"*, contratos *"in house"*, relaciones *"in house"* o *"contrats maison"*. Sin

embargo, estas formas de gestión instrumental o de sujeción especial no agotan su estudio en analizar su adecuación a la legalidad comunitaria.

El problema surge del abuso y del fraude en la utilización de estas figuras, cuando la entidad instrumental no es sino una proyección personificada de la Administración dominante, no dotada ni surtida de medios necesarios para llevar a cabo las actividades y prestaciones propias de las encomiendas.

Frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado, en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir, al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en caso de que sean organismos públicos, responderá a la fórmula de la descentralización funcional o por servicios, y en el caso de que sean sociedades y fundaciones, suponen la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado y no ser funcionario su personal, sino laboral. Desde esta perspectiva, el recurso a la sociedad o fundación del sector público hay que encuadrarlo dentro del fenómeno de la *“huida de Derecho Administrativo”*, que en este caso va acompañado de una huida de la contabilidad pública y del Presupuesto.

Todo ello puede generar beneficios en el plano de la eficacia, pero supone sacrificios en el de las garantías que el Derecho administrativo ofrece a los ciudadanos. Incluso, desde la óptica de la legalidad y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, no deja de presentar riesgos la situación de unas entidades, que pese a desenvolverse con arreglo al derecho privado, no están sometidas a las reglas del mercado, por una parte, y por otra, se nutren de fondos públicos sin someterse a las reglas de gestión y control que rigen para las Administraciones públicas.

## II.1.2 REGULACIÓN ACTUAL

La LCSP y de igual modo el TRLCSP, tras señalar los entes y contratos que caen dentro de su ámbito, dedica el artículo 4, a relacionar los *“contratos o negocios excluidos”* o los *“negocios y relaciones jurídicas”* excluidas.

El artículo 4.1 n) excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos: *“Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.”*

El artículo 24.6 de la LCSP dispone que:

*“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.”*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

Los excluidos constituyen un conjunto heterogéneo de figuras de las cuales unas no revisten carácter contractual y otras, pese a tenerlo, han quedado fuera por decisión del legislador. De otra parte, la exclusión no es total pues pueden serles de aplicación los principios y alguna previsión de la propia Ley.

Dentro de las exclusiones se comprenden los que podríamos denominar encargos a medios propios personificados, u *“operaciones in house providing”*. En una primera aproximación, pueden definirse estas operaciones como aquellas que celebra una entidad adjudicadora con entidades controladas por ella aunque posean personalidad propia. Estos negocios quedan excluidos de la obligación de licitación y suponen una excepción a la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Se trata de una exclusión que reviste una importancia singular no solo teórica sino, sobre todo, práctica, dado el cada vez más frecuente recurso de la Administración a la misma, cuya regulación hay que contemplar conjuntamente con la que la LCSP, en su art. 24, establece de la *“ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares”*, por cuanto puede considerarse como el último estadio en la evolución de una forma de actuar caracterizada porque la Administración recurre a sus propios medios, en lugar de recurrir a contratistas externos. Por otra parte, y como consecuencia de ello, la proximidad de la regulación de ambas formas de actuación es manifiesta, y no siempre fácil de delimitar.

La situación que se plantea en los dos preceptos citados es la siguiente: cuando la Administración recurre al mercado para proveerse de bienes y servicios se aplica el derecho de la contratación pública. Pero la Administración también puede proveerse de tales bienes o servicios por sí misma, por sus medios, sin recurrir a contratistas. En tal caso, la Administración está exenta de las exigencias destinadas a garantizar la libre competencia, que constituyen el objetivo último de toda la normativa comunitaria sobre contratos, cuya transposición ha llevado a cabo la LCSP.

Ahora bien, cuando para aprovisionarse de las prestaciones indicadas utiliza los propios servicios, integrados en su estructura, la diferencia con el contrato es manifiesta. Y lo ha sido siempre: la ejecución de obras, fabricación de bienes y ejecución de servicios por sí, aun recurriendo a la colaboración de empresarios particulares, ha quedado tradicionalmente al margen de la normativa contractual, aunque el supuesto se haya regulado dentro la legislación sobre contratos.

Las relaciones que derivan de los actos administrativos mediante los que se confieren encargos de ejecución a estos medios son relaciones internas, no contractuales. Tan obvia es esta exclusión que el art. 4 LCSP ni siquiera la relaciona entre los negocios jurídicos excluidos. Tampoco para el Derecho comunitario se estaría ante un contrato comprendido en la Directiva. Como afirma el TJCE en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, *“una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso*

*no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos”.*

La novedad de la LCSP, y ya antes del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, a partir de las modificaciones introducidas en éste por el Real Decreto-ley 5/2005, 11 de marzo, está no en la exclusión de la ejecución directa de la prestación por la Administración, sino en atribuir la condición de medios propios a entes dotados de personalidad jurídica diferenciada, cuando se den las circunstancias previstas en la Ley.

Se trata de una situación cada vez más frecuente como consecuencia de las tendencias al sometimiento a derecho privado de la gestión pública, hoy imperantes, que se manifiestan no solo en pasar a manos privadas la prestación de ciertos servicios públicos, sino en crear entes con personalidad jurídica propia, que se rigen por el derecho privado, pero que revisten carácter instrumental respecto de la Administración que las crea, para realizar funciones propias de éstas. De acuerdo con la doctrina *in house providing* el encargo o encomienda efectuado a estos entes no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización y las relaciones que se originan con dichos entes pueden calificarse, si no de relaciones internas, sí de relaciones cuasi internas, que no llegan a ser contractuales por cuanto, aunque no forman parte de la estructura administrativa del ente que acuerda el encargo, están bajo su dependencia funcional.

Pese a su personalidad jurídica diferenciada existe una única voluntad decisoria, la de la Administración matriz, que ordena la realización de la actividad.

Consecuentemente puede apreciarse que existen dos tipos de encargos a medios propios: los que originan las expresadas relaciones internas, y los que dan lugar a las relaciones cuasi internas o “contratos domésticos”, “encargos a medios propios instrumentales”, “autocontratación”, o “encomiendas de gestión”, que fue la denominación utilizada en su regulación inicial por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, aunque sin ofrecer una definición de la misma.

En el encargo a entes instrumentales, al estar dotados de personalidad jurídica propia, la frontera con el contrato es más compleja que cuando los medios carecen de personalidad, y existe el riesgo de infringir las reglas de la competencia. Debe conjugarse de una parte la libre competencia y, de otra, la libertad organizativa de las Administraciones nacionales.

Finamente la LCSP parece rehuir la expresión “encomienda de gestión”, tal vez por la amplitud de su significado, dentro del que caben otras realidades jurídicas, y, si bien la emplea en el art. 24.6, no se apropia de este *nomen iuris* para utilizarlo como denominación específica de los supuestos que regula, lo que permite despejar posibles dudas sobre el tipo de negocio u operación que se excluye: serán todos aquellos negocios que puedan servir de vehículo del encargo, cualquiera que sea su denominación: encomiendas de gestión, encargos de gestión, encargos a medios propios instrumentales, contratos domésticos...

### **II.1.3 DIFERENCIAS CON LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 30/1992**

El artículo 15 de la Ley 30/1992 regula los encargos o encomiendas de gestión en los siguientes términos: “1. *La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.*

*2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.*

3. *La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formación de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.*

*Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.*

4. *Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.*

5. *El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”*

El artículo 15 de la Ley 30/1992 se incluye dentro del título II de esta Ley, dedicado a la regulación de los órganos administrativos y a la titularidad y ejercicio de las competencias. La competencia administrativa se atribuye a los órganos de la Administración y, en principio, debe ejercerse por los que la tengan atribuida como propia, pero no siempre es así. Puede desconcentrarse la titularidad de la competencia y su ejercicio en otros órganos y puede delegarse sólo el ejercicio, manteniendo la titularidad. Pero también cabe una alteración de los elementos determinantes de su ejercicio (art. 15.1), sin que se ceda la titularidad ni aquellos elementos que tengan carácter sustantivo (art. 15.2). Este último es el caso de la encomienda de gestión interadministrativa.

La Ley 30/1992 configura en el artículo citado, si se atiende a su régimen jurídico, dos clases de encomienda: la que se realiza entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, y la que se realice entre órganos y entidades de distintas Administraciones. Se refiere también, para excluirlas, a la realización de estas actividades por personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, las cuales, en su realización, habrán de ajustarse, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, previsión ésta que viene a corroborar que las actividades objeto de las encomiendas materialmente eran, o podían ser, las mismas que constituían objeto de los contratos públicos. Por tanto, si las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 difieren de los contratos regulados en la LCSP no es necesariamente por razón de su objeto, sino porque les falten otras notas definitorias de dichos contratos, como pueden ser la onerosidad o la existencia de dos partes formalmente distintas.

El ámbito material del artículo 15 de la Ley 30/1992 comprende, inicialmente, tanto las relaciones jurídicas cuyo objeto no está integrado por prestaciones propias de los contratos administrativos (como son las actividades que se realicen por cuenta de la otra administración a título esencialmente gratuito, es decir, sin contraprestación), como los negocios jurídicos cuyo objeto presenta un contenido claramente contractual desde el punto de vista de la LCSP. Así pues, se puede afirmar que si bien el ámbito objetivo del artículo 15 de la Ley 30/1992 es más amplio que el que regula la LCSP, aparentemente hay una cierta coincidencia o superposición entre los encargos de gestión regulados por ambas leyes.

La diferenciación entre las figuras del encargo de gestión en ambas leyes ha sido analizada por la Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado, que llega a la conclusión de que los problemas que genera la

incompatibilidad de los dos regímenes jurídicos, a causa de un conflicto positivo de las dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes, debe resolverse, básicamente, con los principios generales del Derecho, como son la doctrina de la *lex posterior* y el principio de la ley especial respecto de la ley general. Así, la Abogacía general del Estado concluye que : *“Tras la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido de que este último precepto ya no puede entenderse referido a las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, es decir, a las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia de un contrato de obras, suministro o de servicios a cambio de una contraprestación económica.*

*Como consecuencia de ello la figura de la encomienda de gestión que regula el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se traduce en la necesaria diferenciación entre ambas por razón de sus respectivos ámbitos o contenido. Así, la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, queda circunscrita siendo este su ámbito propio, a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella. La figura de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, queda limitada, siendo éste su ámbito propio, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios a cambio de una contraprestación económica. (...)*

Las consecuencias de este hecho son las siguientes:

— Un encargo de gestión de contenido materialmente contractual debe hacerse de conformidad con los artículos 4.1 n y 24.6 de la LCSP, es decir, deben cumplirse los requisitos que exige el artículo 24.6. En caso de que no se cumplan, no se podrá llevar a cabo el encargo de gestión por esta vía ni, obviamente, por la vía del artículo 15 de la Ley 30/1992.

— Los encargos de gestión de la LCSP no exigen el cumplimiento de los requisitos formales que prevé el artículo 15 de la Ley 30/1992, por lo que es suficiente que la entidad que hace el encargo notifique a la entidad que recibe el encargo el acuerdo que ha adoptado, no siendo necesaria, para que el encargo produzca eficacia, la publicación del mismo en el Diario oficial correspondiente<sup>1</sup>.

#### II.1.4 REQUISITOS SUBJETIVOS

La LCSP, al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación a las encomiendas de gestión ofrece una cierta regulación de estos encargos que, aunque ello supone un avance en relación al TRLCAP, que no contemplaba esta figura, sigue siendo una regulación tan parca que no puede decirse que resuelva los problemas no solo teóricos sino, sobre todo, prácticos que el recurso a las operaciones *in house* presenta.

---

<sup>1</sup> En este punto deber tenerse en cuenta que, a la fecha de publicación de este Informe, el todavía proyecto de Ley de Transparencia en su artículo 7.b), relativo a la información económica, presupuestaria y estadística dispone que : *“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: • (...), se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.”*

Así pues, si eventualmente se exige la publicación de las encomiendas de gestión del artículo 24.6 TRLCSP se hará en virtud de las necesidades impuestas por la futura Ley de Transparencia y no porque les sea aplicable el régimen del artículo 15.3 de la Le7 30/1992.

La relación de encomienda se establece entre dos personas formalmente distintas, aunque materialmente no lo sean: la entidad encomendante y la entidad encomendada.

#### II.1.4.1 ENTIDAD ENCOMENDANTE

El art. 4.1 n) LCSP no contiene precisión alguna sobre el sujeto encomendante. El artículo 24 de esta Ley, aunque la rúbrica y parte del texto hacen referencia a la “Administración”, las previsiones específicas del apartado 6 sobre el régimen de los contratos *in house* van referidas a todo poder adjudicador, tenga o no carácter de Administración. El precepto habla de medios propios de los “*poderes adjudicadores*”, que “*los poderes adjudicadores*” ostenten un control análogo.

En el ámbito de la presente fiscalización esta cuestión no ha ofrecido incidencia alguna siendo todas las entidades analizadas poderes adjudicadores (Departamentos ministeriales, Organismos autónomos y Agencias).

#### II.1.4.2 ENTIDAD ENCOMENDATARIA

##### II.1.4.2.1 CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES

De acuerdo con las exigencias del artículo 24.6 de la LCSP, deben concurrir en la entidad encomendada las siguientes circunstancias:

- Que el poder adjudicador que realiza el encargo ostente sobre el organismo o entidad del sector público que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Esta circunstancia, que no aparece definida legalmente, debe entenderse como una categoría incardinada dentro de una interpretación amplia del principio de jerarquía, más que como una manifestación del dominio mercantil del capital. No se trata sin embargo de una mera traslación del principio de jerarquía administrativa. Esta dependencia no es estrictamente jerárquica sino de carácter funcional ya que las dos entidades que se relacionan, encomendante y encomendada, no tienen porqué estar integradas en la misma estructura organizativa.
- Que el organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para el poder o los poderes adjudicadores en cuestión. Esta condición, sin perjuicio de tratarse de una cuestión de hecho más que de derecho, puede considerarse implícita en la atribución de funciones o en la descripción del objeto social de la entidad<sup>2</sup>.
- Adicionalmente, si el encargo se hace a una sociedad, además de las dos circunstancias anteriores, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

A las condiciones mencionadas, que son condiciones de fondo, la LCSP en el precepto mencionado, añade una condición formal, el reconocimiento del carácter de medio propio del ente instrumental en su norma de creación o en sus estatutos.

Debe subrayarse que no en todos los casos se da ni puede darse una relación de dependencia entre estos entes, sin la cual no existiría encargo obligatorio. No cabe que la Administración centralizada (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local) pueda recibir encargos obligatorios de los organismos que integran la Administración

---

<sup>2</sup> En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), de 20 de diciembre de 2011, que, a la fecha de publicación de este informe, está siendo objeto de tramitación se proponen unos umbrales de alrededor del 80% de la actividad de ente encomendatario (artículo 11)

institucional ni de ningún otro ente del sector público de ellas dependiente, ni unos Ministerios de otros, aunque sean órganos de contratación diferenciados, pues no existe dependencia respecto de los supuestos encomendantes. La situación habría de reconducirse en último extremo a la encomienda interadministrativa del artículo 15 Ley 30/1992.

Por otra parte la distinta naturaleza jurídica de las entidades encomendatarias puede determinar las peculiaridades del modo en que se van a exigir algunos requisitos de la encomienda, así como la ejecución del encargo, pues éste se habrá de llevar a cabo conforme a la naturaleza del encomendatario, y no a la del encomendante.

De capital importancia es la cuestión relativa a los medios con los que debe contar el medio propio para ser calificado como tal. La jurisprudencia comunitaria no se ha referido a esta circunstancia por que se trata de una cuestión básica de derecho nacional, esto es, la causa del acto administrativo como elemento esencial del mismo.

Un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomienden, ese es una de las principales causas de la encomienda, que la Administración instrumental tiene medios para llevar a cabo órdenes de la matriz. Lo contrario equivaldría a entender la figura de la encomienda de gestión como un fraude a la legislación de contratos públicos.

En esta materia la IGAE en un informe de 5 de junio de 2006 defendió que: *“En cuanto a la necesidad de que las entidades receptoras de la encomienda tengan medios propios suficientes para realizar la actividad encomendada, entiende esta Intervención General que, no contemplándose tal requisito por la jurisprudencia comunitaria, no procede su exigencia, salvo que la normativa específica de la entidad encomendada así lo disponga, como es el caso de TRAGSA, que tiene limitada su facultad de requerir la colaboración de empresarios particulares por el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y por el artículo 6 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.*

*Para los supuestos en que la normativa específica no lo prevea, no cabe imponer limitación similar a la posibilidad de contratar con terceros, ya que ésta no deriva ni del apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP ni de la jurisprudencia comunitaria.*

*Así, resulta significativa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003, que al calificar a TRAGSA como un caso de “in house providing” cita como fundamento algunos aspectos de su regulación en el antes citado artículo 88, sin mencionar como elemento a tener en cuenta en dicha calificación la limitación a la contratación con terceros para las actuaciones que se le encomienden.*

*Asimismo, cabe mencionar la sentencia de 11 de mayo de 2006: de los hechos en ella descritos resulta que el objeto de la encomienda fue, a su vez, licitado y adjudicado en su totalidad a terceras empresas por la sociedad encomendada. Pues bien, tal circunstancia no es destacada ni considerada por el Tribunal como obstáculo para apreciar el supuesto de “in house providing”, en contraposición a otros datos fácticos que sí se traen a colación por el Tribunal para fundamentar la no concurrencia de alguno de los dos requisitos configuradores de tal supuesto”.*

Ciertamente la situación no parece contravenir el Derecho comunitario, pero, desde la perspectiva del derecho interno, aun cuando tampoco exista una prohibición expresa, no sería defendible.

El Derecho administrativo, en general, y el régimen de los contratos administrativos, en particular, no es un derecho dispositivo al que pueda acogerse o renunciar el órgano de contratación. Será el régimen administrativo el que deberá seguirse cuando el objeto esté vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante, siempre que no exista una causa para recurrir al encargo al ente instrumental sujeto al derecho privado. El cambio del régimen contractual administrativo por el privado, es decir, de un régimen que ofrece garantías singulares para el interés público por otro que no las ofrece, deberá responder a una causa, que no puede ser la libre elección del órgano de contratación entre uno y otro régimen. Y esto es cabalmente lo que



ocurriría si se recurre a un ente instrumental con la exclusiva finalidad de alterar el régimen contractual. Seguir otro criterio supondría ir más allá de lo que es una cuestión de autoorganización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria, para admitir que la Administración puede prescindir del régimen de garantías propio de quien gestiona recursos del contribuyente, establecidos por la legislación para garantizar el interés público.

En efecto, si la encomendataria es una empresa que cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede encontrar una justificación similar a la que ampara la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, a que se refiere el art. 24 LCSP, es decir, podría justificarse por razones de economía y eficacia. En cambio esta justificación no se da en el caso de que el llamado “medio propio” carezca de “medios” para ejecutar por sí la prestación. Si el objeto de la encomienda o encargo es, como quiere la Ley, “la realización de una determinada prestación”, no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución. Esta circunstancia, por tanto, es algo que debe valorarse desde la perspectiva no del derecho comunitario sino del derecho interno.

#### II.1.4.2.2 INCIDENCIAS: estudio especial de objeto social de las sociedades públicas TRAGSA y SEGIPSA

No se han detectado irregularidades en cuanto a los requisitos jurídicos necesarios para tener la condición de entidad encomendataria en la muestra de entidades que, en razón al ámbito subjetivo de la presente fiscalización, se ha analizado.

Merece sin embargo una especial atención el caso de TRAGSA y SEGIPSA dada la amplitud con la que se configura su objeto social y la gran implantación que ambas sociedades tienen en la Administración Pública española.

Las entidades que han actuado como encomendatarias en la muestra seleccionada y su régimen de contratación son las siguientes.

**1. Boletín Oficial del Estado (BOE):** El RD 1495/2007, de 12 de noviembre, modificado por RD 1788/2009, de 20 de noviembre y por RD 302/2012, de 3 de febrero, aprueba el estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

El artículo 3 prevé en cuanto a su régimen jurídico que: *“1. La agencia ajustará su actuación a lo dispuesto en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, a lo establecido en el presente estatuto y sus normas de desarrollo, y, supletoriamente, a las previsiones normativas que le sean aplicables de acuerdo con el artículo 2, apartado 2, de la indicada ley.*

*2. La agencia desarrollará su actividad sin perjuicio de las competencias de otros órganos establecidas por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la Ley 6/ 1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”.*

El artículo 29 regula su régimen de contratación: *“1. El régimen de contratación es el establecido en la legislación de contratos del sector público con las particularidades que se señalan a lo largo de este artículo y, en su caso, por las normas de contratación aplicables a las entidades declaradas medios propios de la Administración.(...)”*

*5. La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado tiene la consideración de medio propio instrumental de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público para la edición, publicación, distribución y venta en las materias que constituyen sus fines.*

*En virtud de ése carácter, la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público podrán encomendar directamente a la agencia la realización de trabajos, servicios y encargos sobre las materias que constituyen sus fines, viniendo ésta obligada a la realización y prestación de los mismos en*

*la forma establecida en la Ley de agencias estatales, en el presente estatuto y demás normas que resulten de aplicación. Las encomiendas o encargos establecerán los términos y condiciones de realización de los citados trabajos o servicios.*

*El importe a pagar por los trabajos y servicios realizados por medio de la Agencia se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por el consejo rector, a propuesta de su director.*

*Dichas tarifas se calcularán en función de los costes de realización.*

*Los contratos que la Agencia Boletín Oficial del Estado deba concertar con terceros para la ejecución de los trabajos que realice como medio propio de la Administración, se sujetarán a los procedimientos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que les resulten de aplicación, según la naturaleza y cuantía de los contratos, con las particularidades previstas en los apartados precedentes de este artículo.*

*6. La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado no podrá participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la Administración General del Estado, organismos o entidades de las que sea medio propio instrumental.”*

**2. La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre- Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM):** El Real Decreto 1.114/1999, de 25 de junio, por el que se adapta la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aprueba su Estatuto y acuerda su denominación como Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (modificado por Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero).

La FNMT-RCM es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1, b), de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, como organismo público, tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión en los términos de dicha ley.

De acuerdo con el artículo 2.7 de sus Estatutos: *“La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda es medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado en los términos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del presente Estatuto”.*

El artículo 3 contiene su régimen de contratación: *“2. La entidad, como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, de acuerdo con sus fines, estará obligada a aceptar las encomiendas realizadas por el referido poder adjudicador, así como las realizadas por las entidades y organismos públicos vinculados o dependientes del mismo que sean establecidas o, en su caso, autorizadas por la Subsecretaría de Economía y Hacienda, en cuanto órgano directivo de adscripción de la entidad, con competencias para fijar las condiciones y tarifas correspondientes.*

*3. La entidad, en el desarrollo de su actividad, podrá realizar cualesquiera actividades de carácter comercial, industrial, financiero, o análogo, que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y de las encomiendas de gestión recibidas, con facultades para la gestión y administración de fondos, subvenciones, créditos, fianzas, avales y, en general, cualesquiera clase de operaciones financieras.*

*4. La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en el cumplimiento de sus fines, podrá formalizar convenios de colaboración con las diferentes Administraciones públicas o sus entidades y organismos públicos vinculados o dependientes, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.*

*5. La entidad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio o servicio técnico, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda*

*encargársele la fabricación o prestación objeto de las mismas, todo ello de conformidad con el artículo 24.6 in fine de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.”*

El artículo 30 relativo a su régimen económico y de facturación dispone que *“cuando actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, se atenderá a las tarifas aprobadas por la Administración o poder adjudicador encomendante, teniendo en cuenta la equiparación entre el coste del producto o servicio y el precio a repercutir, el cual comprenderá necesariamente un porcentaje de beneficio industrial, que podrá oscilar en función de los volúmenes contratados u otras circunstancias objetivamente atendibles de acuerdo con los mercados correspondientes, quedando excluidas, en todo caso, cualesquiera partidas que pudieran tener la consideración de ayuda pública.”*

El régimen económico de la encomienda es objeto de análisis en un apartado posterior del Informe.

**3. Ingeniería y Servicios Aeroespaciales (INSA):** En 2012 se fusiona con ISDEFE, en virtud de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.

Hasta dicho momento, INSA era una sociedad anónima estatal cuyo capital pertenecía en su totalidad al INTA, quedando sujeta al derecho privado en cuanto a su régimen de contratación, así como la LPAP y a la LGP en aquellas partes en que les sea de aplicación. INSA tenía reconocida la condición de medio propio desde 2009 y aprobadas tarifas desde la misma fecha.

**4. Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA):** El Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», se aprueba por RD 88/2001, de 2 de febrero, modificado por Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo.

El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», organismo público de investigación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 13/1986, de 14 de abril, es un Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Defensa, a través de la Secretaría de Estado de Defensa, de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El artículo 21 recoge su régimen económico-financiero (tras RD 343/2010): *“El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero será el establecido para los Organismos autónomos en la Ley 47/2003, de 26 noviembre y demás disposiciones vigentes sobre estas materias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.*

*Sin perjuicio de las competencias fiscalizadoras atribuidas al Tribunal de Cuentas por su Ley Orgánica, y por las demás leyes que desarrollan sus competencias, el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” estará sometido al control financiero permanente y a la auditoría anual de cuentas que se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 noviembre.»*

En cuanto a su régimen de contratación el artículo 23 dispone (tras la modificación de 2010, por la que se reconoce como medio propio): *“1. La contratación del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” se regirá por la legislación de contratos del sector público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 49 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. (...)*

**5. El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, pudiendo asumir encomiendas de gestión para la realización de actos de gestión relativos a programas de ayudas o actuaciones referidas a la promoción de la**

*investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación, por parte del Ministerio de Defensa y de los demás departamentos ministeriales con competencias en la materia.*

*Las encomiendas de gestión serán de ejecución obligatoria para el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas”, se retribuirán mediante tarifas sujetas al régimen previsto en el párrafo siguiente, y llevarán aparejada la potestad para el órgano que confiere el encargo de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución.*

*La tarifa o la retribución de la encomienda deberán cubrir el valor de las prestaciones encargadas, teniendo en cuenta para su cálculo los costes directos y los indirectos, y márgenes razonables, acordes con el importe de aquellas prestaciones, para atender desviaciones e imprevistos.*

*La cuantía de la tarifa o la retribución será fijada por el titular del Ministerio de Defensa.*

*El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” actuando con el carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores pertenecientes a la misma, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

**5. Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima. (TRAGSA):** La Disposición Adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público configuró las bases del régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales, actualmente sustituida por la Disposición Adicional vigesimoquinta del TRLCSP 3/2011:

*En cuanto a su configuración como medio propio, el párrafo 2º de la DA 25ª dispone que “ TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.*

*Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.*

*La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla (...).*

*Las funciones que integran su objeto social, tan controvertido en ocasiones, por su extensión son, de acuerdo con los apartados 4 y 5 de la DA25ª:*

*“a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, y para la mejora de los servicios y recursos públicos, incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*

*b) La actividad agrícola, ganadera, animal, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.*

c) *La promoción, investigación, desarrollo, innovación, y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.*

d) *La fabricación y comercialización de bienes muebles para el cumplimiento de sus funciones.*

e) *La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente.*

f) *La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.*

g) *La planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de servicios ganaderos, veterinarios, de seguridad y sanidad animal y alimentaria.*

h) *La recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal y mineral.*

i) *La realización de tareas o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.*

*Las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.*

*Asimismo, las sociedades del grupo TRAGSA estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.*

*5. Las sociedades del grupo TRAGSA podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional.”*

En cuanto a las particularidades de su régimen de contratación: *“6. (...) En el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de estos deberá ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio.*

*7. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.*

*La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente”.*

El RD 1072/2010, de 20 de agosto desarrolla dicha disposición y deroga el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se reguló el régimen de TRAGSA y sus filiales, que queda sustituido por el nuevo texto.

El estudio de esta entidad tiene particular interés por la extraordinaria dimensión adquirida por las actividades de las empresas del Grupo, con implantación en toda la geografía nacional (según informa en su página web TRAGSA dispone de 17 Delegaciones Autonómicas y 39 Delegaciones Provinciales).

Por su condición de sociedades mercantiles públicas, TRAGSA y sus filiales en sus actuaciones empresariales se registrarán por las normas de general aplicación a dichas sociedades, o lo que es igual por la LPAP (título VI) y el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 166 LPAP).

Su régimen retributivo se analizará más adelante, pero baste señalar aquí que el objeto de los encargos que pueden encomendarle los poderes adjudicadores se ha ido extendiendo de forma ininterrumpida en el tiempo hasta comprender una amplia gama de actuaciones bastando la simple lectura de los apartados 4 y 5 de la DA 25ª para comprender su magnitud. Esta circunstancia ha hecho que en ocasiones se haya planteado reparos sobre la viabilidad de utilizar a TRAGSA como un medio “para todo”.

La Abogacía General del Estado (Informe de 10 de diciembre de 2012) se ha manifestado sin embargo, siguiendo criterios emitidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de entender que las materias incluidas en el objeto social de TRAGSA (DA 25ª TRLCSP) tienen carácter enunciativo y no limitativo, “*quedando excluidos en principio, del ejercicio de poder de representación – de los administradores de la sociedad- los claramente contrarios al objeto...*”, pudiendo entenderse propios del objeto social no sólo los actos de desarrollo o ejecución directa o indirecta del mismo sino “*también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social*” (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994 y de 17 de noviembre de 1998).

Ese Tribunal considera sin embargo que esta interpretación *ad infinitum* de las actividades que pueden encargarse a TRAGSA, ahondando en la falta de concreción de las actividades descritas en sus estatutos, supondría la indefinición total de su objeto social. Asimismo admitir que se le puedan encargar actuaciones para las que carezca de medios efectivos para su ejecución implicaría un fraude de ley y que TRAGSA pudiera ser utilizada como simple intermediadora al objeto de evitar el régimen de contratación aplicable a la entidad encomendada, con la correspondientes consecuencias en la fijación de los precios de los encargos y en el consiguiente impacto en materia de competencia.

A este respecto se pronunció el Tribunal de Cuentas en su “*Informe de fiscalización de la participación de las Fuerzas Armadas Españolas en Misiones Internacionales. Ejercicios 2009 y 2010*” (nº 943, 28/06/2012), considerando cuestionables las encomiendas de gestión del Ministerio de Defensa a TRAGSA para la construcción de polígonos de combate.

Debe recogerse también la opinión vertida en el informe de la IGAE de 23 de marzo de 1999, en relación con la construcción de un helipuerto en la Isla de Alborán, en el que entiende, atendiendo a las actividades descritas dentro del objeto social del TRAGSA en el art 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que en su momento regulaba el régimen estatutario de TRAGSA, que dichas obras no forman parte del mismo.

**6. Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, Sociedad Anónima Unipersonal. (ISDEFE):** ISDEFE es una sociedad mercantil de titularidad pública, que ofrece servicios de ingeniería, consultoría estratégica, asistencia técnica, gestión de programas y ejecución de proyectos para la Administración Pública española y organismos públicos internacionales. Es medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado.

De acuerdo con el artículo 1 de sus estatutos de 11 de diciembre de 2012, *“ISDEEFE, S.A está constituida una sociedad anónima española, que se regirá por los presentes Estatutos, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por cuantas disposiciones legales le sean genérica o específicamente aplicables.*

*ISDEFE tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la AGE y de los entes, entidades y organismos dependientes de ella, pudiéndose conferir por parte de estos las encomiendas que sean propias de las actividades que constituyen su objeto social”.*

ISDEFE absorbió la sociedad INSA el 10 de octubre de 2012. En cuanto a su régimen jurídico, se regirá por las normas de general aplicación a las sociedades anónimas, esto es, por la LPAP (título VI) y el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 166 LPAP).

**7. Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (OATPFE):** El RD 868/2005, de 15 de julio, aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, modificado por Real Decreto 1384/2009, de 28 de agosto.

El artículo 1 dispone que *“1. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo es un organismo autónomo de los previstos en los artículos 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio del Interior a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.*

*2. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo tiene por objeto la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos en los centros penitenciarios. (...)*

*4. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo se regirá por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; por este estatuto, y por las demás disposiciones legales aplicables a los organismos autónomos de la Administración General del Estado.*

Su régimen de contratación es el previsto para los Organismos Autónomos la LCSP.

El artículo 11.3, en relación con la retribución de los trabajos que realice, dispone que *“El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por el organismo se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.*

*La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente.”*

**8. Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima. (SEGIPSA):** La Disposición Adicional décima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas regula el estatuto jurídico SEGIPSA: *“1. La «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima» (SEGIPSA), cuyo capital social deberá ser de titularidad pública, tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público para la gestión, administración, explotación, mantenimiento y conservación, vigilancia, investigación, inventario, regularización, mejora y optimización, valoración, tasación, adquisición y enajenación de los bienes y derechos integrantes o susceptibles de integración en el Patrimonio del Estado o*

en otros patrimonios públicos, así como para la construcción y reforma de inmuebles patrimoniales o de uso administrativo.

3. La encomienda o encargo, que en su otorgamiento y ejecución se regirá exclusivamente por lo establecido en esta disposición, establecerá la forma, términos y condiciones de realización de los trabajos, que se efectuarán por SEGIPSA con libertad de pactos y sujeción al Derecho privado, se podrá prever en dicha encomienda que SEGIPSA actúe en nombre y por cuenta de quien le efectúe el encargo que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda. Cuando tenga por objeto la enajenación de bienes, la encomienda determinará la forma de adjudicación del contrato, y podrá permitir la adjudicación directa en los casos previstos en esta ley. En caso de que su otorgamiento corresponda a un órgano que no sea el Ministro de Hacienda, requerirá el previo informe favorable del Director General del Patrimonio del Estado.

4. El importe a pagar por los trabajos, servicios, estudios, proyectos y demás actuaciones realizadas por medio de SEGIPSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por resolución del Subsecretario de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Patrimonio del Estado. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización. La compensación que proceda en los casos en los que no exista tarifa se establecerá, asimismo, por resolución del Subsecretario de Hacienda.

El pago, que tendrá la consideración de inversión, se efectuará previa certificación de conformidad expedida por el órgano que hubiera encomendado los trabajos.(...)

6. Los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que SEGIPSA deba concertar para la ejecución de las actividades que se expresan en el apartado 1 de esta disposición adicional, quedarán sujetas a las prescripciones del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere las cantidades fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de dicha ley.(...)

9. Igualmente SEGIPSA tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico para la realización de los trabajos de formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario que corresponden a la Dirección General del Catastro en virtud de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, cuya encomienda y realización se efectuarán de acuerdo con lo establecido en esta disposición.(...)

11. Las resoluciones por las que se aprueben las tarifas, a las que se refiere el apartado 4 anterior, serán objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado", cuando las tarifas aprobadas resulten aplicables a encomiendas que puedan ser atribuidas por distintos órganos, organismos o entidades del sector público estatal, o cuando por su relevancia así lo estime necesario la autoridad que aprueba las tarifas."

Las tarifas se plasman en la Resolución de 21 de marzo de 2000 de aprobación de tarifas.

De igual modo que en el caso de TRAGSA debe hacerse mención a la excesiva amplitud con que se ha configurado e objeto social de SEGIPSA.

Analizando el artículo 2 de sus estatutos de 7 de junio de 2011, esta sociedad puede realizar desde construcción de obras de infraestructura, planeamiento urbanístico, gestión patrimonial por cuenta ajena, toda clase de actuaciones relativas a bienes muebles, inmuebles y derechos incorporales, hasta el estudio, promoción asesoramiento y mediación en "toda clase de contratos", incluyéndose la administración y venta de valores mobiliarios, tenencia ,administración, adquisición y enajenación de acciones de entidades mercantiles, así como la prestación de servicios de gestión administrativa, contable y financiera y laboral de Fundaciones e Instituciones integrantes del sector Público Estatal.



Todas estas actividades podrán recaer sobre bienes y derechos de titularidad pública o privada y podrán ser desarrolladas “total o parcialmente” de modo directo o indirecto por ella misma o a través de terceros.

Este objeto social no excluye prácticamente ninguna actividad pública o privada, lo cual, de no tratarse de una sociedad pública, tendría difícil acceso al registro mercantil. Ello además origina que parte de la actividad que se le encomiende deba ser subcontratada puesto que sería muy difícil que SEGIPSA contara con personal adecuado para dar cobertura a tan variado elenco de actividades.

Parece por tanto que SEGIPSA se concibe como un “ente para todo”, permitiendo articular como encomienda de gestión verdaderas contrataciones públicas que debieran ser objeto de licitación pública en atención a las reglas del mercado comunitario de bienes y servicios y al principio de economía en el suministro de bienes y servicios.

**9. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A. (INTECO):** De acuerdo con sus Estatutos, en su última redacción de 25 de octubre de 2010, la Sociedad INTECO se rige, además de por los mismos, “por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por las demás disposiciones vigentes que le sean de aplicación.”

En cuanto a su objeto social, este consiste en la gestión, asesoramiento, promoción y difusión de proyectos tecnológicos en el marco de la Sociedad de la Información.

Su régimen de contratación aparece recogido en el artículo 2 bis de sus estatutos: “La Sociedad no tiene la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

*La Sociedad, como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, estará obligada a realizar los trabajos que le encomienden, la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en las materias objeto de sus funciones.*

*La Sociedad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

*Los diferentes Departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos podrán encomendar a la Sociedad los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en estos Estatutos.*

*La Sociedad está obligada a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por los encomendantes. Dicha obligación se refiere a los encargos que le formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen sus funciones estatutarias. Las relaciones de la Sociedad con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado. Corresponde a sus Organismos Públicos aprobar el régimen de la Sociedad en este ámbito y realizar las correspondientes funciones organizativas, tutelares y de control en los términos previstos en el apartado 6 del artículo 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*

*Las actuaciones obligatorias que le sean encargadas a la Sociedad estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto, conforme al régimen establecido de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior.*

*Antes de formular el encargo, los órganos competentes aprobarán dichos documentos y realizarán los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto. El encargo de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por el encomendante a la Sociedad haciendo constar, además de los antecedentes que procedan, la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe, la partida presupuestaria correspondiente y, en su caso, las anualidades en que se financie con sus respectivas cuantías, así como el director designado para la actuación a realizar. También le será facilitado el documento en que se defina dicha actuación, con su presupuesto detallado.*

*La comunicación encargando una actuación a la Sociedad supondrá la orden para iniciarla. La Sociedad realizará sus actuaciones conforme al documento de definición que el órgano ordenante le facilite y siguiendo las indicaciones del director designado para cada actuación.*

*La Sociedad someterá los contratos necesarios para ejecutar las encomiendas de gestión a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*

*Finalizada la actuación, se realizará su reconocimiento y comprobación en los términos legalmente establecidos, extendiéndose el documento correspondiente y procediendo a su liquidación en el plazo de los seis meses siguientes.”*

Los estatutos nada dicen de la retribución de las encomiendas mediante tarifas si bien ello no es óbice para que la LCSP le sea plenamente aplicable en este particular extremo.

**10. RED.ES:** El RD 164/2002, de 8 de febrero, aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, modificado por Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo, configurándola como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El artículo 2 dispone en cuanto a su régimen jurídico: “1. La entidad pública empresarial Red.es se rige por lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley General de Telecomunicaciones, en las disposiciones que resulten aplicables de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de la legislación presupuestaria, y por lo previsto en el presente Estatuto.

2. La actividad de la entidad pública empresarial Red.es se rige por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tenga atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y en la legislación presupuestaria, y en lo previsto en el presente Estatuto.

*En particular, la gestión de la tasa por asignación del recurso limitado de nombres y direcciones, se regirá por las normas de Derecho administrativo y tributario que resulten de aplicación.”*

Su régimen de contratación y actuaciones como medio propio se encuentra regulado en el artículo 30 de sus estatutos: “Red.es tiene la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

*La entidad pública empresarial, como medio propio y servicio técnico de la Administración, estará obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella en las materias objeto de sus funciones de asesoramiento, elaboración de estudios e informes, ejecución de programas y apoyo establecidas en los párrafos b), d) y e) del apartado 4 de la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y del artículo 3.1 del presente Estatuto.*

*Red.es no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes*

de ella, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Los diferentes departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, podrán encomendar a Red.es los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en este Estatuto.

Red.es está obligada a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante. Dicha obligación se refiere a los encargos que le formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen sus funciones estatutarias. Las relaciones de Red.es con la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

Las encomiendas de gestión se retribuirán mediante tarifas sujetas al régimen previsto en el párrafo siguiente, y llevarán aparejada la potestad, para el órgano que confiere el encargo, de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución.

La tarifa o retribución de la encomienda deberá  cubrir el valor de las prestaciones encargadas, teniendo en cuenta para su cálculo los costes directos y los indirectos, y márgenes razonables, acordes con el importe de aquellas prestaciones, para atender desviaciones e imprevistos.

Las actuaciones obligatorias que le sean encargadas a Red.es estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto, de acuerdo con las tarifas o retribuciones fijadas por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Antes de formular el encargo, los órganos competentes aprobarán dichos documentos y realizarán los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto. El encargo de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por la Administración General del Estado los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, haciendo constar, además de los antecedentes que procedan, la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe, la partida presupuestaria correspondiente y, en su caso, las anualidades en que se financie con sus respectivas cuantías, así como el director designado para la actuación a realizar. También le será facilitado el documento en que se defina dicha actuación, con su presupuesto detallado.

La comunicación encargando una actuación a Red.es supondrá la orden para iniciarla. Red.es realizará sus actuaciones conforme al documento de definición que el órgano ordenante le facilite y siguiendo las indicaciones del director designado para cada actuación.

Para velar por la adecuada realización de las actividades objeto de la encomienda, se constituirá, para cada proyecto, una comisión de seguimiento de la que formarán parte, al menos en un cincuenta por ciento, los representantes del órgano encomendante. Corresponde a la Comisión de Seguimiento resolver los problemas de interpretación y cumplimiento que pudieran suscitarse, así como precisar o modificar las actuaciones a realizar, siempre que no suponga alteración sustancial del objeto de la encomienda.

Red.es someterá los contratos necesarios para ejecutar las encomiendas de gestión a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

*Finalizada la actuación, se realizará su reconocimiento y comprobación en los términos legalmente establecidos, extendiéndose el documento correspondiente y procediendo a su liquidación en el plazo de los seis meses siguientes.»*

**11. Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A. (SEGITTUR):** La Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A. (SEGITTUR), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, y adscrita a la Secretaría de Estado de Turismo, es la responsable de impulsar la innovación (I+D+i) en el sector turístico español, tanto en el sector público (nuevos modelos y canales de promoción, gestión y creación de destinos inteligentes, etc.) como en el sector privado (apoyo a emprendedores, nuevos modelos de gestión sostenible y más competitivo, exportación de tecnología española).

De acuerdo con el artículo 1 del texto refundido de sus estatutos de en su redacción de 27 de septiembre de 2010, SEGITTUR *“se regirá por los presentes estatutos, por la Ley General Presupuestaria, por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, por las disposiciones sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas y por las demás normas de carácter general que le sean aplicables.”*

Su artículo 2 bis dispone que : *“La sociedad tiene la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración del Estado y del Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA), así como de los entes, organismos o entidades que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tengan la naturaleza de poderes adjudicadores y se encuentren vinculados o sean dependientes, directa o indirectamente, de aquéllos, quienes podrán conferirle encomiendas de gestión, celebrar negocios jurídicos o encargarle la ejecución de prestaciones relativas a materias comprendidas dentro de los fines constitutivos de su objeto social que serán de ejecución obligatoria para ella de acuerdo con las instrucciones fijadas por la entidad que efectúe el encargo o la encomienda.*

*La retribución a la sociedad por las prestaciones encargadas a la misma cubrirá el valor de los servicios prestados en la ejecución de su prestación, y se fijará teniendo en cuenta, en todo caso, el coste de su ejecución. En su caso serán de aplicación las tarifas aprobadas por el Ministerio al que corresponda la tutela de la Sociedad.*

*La Sociedad no podrá participar en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio sin perjuicio de que, si no concurriese ningún licitador, se le pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

*Los contratos que deba celebrar la Sociedad para la realización de las prestaciones objeto del encargo que le haya sido efectuado se sujetarán a lo previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que será de aplicación en los términos que resulten procedentes en cada caso”*

**12. Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP):** El Real Decreto 331/2002, de 5 de abril, aprueba el Estatuto de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

La UIMP es un Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El artículo 2 de sus estatutos recoge esta condición. El Presidente del Patronato es el Secretario de Estado de Educación y Universidades y el cargo de Vicepresidente recae en el Director general de Universidades. El nombramiento de los miembros del Patronato corresponde al Ministro de Educación, Cultura y Deporte

La condición de medio propio viene determinada por su configuración legal como Organismo autónomo, de acuerdo con los artículos 1 y 44.1 de la LOFAGE.

**13. P4R, S.A (actualmente Sociedad Estatal España, Expansión Exterior, S.A.):** P4R es una sociedad mercantil estatal, actualmente “Sociedad Estatal España, Expansión Exterior, S.A , de las contempladas en el artículo 166, apartado 2, de la Ley 33/2003, de 3 de Noviembre, del Patrimonio de las Administraciones

Públicas, debiendo ajustarse su régimen jurídico a lo preceptuado específicamente para este tipo de Sociedades en la citada Ley y en el acuerdo del Consejo de Ministros del 7 de Diciembre de 2006 que autorizó su creación.

Constituyen el objeto de la Sociedad las actividades siguientes, según el artículo 3 de sus estatutos:

*“a) La realización, con carácter obligatorio, de todos aquellos trabajos que se le encomienden, o en su caso se le contraten, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquella, para apoyar la internacionalización y la mejora de la competitividad de las empresas españolas y, especialmente, la ejecución de aquellas encomiendas o, en su caso, contratos vinculados con la gestión de apoyo financiero oficial a la internacionalización de las empresas españolas, siempre que sus competencias estén relacionadas con este objeto social o gestionen fondos o recursos para el mismo fin. (...)*

*b) Actuar asimismo como medio propio instrumental de la Administración General del Estado, sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquélla, respondiendo a los principios de neutralidad y transparencia, para lo cual podrá contratar, prestar servicios y recibir encomiendas de gestión, que permitan satisfacer o mejorar la eficiencia y la eficacia de los instrumentos para la realización de los fines de cooperación al desarrollo siempre que sus competencias estén relacionadas con este objeto social o gestionen fondos o recursos para el mismo fin.*

*c) El apoyo a la internacionalización de las empresas españolas, mediante la prestación a éstas de servicios de cualquier naturaleza relacionados con operaciones de comercio e inversión en el exterior, siempre y cuando esta actividad resulte compatible con la actividad que realice la sociedad por cuenta del Estado, no suscitándose eventuales conflictos de interés. En particular, la prestación de servicios dirigidos a la promoción de asociaciones público-privadas para acometer proyectos, así como la estructuración financiera de proyectos de internacionalización.*

*Los trabajos encomendados de conformidad a los apartados a) y b) serán de ejecución obligatoria para la Sociedad de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por su Ministerio de tutela.*

*Ni la Sociedad, ni sus filiales, en su caso, podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sean Medio Propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador, podrá encargarse a la Sociedad la ejecución de la actividad, objeto de la licitación.*

*Las actividades del objeto social podrán ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente, de forma directa o de modo indirecto, mediante otras sociedades con objeto idéntico o análogo, cuyas acciones o participaciones pertenezcan íntegramente a la Sociedad o a ésta y a otras entidades que formen parte del sector público estatal.”*

## **II.1.5 REQUISITOS OBJETIVOS**

### **II.1.5.1 OBJETO DEL ENCARGO**

La LCSP, al mismo tiempo que excluye de su ámbito de aplicación “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”, ofrece una cierta regulación de estos encargos que, aunque supone un avance con relación a la del TRLCAP, a juicio de este Tribunal sigue siendo tan parca que no puede decirse que resuelva los problemas no solo teóricos sino, sobre todo, prácticos que el recurso a las operaciones *in house* presentan.

A tenor del art. 4.1 n) LCSP, el encargo puede tener por objeto *“cualquier prestación”*. Por tanto podrá ser objeto del mismo el que es propio de cualquiera de los contratos típicos (obras, suministros, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado) o el de un contrato administrativo especial o el de un contrato privado, con independencia de su cuantía. En este punto el derecho interno ha ido más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, para comprender cualesquiera prestaciones, constituyan objeto de un contrato sujeto a regulación armonizada (SARA) o de cualquier otro tipo de contrato. En rigor, en este extremo también ha marchado al unísono de la jurisprudencia comunitaria, que ha aplicado su doctrina a todos los contratos que celebren las autoridades públicas, incluso a los no comprendidos en la Directiva de contratos (STJCE Caso Códitel Brabant, apartado 25).

En el análisis de este requisito objetivo no se han detectado incidencias destacables más allá de la errónea calificación formal como encomienda del artículo 15 de la Ley 30/1992 de gran parte de los expedientes analizados, en los que si bien se invoca este precepto como parte de la normativa habilitante, se siguen las pautas marcadas por los artículos 4.1. n) y 24.6 de la LCSP. Asimismo, si bien no se han identificado actividades que por su naturaleza no puedan ser consideradas objeto de una encomienda de gestión, sí se ha apreciado cierta indefinición en los encargos encomendados, haciéndose en ocasiones referencia a actividades de carácter general, no tanto a prestaciones concretas. Estas incidencias se tratan con mayor detalle en el apartado relativo al expediente de la encomienda.

#### II.1.5.2. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES

El objeto de la presente fiscalización es el negocio jurídico, excluido de la legislación de contratos de sector público, en cuya virtud se encarga a un ente instrumental que tenga la condición de medio propio la realización de una determinada prestación. Como ya se ha indicado, en estos casos, aun cuando el encargo se realiza por una persona jurídicamente distinta de la que ordena la ejecución, la legislación contractual considera que, materialmente, no se está ante un verdadero contrato sino ante una opción organizativa.

Por su parte, el artículo 24 LCSP regula la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la propia Administración y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares, que por su propia naturaleza quedan también fuera de la normativa sobre contratación. En este segundo caso no existe contrato real, ni siquiera aparente, aunque la regulación de la figura se contenga en la propia Ley de contratos, por la inexistencia de personas formalmente distintas.

Tradicionalmente la legislación administrativa española ha mantenido una postura restrictiva sobre la ejecución de las obras u otras prestaciones por la propia Administración. De ahí que estableciera una serie de topes cuantitativos o exigiera la concurrencia de determinadas circunstancias para que ello tuviera lugar. Los criterios restrictivos son casi tan antiguos como la regulación de los contratos administrativos. El paso último en la regulación precedente lo constituyó el artículo 60 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, donde se acentúa el carácter excepcional de las obras que el Estado ejecutará directamente, al encabezarse el precepto señalando que *“sólo podrán ser ejecutadas directamente por la Administración las obras en que concurra alguna de éstas circunstancias...”*. Ya en época reciente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 153 y 154, regulaba la materia con similares criterios a los actuales. La última muestra de esta postura la constituyen los artículos 152 y 153 (obras) y artículos 194 y 195 (fabricación de bienes muebles) del texto refundido de esa Ley, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, desarrollado el primero a su vez por los artículos 174 a 179 y el segundo por el art. 194 del Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), aún vigente. Estos preceptos constituyen el antecedente de la regulación sobre el particular contenida en el artículo 24 TRLCSP que, sin abandonar la posición restrictiva en cuanto a la

utilización de los medios o servicios integrados en su propia estructura, la abre por la vía de permitir el recurso a entes instrumentales dotados de personalidad propia.

No se contiene en el vigente 24 TRLCSP, como tampoco en los correlativos del precedente TRLCAP, ninguna referencia al contrato de gestión de servicios públicos. Con arreglo a la TRLCSP no es que no quepa la gestión del servicio por los propios medios de la Administración (gestión directa), sino que, frente al carácter excepcional del empleo de medios propios en obras o fabricación de bienes o realización de servicios con la colaboración de empresarios particulares, la gestión directa del servicio público es un supuesto normal, no sometido a restricciones, e incluso en algún caso, obligatoria. De conformidad con el art. 275.1 TRLCSP, *“la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*. A tenor del precepto la gestión directa, ya la lleve a cabo la Administración por sus propios medios no personificados, ya mediante entes instrumentales, en los términos contemplados en el artículo 8.2 TRLCSP, no se considera un supuesto excepcional, sino ordinario, siendo la gestión indirecta o contractual una posibilidad, que incluso puede verse afectada por la prohibición indicada

En el plano formal la regulación de la LCSP introdujo la novedad de agrupar en un único artículo, el 24, la regulación de la ejecución de obras por la Administración, la fabricación de bienes muebles por la misma y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares, actuaciones que en el TRLCAP se regulaban, con excepción de la ejecución de servicios, en otros tantos artículos de forma separada. El citado artículo 24 del TRLCSP dedica sus tres primeros apartados a los aspectos específicos de cada modalidad de actuación, en función de su objeto, mientras que los restantes se ocupan de los aspectos comunes. Los apartados 1 a 5 de este artículo no tienen carácter básico.

Las diferencias entre ambos regímenes pueden compendiarse, siguiendo a la mejor doctrina, del siguiente modo:

La ejecución de la prestación por medios propios no personificados de la Administración se rige por el TRLCSP (artículo 24, apartados 1 a 5) y el RLCAP (artículos 152, 153 y 194) aunque no derive de un contrato; cuando se trate de medios con personalidad jurídica diferenciada (régimen artículo 4.1 n)), la regulación queda fuera de la LCSP, excepto la determinación de los requisitos para la exclusión, la aplicación subsidiaria de los principios contractuales o la posible aplicación analógica de ciertas normas.

Frente a los encargos del artículo 4.1 n), que puede conferirlos cualquier entidad del sector público; la regulación del artículo 24 TRLCSP (apartados 1 a 5) sólo es aplicable a encargos realizados por sujetos que sean Administración Pública. Esto, que es claro en todos los aspectos, dadas las reiteradas referencias del artículo a la “Administración”, lo es especialmente si consideramos que los contratos con empresarios colaboradores tienen carácter de contrato administrativo especial.

El encargo a entes instrumentales del artículo 4.1 n) comprende actos de gestión y de ejecución material; por el contrario, el encargo de ejecución del artículo 24 (apartados 1 a 5) sólo comprende actos de ejecución material.

Las circunstancias necesarias para que la Administración realice por sus servicios la obra o la fabricación exigidas por el artículo 24 (apartados 1 a 5) no rigen en las encomiendas del artículo 4.1. n) TRLCSP, sin perjuicio de que puedan regir otros límites, no formulados expresamente en la Ley.

En la realización de los encargos del artículo 4.1 n) los entes instrumentales tienen la condición de poder adjudicador en los contratos que deban celebrarse para la realización de la prestación, y están sujetos a los preceptos del TRLCSP que les sean aplicables a tales poderes *“según su naturaleza”*, de manera que, según sea ésta, los contratos podrán ser administrativos o privados. Por el contrario, en el caso de que actúen con sujeción al régimen del artículo 24, apartados 1 a 5, las condiciones son las que éste establece: deberán llevar a cabo la actividad material por sí mismos, sin posibilidad de contratar la prestación con terceros, ni en

su totalidad ni en parte, por cuanto se les encarga únicamente una actividad material, no un servicio de gestión.

## II.2 EL EXPEDIENTE DE LA ENCOMIENDA

### II.2.1 ACTUACIONES INTEGRANTES DEL EXPEDIENTE DE ENCOMIENDA: EL ENCARGO

Como ha quedado señalado, la relación surgida entre la entidad encomendante y la encomendataria es de carácter instrumental, interno, dependiente y subordinado, de modo que estas características deben estar presentes en el acto en virtud del cual se produce el encargo.

El encargo de cada encomienda constituye una orden de actuación que debe quedar documentada formalmente utilizando una vía que permita dejar constancia del contenido completo del encargo (del que deben formar parte entre otras menciones los antecedentes de la actuación encomendada, el objeto, su denominación, su plazo de realización, importe, partida presupuestaria a la que se imputa, su justificación, forma de pago, director de la encomienda, órgano encargado del seguimiento de la ejecución de la encomienda...) y de la recepción de dicha comunicación por la entidad encomendataria, así como de la fecha en la que se produce, en términos similares a los establecidos en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992 para las notificaciones de los actos administrativos. Dado que estos encargos tienen naturaleza de actos administrativos, deben haber sido aprobados por los órganos de la Administración competentes para ello y con arreglo al procedimiento legal y reglamentariamente establecido (artículo 53.1 Ley 30/1992), que incluirá los proyectos, memorias y demás documentos técnicos y presupuestarios, así como la observancia de los preceptivos trámites jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto.

Las actuaciones que integran el expediente administrativo de la encomienda de gestión vienen exigidas por una diversidad de normas que regulan los distintos aspectos de la figura. Parte de dichas disposiciones son normas presupuestarias de aplicación a todo expediente de gasto, expresión ésta con la que se hace referencia a la vertiente financiera del expediente administrativo; otras se contienen en el TRLCSP; y finalmente otras derivan de la aplicación de las leyes administrativas generales, como la Ley 30/1992.

Tomando, asimismo, como referencia el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011 que modifica el de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función Interventora en régimen de requisitos básicos, se consideran como principales hitos integrantes de la tramitación de los expedientes de encomienda de gestión los siguientes:

#### Encargo

- La entidad encomendataria deberá tener la condición de medio propio instrumental con el contenido mínimo previsto en el artículo 24.6 del TRLCSP
- Memorias justificativa, técnica y económica.
- Informe del Servicio jurídico
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda.
- En el supuesto en que se prevean pagos anticipados, exigencia de prestación de garantía suficiente a la entidad encomendataria.
- Certificado de existencia y retención de crédito expedido por la oficina de contabilidad.



- Propuesta de gasto formulada por los servicios correspondientes del órgano encomendante.
- Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda atendiendo a la naturaleza de la entidad encomendante.
- Aprobación del gasto y de la encomienda.
- Compromiso del gasto.
- Notificación del encargo.

A estas menciones deben añadirse todas aquellas derivadas de la normativa sectorial aplicable por razón de materia.

Estos acuerdos serán inmediatamente ejecutivos y no susceptibles de recurso contencioso-administrativo por parte de la entidad encomendataria (artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA)). Esta prohibición, como señaló este Tribunal en el *“Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2005 y 2006 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas”* (nº 862, 24/06/2010), es aplicable a los organismos autónomos de la AGE, no solamente respecto del órgano al que están adscritos, sino del conjunto de aquélla, por cuanto la dependencia o vinculación se produce en relación con dicho conjunto. La solución debe hacerse extensiva a aquellos entes instrumentales que tienen atribuido un carácter subordinado y dependiente, aunque se rijan por el derecho privado, siendo obligatorio para los mismos ejecutar el encargo con arreglo a las instrucciones que les impartan las entidades encomendantes.

La publicación del encargo no es necesaria, en contraposición con lo que sucede en las encomiendas del artículo 15 de la Ley 30/1992<sup>3</sup>.

#### Modificación

- Informe del Servicio Jurídico
- Memorias justificativas de la modificación.
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda.
- Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda.
- Documentos acreditativos de la autorización y compromiso del gasto.

---

<sup>3</sup> Como ya se ha puesto de manifiesto, a la fecha de publicación de este Informe el todavía proyecto de Ley de Transparencia en su artículo 7.b), relativo a la información económica, presupuestaria y estadística dispone que : “Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: • (...) , se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.”

Así pues, si eventualmente se exige la publicación de las encomiendas de gestión del artículo 24.6 TRLCSP se hará en virtud de las necesidades impuestas por la futura Ley de Transparencia y no porque les sea aplicable el régimen del artículo 15.3 de la Ley 30/1992. Esta publicación no era necesaria durante el período fiscalizado.

### Abonos durante la ejecución

- Certificación o documento acreditativo de la realización de los trabajos y su correspondiente valoración.
- En el caso de pagos anticipados, que se ha prestado la garantía exigida.
- Factura.

### Liquidación

- Certificación o acta de conformidad de las obras, bienes o servicios.
- Factura
- Fiscalización previa del pago, cuando proceda según el ente encomendante.

## **II.2.2 INCIDENCIAS PARTICULARES**

A continuación se expondrán las principales incidencias detectadas como consecuencia de los trabajos de auditoría estructuradas en función de la entidad encomendante seleccionada.

En lo que se refiere al cumplimiento de la normativa para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en cuanto pudiera tener relación con los objetivos de las actuaciones fiscalizadoras, no se ha observado por este Tribunal ningún incumplimiento de dicha normativa.

### **II.2.2.1 DEPARTAMENTOS MINISTERIALES**

#### **II.2.2.1.1 MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN**

En parte de los expedientes examinados se han detectado importantes deficiencias materiales, así como falta de homogeneidad en la tramitación de expedientes de la misma naturaleza por los mismos órganos gestores.

**AEC 1 a 3:** El 30 de julio de 2010 se firma un acuerdo de Encomienda de gestión (**AEC1**) entre la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional (SECI) y P4R (en la actualidad Expansión Exterior) para la prestación de servicios de apoyo técnico en el análisis y la formalización de determinadas operaciones susceptibles de ser financiadas con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) en materia de cooperación (plazo 18 meses).

No consta en el expediente memoria justificativa de la encomienda en la que se justifique por qué no pueden ser las prestaciones objeto de la misma realizadas por los servicios del Ministerio.

Este acuerdo de encomienda no contiene presupuesto, ni memoria económica que cuantifique el gasto que va a realizarse como contraprestación a las actividades a desarrollar por P4R. Se recoge en la cláusula relativa a los términos económicos que la retribución debe realizarse atendiendo a las tarifas oficiales aprobadas para P4R.

El 13 de diciembre de 2010 se firma una adenda al acuerdo de encomienda determinando un presupuesto de 2.700.000€.

Tampoco consta memoria económica alguna que justifique este presupuesto limitándose a mencionar la cuantía aprobada por el Consejo de Ministros.

El 7 de julio de 2011 se firma un nuevo acuerdo de encomienda de gestión (**AEC2**) entre la SECI y P4R que, entre otras actuaciones dirigidas al mismo objeto, en este caso financiadas con cargo al Fondo para la Promoción del Desarrollo (FONPRODE) - que integra el FAD y el Fondo para la concesión de microcréditos para proyectos desarrollo social básico en el exterior (FCM) – liquida la encomienda anterior y establece el plazo de vigencia de esta nueva en 5 años, prorrogable. La cláusula 7ª, que regula la prórroga no exige que esta deba ser expresa y siempre que el MAEC así lo estime necesario.

A través de esta encomienda, además de los proyectos de cooperación financiados con cargo al FONPRODE, P4R presta servicios generales de apoyo a la SECI y a la AECID.

Este acuerdo tampoco determina el precio de la contraprestación y difiere la fijación del presupuesto a otra adenda posterior. Sí se menciona que debe retribuirse a través de las tarifas aprobadas para P4R.

La fijación del presupuesto para 2011 se realiza mediante adenda de 18 de noviembre de 2011, estableciendo como presupuesto máximo (que incluye los pagos pendientes del 2010) 6.303.841,05€. Esta cuantía viene determinada por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011.

Esta encomienda de gestión aunque se financia con cargo a créditos para el FONPORDE, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento del Fondo (RD 845/2011, de 17 de junio) en relación con el artículo 2.1,c) de la Ley 36/2010, de 22 de octubre, estos están integrados en el capítulo 8º del presupuesto de MAEC, por lo que está sometida a los procedimientos de gasto previstos para la Administración General del Estado. Así pues, como señala el informe de la Intervención Delegada en el MAEC de 4 de noviembre de 2011 emitido en virtud del artículo 32 del RD 2188/95 por omisión de la función interventora, este gasto debió de ser sometido a fiscalización previa y no lo fue, incumplándose el artículo 150.2 de la LGP.

Sin embargo dado que los servicios encomendados fueron prestados y a fin de evitar un enriquecimiento injusto para la Administración, dicho informe considera que no debe producirse la revisión del acto administrativo en lo relativo al compromiso adquirido por SECI con P4R SA para el ejercicio 2011.

El acto es convalidado por acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011.

El pago de los referidos servicios no se produce hasta julio de 2012 (el 27 de julio de 2012 se recepcionan los trabajos, acto al que sí acude el interventor) por valor de 2.316.514,72€, correspondiente al trabajo efectivamente realizado durante el período.

Para la determinación del presupuesto de la encomienda en el ejercicio 2012 se firma otra adenda (**AEC3**) el 26 de diciembre de 2012, previo acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2012, por importe máximo de 3.530.717,31€. Se realizan pagos con cargo a esta encomienda por valor de 2.551.212,33€.

Todo lo anterior sin que hayan tenido lugar los correspondientes controles internos en la autorización del gasto ni del pago y sin que consten en el expediente los documentos contables derivados de la gestión de dichos actos. Tampoco se da noticia de la convalidación del acto por el Consejo de Ministros, tal como sucedió en el ejercicio anterior.

**AEC4:** El 25 de enero de 2011 la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y de Cooperación del MAEC firma un acuerdo de encomienda de gestión con la FNMT-RCM para la elaboración de pasaporte consular, diplomático, de servicio y provisional, visados y libros de registro civil.

El importe de la encomienda es de 5.427.471,60€, facturándose conforme a las tarifas correspondientes a la FNMT-RCM.

La cláusula 6ª relativa a las “Modificaciones” dispone que *“Cualquiera de las partes, podrá con una antelación suficiente comunicar por escrito a la otra, su voluntad de dejar sin efecto la presente encomienda”*. Esta disposición no es acorde con la relación de instrumentalidad y subordinación que los medios propios de la Administración tienen respecto de la misma, no pudiendo la FNMT-RCM por su propia voluntad dejar de cumplir las órdenes recibidas del MAEC.

No consta en el expediente ni informe de la Abogacía del Estado ni de fiscalización previa del acuerdo de encomienda<sup>4</sup>. Tan sólo se ha remitido a este Tribunal documentación relativa al gasto correspondiente a la personalización de los pasaportes (gasto asumido por la dirección General del Servicio Exterior) que asciende a 389.400€ tanto en el ejercicio 2011 como en 2012.

#### II.2.2.1.2 MINISTERIO DE JUSTICIA

**J1 a J8:** Los expedientes J1 a J8 se refieren a sucesivas encomiendas de gestión entre la Secretaría General de Modernización y relaciones con la Administración de Justicia con TRAGSATEC para la realización de determinadas actuaciones relacionadas con la modernización tecnológica de la Administración de Justicia, cuya vigencia se extiende, incluyendo modificaciones y adendas, a los ejercicios 2008 a 2013.

En la tramitación de estos expedientes procede subrayar que prácticamente en ninguno se incluye memoria técnica (salvo en J2) ni económica, tan sólo aparece la memoria justificativa de la encomienda<sup>5</sup> -que únicamente contiene referencia a los importes globales asignados a cada actuación- a pesar de lo elevado de las cantidades gastadas, que asciende a 79.342.026,32€.

En cuanto al documento que contiene la encomienda, en todos los casos adopta forma de Resolución del Secretario de Estado que se comunica a la entidad encomendada, teniendo esta comunicación, firmada como recibida por el representante de la misma, carácter de orden de ejecución. Ello refleja la posición de ordenación e instrucción de los trabajos que corresponde a la Administración respecto de su ente instrumental, al igual que la redacción de la Cláusulas 8ª y 10ª relativas respectivamente a la “Modificación” de la encomienda (*“podrá modificarse de manera ejecutiva por la Administración cuando resulte necesario para la mejor realización de su objeto”*) y a su “Duración” (prorrogable por decisión del Ministerio de Justicia), las cuales recogen la verdadera naturaleza de la figura.

Sin embargo en todas la Resoluciones se hace mención al artículo 15 de la Ley 30/1992 además de a los correspondientes de la LCSP (4 y 24.6) como marco referencial de la encomienda, reflejando la confusión existente en relación con la encomienda de gestión de objeto contractual. Abundando en esta confusión, en el expediente J1, el informe de la Intervención delegada en el Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 2008 reclama la exigencia de publicación de la encomienda, apelando al mandato contenido en el artículo 15 de la Ley 30/1992. Esta publicación sin embargo no tiene lugar y la recomendación no se reitera en los sucesivos informes de fiscalización previa.

La entidad encomendada es TRAGSATEC (J1, 2, 3, 4, 7 y8) – TRAGSEGA (J5 y 6). TRAGSATEC realiza actividades de ingeniería, consultoría y asistencia técnica en materia agrícola, forestal, de desarrollo rural, de

---

<sup>4</sup> A pesar de lo alegado a este respecto no se ha remitido informe de la Abogacía del Estado ni informe de intervención previos al acuerdo de encomienda. El informe del servicio jurídico remitido se refiere al expediente AEC5, de fecha posterior al acuerdo de encomienda de 25 de enero de 2011.

<sup>5</sup> La documentación remitida en el trámite de alegaciones consiste en las referidas memorias justificativas, que ya obraban en poder del Tribunal.

medioambiente y de medio marino. Desde noviembre de 2010, TRAGSATEC ha incorporado al ámbito de su actuación las funciones que tenía encomendadas TRAGSEGA, que desde su constitución en 2001, se encargaba de la realización de actuaciones, trabajos y prestación de servicios en el sector ganadero y del mundo animal, así como de cuestiones relativas a la calidad y seguridad alimentaria, la salud pública y la temática medioambiental relacionada con la fauna. Para el desarrollo de sus trabajos, TRAGSATEC dispone de un soporte informático que utiliza medios técnicos avanzados, que incluyen el uso de herramientas en el campo de los Sistemas de Información Geográfica, desarrollos en entornos Web sobre las plataformas líder de mercado, para dar apoyo a la gestión de la Administración, producción, mantenimiento y explotación de bases de datos agrarias y medioambientales a escala nacional.

Lo anterior revela un objeto social que adolece de concreción y resulta amplio hasta el exceso.

**J9:** El expediente J9 contiene la encomienda de gestión entre la Secretaría de Estado de Justicia e ISDEFE (Dirección de sistemas civiles) para el desarrollo de MINERVA –NOJ (Nueva Oficina Judicial), pruebas funcionales de aplicaciones, cuadro de mandos y LEXNET por importe de 31.584.923,23€, abarcando los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

En este caso no se trata de una Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia sino de un acuerdo entre las partes, lo que indica que el Ministerio carece de una instrucción que determine la forma de este tipo de negocios jurídicos.

El presente acuerdo firmado el 30 de diciembre de 2010 no contiene mención al artículo 15 de la Ley 30/1992, sin embargo las cláusulas relativas a las modificaciones, extinción y prórroga contemplan el mutuo acuerdo o *“la voluntad de una de las partes basada en el incumplimiento del Acuerdo por la otra”*, lo que no es acorde con la relación de instrumentalidad que debe presidir esta relación y que sí quedaba clara en los expedientes J1 –8, a pesar de haberse tramitado en ambos casos por la misma Secretaría de Estado.

La tramitación de este expediente incluye todas las autorizaciones e informes pertinentes, habiendo sido autorizado por el Consejo de Ministros dada su cuantía. Los presupuestos están referidos a las tarifas oficiales aprobadas para ISDEFE. Asimismo, el Ministerio de Justicia ha remitido a este Tribunal un estudio de mercado acreditativo de ser la encomienda de gestión a ISDEFE el medio más económico para realizar esta prestación.

### II.2.2.1.3 MINISTERIO DE DEFENSA

El Ministerio de Defensa, dentro del ámbito subjetivo de la presente fiscalización, es el Departamento que ha utilizado la encomienda de gestión en mayor número de ocasiones (si bien no el que ha ejecutado más presupuesto a través de esta vía, siendo el Ministerio del Interior el que mayor gasto ejecuta mediante la misma).

Desde el punto de vista de la tramitación de los expedientes, de la muestra analizada destaca la homogeneidad e integridad de los expedientes fiscalizados, ya que prácticamente en su totalidad cuentan con las memorias justificativas, económicas y técnicas necesarias además de con los pertinentes informes jurídicos y fiscales, y han sido muy escasos los expedientes en los que el presupuesto no contenía alguna referencia a las tarifas aplicables (**D19, D45**).

Desde el punto de vista formal cabe mencionar sin embargo que la práctica totalidad de los acuerdos de encomienda contienen referencias a los artículos 4 y 24 de la LCSP a la par que al artículo 15 de la Ley 30/1992, habiendo sido publicados todos ellos en el Boletín Oficial de Defensa, lo que revela cierta confusión sobre el tipo de figura jurídica a emplear. Asimismo en la redacción de los acuerdos de encomienda no suele reflejarse la relación de instrumentalidad y subordinación en la que se encuentra la entidad encomendaria, consignándose el mutuo acuerdo como causa de resolución y de prórroga de la encomienda.

Como características propias de la encomienda de gestión en el ámbito del Ministerio de Defensa destaca el hecho de que en gran medida se concibe la encomienda de gestión como un medio para suplir necesidades de personal, no sólo necesidades técnicas, que no es posible cubrir dadas las limitaciones de plantilla existentes. Así en ocasiones el objeto de la encomienda es tan amplio que lo que se encarga es el apoyo a las distintas unidades, por períodos que se prolongan en el tiempo (**D3-D6; D9- D12; D13-D15; D19; D20; D21-D23; D24; D25-D34; D35-D40; D42-D44; D45-D46; D47-D48; D50-D54**), no siendo la encomienda de gestión, como no lo es ninguna de las demás figuras reguladas en el TRLCSP, un mecanismo para suplir deficiencias de plantilla de carácter permanente.

Desde el punto de vista de la planificación de los trabajos, en algunos expedientes se ha observado la celebración de continuas prórrogas y modificaciones de los encargos. Esta circunstancia obedece a una falta de disponibilidad presupuestaria en el comienzo de cada ejercicio (v.gr. **D25-D34**). Esta falta de disponibilidad, derivada generalmente de haber alcanzado los porcentajes límites de compromisos fijados por la LGP y de la recepción de los créditos necesarios a destiempo, ya deriven de generaciones, o de financiación de un servicio presupuestario diferente etc., ha obligado, con objeto de no paralizar los servicios, a refinanciaciones que permitan su continuidad, mediante modificaciones y prórrogas.

#### II.2.2.1.4 MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministerio del Interior es el Departamento que más gasto ha ejecutado mediante encomiendas de gestión en el ámbito y período fiscalizado. En parte de los expedientes de encomienda de gestión fiscalizados correspondientes al Ministerio del Interior se han detectado deficiencias materiales significativas.

Por otro lado, parte de los documentos de formalización del encargo estudiados son un modelo de clausulado de la encomienda de gestión prevista en la LCSP, esto sin embargo no sucede en todos los casos, lo que implica falta de homogeneidad en la tramitación de expedientes de la misma naturaleza por los mismos órganos gestores.

**I1/I2:** Los expedientes I1/I2 contienen la encomienda de gestión del Ministerio del Interior a SEGIPSA para la ejecución de obras en las nuevas comisarías locales de Mérida e Ibiza, firmada el 14 de julio de 2009 con un presupuesto de 14.535.889,45€ y un plazo de ejecución de 15 meses, y sus sucesivas adendas y modificaciones, que minoraron el presupuesto inicial quedando este en 13.124.432,61€ y prolongaron su plazo de ejecución hasta diciembre de 2012.

En la tramitación de esta encomienda no se presentaron ni memoria justificativa del gasto ni memoria económica explicativa del detalle del presupuesto, teniendo en cuenta que se acoge a supuestos excepcionales previstos en el artículo 13.1 y 13.2 del RD Ley 9/2008, de 28 de noviembre de creación del Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL) y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo.

A pesar de ello el acuerdo fue informado favorablemente por la Asesoría jurídica del Ministerio, sin hacer referencia alguna al texto del acuerdo, y por la Intervención mediante un sello de "Intervenido y Conforme" en el documento del acuerdo.

Esta circunstancia es especialmente destacable dado que se trata de una encomienda de gestión que permite eludir el procedimiento ordinario de adjudicación de los trabajos que la integran. Y ello luce claramente de la Estipulación Segunda al disponer que: *"La presente encomienda es **título legitimador suficiente** para que SEGIPSA contrate las correspondientes obras de construcción y cualesquiera otros servicios complementarios o convenientes para el cumplimiento de los trabajos encomendados, actuando en todo caso esta Sociedad Estatal **en nombre y por cuenta** del Ministerio del Interior que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda; todo ello de conformidad a lo establecido en el epígrafe 3 de la disposición adicional Décima de la Ley 33/2003.*

*Las contrataciones que realice SEGIPSA en nombre y por cuenta del Ministerio del Interior se regirán exclusivamente por lo indicado en dicha disposición adicional y se efectuará por SEGIPSA **con libertad de pactos y con sujeción al Derecho Privado**, con la sola excepción de si la obra que SEGIPSA deba concertar para la ejecución de los trabajos encomendados iguale o supere las cantidades fijadas en el artículo 14.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007 de 30 de octubre, o que se fijen por la norma que modifica, en su caso, el importe correspondiente. En dicho caso el contrato se regirá por dicha Ley en lo concerniente a las prescripciones contempladas en el mismo relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación”.*

Esta encomienda cuenta para su financiación con fondos procedentes del Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo creado por RD Ley 9/2008, de 28 de noviembre cuyo artículo 13 establece lo siguiente: *“Procedimiento de urgencia.*

*1. Las obras financiadas con cargo a este Fondo deberán ser de ejecución inmediata y tener un valor estimado inferior a 5.000.000 de euros, y su contratación se tramitará por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 96 de la Ley de Contratos del Sector Público, y con los plazos previstos en el artículo 9.1 del presente Real Decreto-ley.*

*2. Excepcionalmente, y por razones de seguridad, se podrán autorizar obras del Ministerio del Interior por importe que supere el límite establecido en el apartado anterior, sin que en este caso sean de aplicación los referidos plazos previstos en el artículo 9.1.*

*3. A los efectos de lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contratos del Sector Público, los órganos ministeriales competentes podrán realizar encomiendas de gestión a cualquiera de las Sociedades Estatales instrumentales existentes. No será necesaria la autorización previa del Consejo de Ministros cuando dichas encomiendas superen el límite previsto en el artículo 74.5 de la Ley General Presupuestaria.”*

La previsión del artículo 13.3 del RD-Ley contempla la posibilidad de realizar sus fines a través de encomienda de gestión a medios propios, si bien en la presente encomienda lo único que se consigue es orillar el procedimiento de contratación previsto en el RD-Ley, que ya de por sí es sumario puesto que habilita la vía de urgencia para estos proyectos, acudiendo directamente al régimen aplicable a la Sociedades Estatales, esto es, el derecho privado.

La entidad encomendataria SEGIPSA, subcontrató el 94,84% del presupuesto de esta encomienda. Esta sociedad estatal cobra tarifas por ser encargada de tramitar las contrataciones – dichas tarifas van desde un 1% del Presupuesto de Ejecución Material, incluido el beneficio industrial, cuando se trate de trabajos de Coordinación de Seguridad y Salud al 5,80% cuando se trate de Gestión de Construcción de Obras para obras del Ministerio del Interior (Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de febrero de 2009)-, por lo que en el presente caso encareció con su intermediación el procedimiento de contratación, que podría haberse hecho directamente con los verdaderos adjudicatarios finales de los distintos contratos de obras.

Desde el punto de vista formal, la redacción del acuerdo de encomienda no refleja confusión con otras figuras, especialmente la encomienda contemplada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, y en su clausulado queda patente la instrumentalidad del medio propio respecto de la Administración encomendante.

**13:** En este expediente, cuya tramitación no presenta irregularidades significativas, se aprecia sin embargo cierta confusión entre figuras. Así, a pesar de que el Abogado del Estado, ya en marzo de 2008, señala claramente que estamos ante una nuevo tipo de negocio, a lo largo del expediente se trata este mismo como un *“contrato de encomienda de gestión”*.

En cuanto a la ejecución, y sin perjuicio del análisis que posteriormente se hará sobre la subcontratación o contratación del encargo con terceros, en este caso se encomienda a SEGIPSA la Dirección Facultativa de las obras de remodelación del centro policial de la Verneda (Barcelona) con un presupuesto de 750.079,80€ que

resulta de aplicar la tarifa correspondiente (3,48%) al presupuesto de ejecución material de las obras que ascendió a 19.527.559,43€, en el período 2009-2012 (tras la modificación llevada a cabo en virtud de adenda de 28 de septiembre de 2011, encomienda original de 22 abril de 2008). Ello supone el abono de los honorarios de un Arquitecto Director de Obra y un Arquitecto Técnico Director de Ejecución. A pesar de ello SEGIPSA subcontrata el 63,86% del presupuesto de la Asistencia, incrementando de nuevo con su intermediación lo que hubiera sido la contratación de estas dos figuras directamente por el Ministerio del Interior, ello aparte de las garantías que la contratación regulada por la LCSP ofrece en la utilización de los fondos públicos puestos a disposición del Ministerio del Interior.

**I4:** Este expediente contiene el acuerdo de encomienda de gestión entre el Ministerio del Interior y SEGIPSA para la ejecución de 12 proyectos de obras en dependencias policiales a lo largo de todo el territorio nacional. Se firmó el 2 de marzo de 2009 con un presupuesto de 67.282.301,85€ y un plazo de ejecución de 9 meses, quedando el presupuesto, tras las sucesivas modificaciones, minorado a 66.093.264,74€ y el plazo ampliado hasta diciembre de 2010.

Esta encomienda adolece de los mismos defectos hallados en **I1/I2**, no existiendo memoria económica ni justificativa del gasto y siendo el texto del acuerdo idéntico a los anteriores, con la misma Estipulación Segunda, como título "*legitimador*" para que el Ministerio del Interior se sustraiga del régimen de contratación pública que le es aplicable.

En este supuesto el porcentaje de subcontratación por parte de SEGIPSA asciende al 94,60% del importe de la encomienda, habiendo cobrado por su intermediación las tarifas ordinarias, con el consiguiente encarecimiento del conjunto de las obras proyectadas.

**I5:** El 2 de marzo de 2009 el Ministerio del Interior, adoptando forma de Resolución, encarga a TRAGSA la ejecución de 13 proyectos de obras de construcción, rehabilitación y mejora de edificios policiales, financiadas con cargo al Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, creado por RD-Ley 9/2008. Tras sucesivas modificaciones el presupuesto de la encomienda ascendió a 20.148.205,73€ y el plazo de ejecución se prorrogó hasta diciembre de 2011.

Desde el punto de vista formal el texto de la encomienda se ajusta perfectamente a lo que debe ser este tipo de negocio entre la Administración y uno de sus entes instrumentales, tanto en el planteamiento jurídico de la cuestión (artículos 4 y 24.6 de la LCSP ) como en la redacción de las cláusulas sobre modificación, controversias y extinción.

Esta encomienda ya no contempla explícitamente la "*habilitación*" contenida en los expedientes I2, 3 y 4 para evitar el régimen de contratación pública aplicable al Ministerio del Interior. Sin embargo carece de memoria justificativa y de memoria económica, conteniendo únicamente dos anexos expresivos de los proyectos que debían ejecutarse con la indicación global del presupuesto de cada uno de ellos, sin referencia alguna a las tarifas que debe aplicar TRAGSA para la ejecución de estos trabajos.

A pesar de lo anterior fueron informados favorablemente por la Abogacía del Estado y por la Intervención delegada en el Ministerio solamente con un sello y firma, sin que exista un informe con siquiera una observación complementaria. Esto último, sólo se produce por parte de la Intervención delegada en el informe fiscal emitido con motivo del segundo reajuste de anualidades de la encomienda de gestión, que, existiendo y no consistiendo exclusivamente en un sello-firma, señala que "*como observación complementaria, que en ningún caso tiene carácter suspensivo, el expediente debería acompañarse de una memoria individualizada que justificase para cada una de las obras, los motivos que dan lugar al reajuste de los créditos*" (Informe Intervención delegada en el Ministerio del Interior de 1 de junio de 2010). Esta memoria no consta en el expediente.

En cuanto a la ejecución por parte de TRAGSA, esta sociedad ha subcontratado el 55,79% del encargo, a pesar de que según la Disp. Ad. 30ª de la LCSP limita al 50% del importe total del proyecto la posibilidad de contratación con empresarios particulares.



**I6 a I10:** Los expedientes I6 e I8 consisten en la encomienda de gestión encargada por el Ministerio del Interior a SEGIPSA el 25 de abril de 2008 para la *“redacción del anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución (incluyendo estudio de seguridad y salud) de las obras de rehabilitación integral del edificios, aparcamiento subterráneo y urbanización general en el complejo policial de Zapadores, Valencia”*, cuyo presupuesto ascendió a 871.725,23€, ejecutándose en los ejercicios 2008 y 2009.

En cuanto a la ejecución, SEGIPSA, que aplica sus tarifas consistentes en un porcentaje del Presupuesto de Ejecución Material de las Obras - incluyendo el beneficio industrial – ha subcontratado el 64,92% en I6; el 58,50% en I7; el 32,24% en I8; el 84,10% en I9 y el 64,76% en I10 (este expediente se encuentra a la fecha de redacción de este Informe sin finalizar). La conclusión derivada de la actuación de SEGIPSA es la misma que en casos anteriores, habiendo encarecido con su intermediación la contratación de los servicios encargados.

El expediente I7 contiene la encomienda del Ministerio a SEGIPSA de la *“redacción del proyecto básico y proyecto de ejecución (incluyendo estudio de seguridad y salud) de la obras de construcción del edificio multiusos en el complejo policial de Zapadores, Valencia”*, firmada el 1 de junio de 2009, con un presupuesto de 396.600€, a ejecutar en el ejercicio.

El expediente I9 integra la encomienda entre los mismos sujetos para la *“redacción del proyecto básico y proyecto de ejecución de obras de urbanización e infraestructuras generales, rehabilitación exterior del edificio H en el complejo policial de Zapadores, Valencia, Fase 1”*, firmada el 11 de julio de 2010 por un importe de 264.638,72€, a ejecutar en el plazo de 12 meses. E I10 contiene la encomienda de gestión encargada también a SEGIPSA para la *“dirección facultativa de obras de urbanización e infraestructuras generales, rehabilitación exterior del edificio H del complejo policial de Zapadores, Valencia”*, firmada el 24 de agosto de 2011, con un presupuesto de 249.769,96€, debiendo llevarse a acabo durante los ejercicios 2011 a 2013.

Estos expedientes son prácticamente idénticos en su tramitación, careciendo de memoria económica de ningún tipo más que la mera mención del presupuesto total, y de memoria técnica respecto de los trabajos que se van a realizar. Todos ellos presentan un Pliego de Prescripciones Técnicas, parece que a los efectos de hacer las veces de memoria técnica. Este Pliego es en todos los casos idéntico, sin referencia alguna al proyecto en cuestión más que la mención diferente en cada caso del presupuesto del trabajo.

En relación a la ejecución de las obras, TRAGSA subcontrató el 66,56% del importe de las mismas, vulnerando la limitación contenida en la Disp. Ad. 30ª de la LCSP, consignada a su vez en la Cláusula Séptima de la Resolución de Encomienda.

**I12:** Este expediente contiene la encomienda de gestión del Ministerio del Interior a TRAGSA para la *“realización de obras de construcción, adecuación, rehabilitación y mejora de los edificios del Ministerio del Interior descritos en el Anexo I, por los importes que en el mismo Anexo se detallan”*.

El referido Anexo I únicamente contempla lo siguiente:

*“Ejecución de las obras de ampliación y reforma del C.I.E de El Matorral (Las Palmas de Gran Canaria-Fuerte ventura. Canarias) importe: 11.932.725,00€-. Año: 2009*

*Ejecución de las obras para la mejora de las instalaciones del recinto aduanero de EL Tarajal (Ceuta). Importe: 780.000,00€. Año: 2009*

*Ejecución de las obras de remodelación del C.I.E. de la Isleta (Las Palmas de Gran Canaria. Canarias). Importe: 12.340.561,80€. Año: 2009.*

**Total: 25.053.286,80€”**

Esta Resolución encargando la encomienda, firmada el 19 de febrero de 2009, y financiada con cargo al Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la economía y el Empleo creado por RD –Ley 9/2008, como contempla su Cláusula Decimotercera, carece de la más somera memoria justificativa, ni tampoco económica. La Resolución se limita a señalar que el importe se ajusta a las tarifas aprobadas para TRAGSA si bien no existe desglose alguno. No obstante ni la Abogacía del Estado ni la Intervención delegada en el Ministerio emiten opinión sobre la falta de justificación de la encomienda, estampando sin más un sello, esta vez en ambos casos. El sello de la intervención delegada al menos identifica al funcionario y contiene la leyenda “*intervenido y conforme*”, no así el sello de la Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior que se limita a consignar la fecha (20 enero de 2009), sin que conste, en un expediente de gasto de más de 25 millones de euros, informe alguno ni otra documentación más allá del texto de la encomienda.

El 25 de junio de 2009, tan solo cuatro meses desde la firma, se produce la primera de las ocho adendas que modifican la encomienda (éstas sí aportan memoria justificativa y económica sobre la modificación), reduciendo su presupuesto finalmente a 8.444.047,20€, reprogramando su plazo de ejecución hasta diciembre de 2011 e incluyendo actuaciones que no estaban previstas en el texto inicial a lo largo y ancho de todo el territorio nacional (Ávila, Sevilla, León, Granada, Málaga, Madrid, Guipúzcoa, Logroño, Navarra, Huesca, Murcia Alicante y Ceuta). Ello revela la total falta de previsión y planificación al aprobar la encomienda inicial.

**I16:** El expediente I16 se refiere a la encomienda de gestión encargada por el Ministerio del Interior al Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo para la gestión de la actividad de elaboración de lotes higiénicos para los internos en instituciones penitenciarias, mediante la fórmula taller productivo, firmada el 24 de agosto de 2010, por un importe de 4.995.690€.

La administración penitenciaria a través de la actividad de los talleres productivos de los centros penitenciarios gestionados por el OATPPF, realiza una actividad industrial y comercial mediante procesos productivos en los que se obtienen mercancías susceptibles de cubrir necesidades de esa misma administración. La fórmula “*taller productivo*” implica que los internos que voluntariamente prestan esta actividad mantienen con su empleador una relación laboral especial retribuida y garantizada de acuerdo con el RD 782/2001, de 6 de julio.

Esta encomienda hace referencia como norma habilitante en el apartado Noveno de su Expositivo al artículo 15 de la Ley 30/1992, cuando realmente se trata de un suministro incluido en las relaciones de encomienda de gestión de objeto contractual reguladas por los artículos 4 y 24.6 de la LCSP.

**I17:** El expediente I17 contiene la encomienda de gestión encargada por el Ministerio del Interior a ISDEFE “*para la realización de actividades de asistencia técnica en materia de gestión del patrimonio inmobiliario e infraestructuras de la seguridad del Estado*” firmada el 3 de enero de 2011 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013.

El expediente cuenta con las correspondientes memorias justificativa y económica, aparte de un detalle desglosado de la aplicación de las tarifas de ISDEFE.

Sin embargo, desde el punto de vista formal, esta encomienda adopta la forma de acuerdo entre el Secretario de Estado de Seguridad y el Consejero Delegado de ISDEFE, y al contrario de lo que es habitual en las resoluciones de encomiendas del Ministerio del Interior- cuyas características formales reflejan a la perfección la subordinación e instrumentalidad de la relación jurídica existente entre el encomendante (Ministerio) y la entidad encomendaria (medio propio) - el presente acuerdo utiliza la dialéctica propia del contrato y asimismo contiene mención al artículo 15 de la Ley 30/1992, confundiendo ambas figuras de encomienda.

En este caso, lo acabado de señalar es puesto de manifiesto, como observación complementaria, por el informe fiscal emitido por la Intervención delegada en el Ministerio, señalando la incoherencia que supone que la posibles prórrogas se establezcan por mutuo acuerdo de las partes, y más aun que el acuerdo pueda

extinguirse por mutuo acuerdo o por incumplimiento de la encomendaria apreciado por la comisión mixta de seguimiento (Cláusula Cuarta).

Esta circunstancia formal revela que no existe una instrucción homogénea para la formalización de las encomiendas de gestión en el ámbito del Ministerio del Interior.

**I18 a 21:** Los referidos expedientes contienen encomiendas de gestión encargadas por el Ministerio del Interior a la FNMT-RCM para la elaboración del DNI electrónico, de documentos oficiales de identificación y viaje, así como para la fabricación de tarjetas de licencia de armas.

No se han detectado irregularidades en la tramitación de los mismos.

No obstante desde el punto de vista formal, la encomienda adopta la forma de acuerdo entre las partes pero en su clausulado no queda patente el carácter subordinado de la entidad encomendaria, especialmente en las cláusulas relativa a la modificación, prórrogas y extinción, que podrán producirse por mutuo acuerdo entre las partes o por incumplimiento de sus obligaciones.

Esta circunstancia formal revela, como ya se ha señalado, que no existe una instrucción homogénea para la formalización de las encomiendas de gestión en el ámbito del Ministerio del Interior.

#### II.2.2.1.5 MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

**E1 a 3:** Los referidos expedientes contienen las encomiendas de gestión del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en su momento Subsecretaría de Cultura dependiente del Ministerio de Cultura) formalizadas durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011 con SEGITTUR para el desarrollo del portal de turismo cultural, por importe de 5.987.870,80€; 1.773.000€ y 1.250.000€ respectivamente.

No existen incidencias en cuanto a la tramitación de estos expedientes, si bien la totalidad de los pagos se hizo anticipadamente, aunque garantizados al 100% por exigencia de los respectivos acuerdos.

El principio del servicio hecho es una exigencia consagrada en la LGP cuya excepción debe ser tasada y no la regla general. Asimismo, de cara al futuro, debe tenerse presente que la modificación efectuada por Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, Ley 17/2012, de 27 de diciembre modifica el artículo 21 de la LGP incluyendo un nuevo apartado con el siguiente tenor: ***“3. En el ámbito de la Hacienda Pública estatal, no podrá efectuarse el desembolso anticipado de las aportaciones comprometidas en virtud de convenios de colaboración y encomiendas de gestión con carácter previo a la ejecución y justificación de las prestaciones previstas en los mismos, sin perjuicio de lo que puedan establecer las disposiciones especiales con rango de Ley que puedan resultar aplicables en cada caso.*”**

*No obstante lo anterior, el acreedor de la Administración, en los términos que se determinen en el convenio de colaboración o encomienda de gestión, podrá tener derecho a percibir un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar la actuaciones financiadas hasta un **límite máximo del 10 por ciento de la cantidad total a percibir**. En tal caso, se deberán asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía salvo cuando el acreedor de la Administración sea una entidad del sector público estatal o la normativa reguladora del gasto de que se trate establezca lo contrario.”*

**E7:** El expediente E7 contiene el acuerdo de encomienda de gestión entre el Ministerio de Educación y Red.es, firmado el 15 de abril de 2010 para la realización de tareas relacionadas con el programa Escuela 2.0 en Ceuta y Melilla, por importe de 1.225.90€.

Desde el punto de vista formal las Cláusulas Decimocuarta y Decimosexta relativas a la resolución de controversias y resolución de la encomienda, al contemplar del mutuo acuerdo no dejan clara la relación de instrumentalidad de la encomendaria respecto del Ministerio encomendante.

Por su parte la Cláusula Decimoquinta relativa a la duración prevé la prórroga automática de la encomienda, cuando a juicio de este Tribunal debería exigirse que Esta fuera expresa y siempre que así lo decida el encomendante.

La Cláusula Duodécima señala que el pago se hará anticipadamente, exigiendo aval por la totalidad, por lo que procede señalar lo mismo que en el caso anterior respecto de la modificación de los pagos anticipados y a justificar derivados de encomiendas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

Y finalmente en cuanto a la ejecución, se aprecia que Red.es únicamente se ocupa de la gestión de este suministro de equipos informáticos y servicios de apoyo, ya que contrata con terceros el 95,62% del importe total de la encomienda, predicándose lo ya dicho hasta el momento sobre esta circunstancia. Esta posibilidad de “subcontratación” total aparece asimismo contemplada en el clausulado de la encomienda (Cláusula Décima: Subcontratación y Anexo I)

**E8:** Este expediente se refiere a la encomienda de gestión encargada por el Ministerio de Educación a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo para la realización de actividades de verano para la formación permanente del profesorado que ejerce en niveles anteriores al universitario, ejercicio 2011, por importe de 726.000€.

Como incidencias de tramitación, esta encomienda no fue sometida a intervención previa en su debido momento por lo que la Intervención elevó reparo y finalmente el acto fue convalidado por el Consejo de Ministros, entendiendo la Intervención General que de haber sido sometida en su debido momento el informe fiscal hubiera sido favorable.

**E9:** El expediente E9 contiene la encomienda de gestión encargada por el Ministerio de Educación, a TRAGSA para el desmontaje y reforma de las instalaciones del edificio Merrimack II en la calle Ramírez de Arellano, 29 de Madrid, correspondientes a las dos últimas plantas del edificio (ocupadas por el Ministerio de Educación), firmada el 25 de junio de 2012, con un presupuesto de 359.907,84€.

Esta encomienda trae causa del alquiler del mencionado edificio por parte del extinto Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN) formalizado el 13 de noviembre de 2008. La Cláusula Cuarta preveía una duración de 5 años, con una renta anual de 2.141.733€ anuales revisables de acuerdo con el IPC, siendo obligatorios para el arrendatario (la Administración) los 3 primeros años (hasta el 31 de diciembre de 2012 ya que la fecha de entrada en vigor prevista era el 1 de enero de 2009), pudiendo a partir de ese momento resolver el contrato con un preaviso de 9 meses.

El 30 de diciembre de 2009, tras la reestructuración ministerial operada por el RD 542/2009, de 7 de abril, se firma la primera adenda al contrato de arrendamiento en el que se incluye como parte arrendataria al OAPEE y al Ministerio de Educación. La Estipulación Primera de dicha adenda modifica la Cláusula Cuarta, párrafo 1º, haciendo obligatorios para el arrendatario los 5 años de duración del contrato (esto es ampliando esta obligatoriedad a dos años respecto de lo pactado inicialmente).

El 1 de mayo de 2011 se firma una segunda adenda al contrato de arrendamiento relativa a la ocupación por el MICINN de espacios adscritos al OAPEE.

El 29 de mayo de 2012, tras la supresión del MICINN en virtud del RD 1823/2011, de 21 de diciembre, y su integración en el Ministerio de Economía y Competitividad, se firma una nueva modificación del contrato dando nueva redacción a la Cláusula Cuarta, cuarto párrafo, en el que modifica el método de cálculo de la

indemnización por resolución anticipada del mismo a fin de obtener una rebaja en la cantidad a satisfacer por el arrendatario<sup>6</sup>.

Tras ello el Consejo de Ministros acuerda la resolución anticipada, el 22 de junio de 2012 con una indemnización al arrendador de 603.643,68€.

Puede apreciarse por tanto que la 1ª adenda al contrato, prolongando la obligatoriedad del mismo para la Administración, no sólo era innecesaria ya que restaba libertad al arrendatario para decidir sobre sus necesidades, tal como había pactado inicialmente, sino que además fue costosa para la Administración pues originó la necesidad de resolver anticipadamente el contrato de arrendamiento.

Continuando con las vicisitudes derivadas de este contrato, una vez acabado el mismo, surge la necesidad de dejar las instalaciones en el mismo estado en que se recibieron, tal como ya estipulaba la Cláusula Séptima del contrato.

Las obras de instalación del MICINN en el referido edificio Merrimack II, encargadas a TRAGSA (Fase 1: obra civil e instalaciones; Fase 2: arquitectura interior y suministro montaje e instalación de implantación de suelos técnicos mamparas mobiliario y equipamiento) mediante encomiendas de gestión de fechas 26 diciembre de 2008, 29 de diciembre de 2008 y 31 de julio de 2009, tuvieron un coste total de 5.447.000€.

El desmontaje de dicha instalación, encargado a TRAGSA en virtud de dos encomiendas de gestión de 25 de junio de 2012, una del Ministerio de Educación y otra del Ministerio de Economía y Competitividad, ascendió a 1.008.248,87€ (359.907,84€ + 648.341,03€). En la parte correspondiente al Ministerio de Educación, TRAGSA contrató con terceros el 79,89% del encargo, lo que vulnera los límites de la DA 30ª de la LCSP.

La gestión de la puesta en marcha de las instalaciones administrativas del MICINN revela una imprevisión altamente costosa para las arcas públicas, teniendo en cuenta que realizar obras por valor de casi cinco millones y medio de euros en un edificio alquilado que debe ser devuelto en las mismas condiciones en que se encontró, supone no sólo una inversión ineficiente sino originadora de más gastos para su restitución al estado original, otro millón de euros más. Ello, a la luz de los acontecimientos, implicó unos gastos de más de 7 millones de euros (sin tener en cuenta el alquiler del edificio) en instalar y desinstalar unas oficinas administrativas que se han usado durante tres años y medio.

#### II.2.2.1.6 MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

**P2:** Este expediente no presenta irregularidades en cuanto a su tramitación administrativa, sin embargo debe ponerse de manifiesto que TRAGSA, entidad encomendaria, contrató con terceros la ejecución de este encargo en un 96,14%, lo que no sólo vulnera los límites determinados por la DA 30ª de la LCSP si no que ello supone un reflejo de que la entidad actuó como mera intermediadora del Ministerio para contratación en régimen de derecho privado de los servicios de apoyo a la realización de la Asamblea parlamentaria de la UE-África, Caribe y Pacífico con motivo de la presidencia española de la UE.

**P3:** El expediente P3 contiene la encomienda de gestión entre el Ministerio de Presidencia (Secretaría de Estado de Función Pública, en su momento dependiente del Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas) e ISDEFE para la *“asistencia a la calidad y gestión de proyectos de administración electrónica”* firmado el 10 de diciembre de 2010 por un importe de 809.946,81€.

---

<sup>6</sup> Párrafo modificado en virtud de alegaciones.

Desde el punto de vista formal, la encomienda adopta la forma de acuerdo entre las partes, haciendo referencia como régimen jurídico aplicable a las disposiciones contenidas en los artículos 4 y 24.6 de la LCSP, pero en su clausulado no queda patente el carácter subordinado de la entidad encomendaria, especialmente en las cláusulas relativas a la modificación, prórrogas y extinción, que podrán producirse por mutuo acuerdo entre las partes o por incumplimiento de sus obligaciones.

## II.2.2.2 ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS

### II.2.2.2.1 AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

**AECID1:** El 19 de noviembre de 2009 se firma el acuerdo de encomienda de gestión entre la AECID y TRAGSA para la ejecución de obras instalaciones y equipamientos del componente medioambiental del proyecto “*Desarrollo integral del barrio de Acahualinca, Managua*” en Nicaragua.

Dicha encomienda tiene una duración de dos años (2009-2010) posteriormente prorrogada hasta 31 de diciembre de 2011 y un presupuesto de 17.028.273,60€. Este presupuesto, si bien debidamente desglosado, no parece referido a las tarifas aplicables a la sociedad estatal TRAGSA, lo cual es acorde con el artículo 4 del RD371/1999, de 5 de marzo por el que se regula el régimen de TRAGSA vigente en el momento de la firma del acuerdo de encomienda y actualmente sustituido por el RD 1072/2010, de 5 de agosto, en la medida en que no existiendo tarifas aprobadas para las unidades encargadas se aprueban unas nuevas tarifas con validez para la actuación concreta a que se refiere el encargo.

Procede subrayar que si bien no se han detectado irregularidades en la tramitación del expediente, contando con los informes y autorizaciones pertinentes, el total importe de la encomienda tiene la consideración, a los efectos de pago, de “anticipo a justificar”. El riesgo que genera la circunstancia descrita viene paliado al exigir la cláusula 5ª del acuerdo de encomienda, que la sociedad garantice mediante aval el anticipo contemplado.

Al igual que en casos anteriores, debe tenerse presente la modificación efectuada por Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, Ley 17/2012, de 27 de diciembre modifica el artículo 21 de la LGP incluyendo un nuevo apartado 3, que limita la posibilidad de pagos anticipados y a justificar.

**AECID2 a 4:** Estos expedientes son una continuación del *Programa de Reconstrucción y Desarrollo para la Provincia de Badghis (Afganistán)* iniciado en el año 2006, consistente en un subvención en especie canalizada a través de encomiendas de gestión encargadas a TRAGSA, para el desarrollo de actuaciones dirigidas a la mejora de áreas como las infraestructuras de desarrollo rural, salud pública, agua, saneamiento e irrigación, educación desarrollo de tejido económico comunitario, programas de género, o programas de gobernabilidad local entre otros.

Las encomiendas AECID2 y 3, incluyendo sus modificaciones ascienden a un total de 12.000.000€ en el ejercicio 2008 y 10.000.000€ en el 2009.

En lo relativo a su tramitación, no consta en el expediente que se haya emitido informe de la asesoría jurídica de la AECID.

En cuanto al presupuesto, al igual que en otras actuaciones similares de TRAGSA para la AECID en materia de cooperación internacional, no están referidos a tarifas aunque sí debidamente desglosados de acuerdo con el artículo 4.4 del RD 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen de TRAGSA.

Sin embargo en estos dos expedientes el presupuesto incluye unos márgenes del 8% y del 4% para TRAGSA, que ascienden a un total de 1.316.239,32€ en 2008; y a 1.206.552,71€ en 2009, cobrados por la empresa pública. Estos márgenes responden según la sociedad a gastos originados por la contratación en el exterior derivados del riesgo país, riesgo fiscal, riesgo financiero, riesgo de retrasos derivados de subcontratistas así

como al incremento de los costes de estructura. Estas previsiones son, en principio razonables, pero debería exigirse justificación de su liquidación real dado que la Disp. Ad. 30ª de la LCSP exige que TRAGSA facture a la Administración sólo costes reales.

**AECID5:** El 7 de julio de 2010 la AECID firma con TRAGSA un acuerdo de encomienda de gestión para la ejecución del Proyecto *“Creación de riqueza y soberanía alimentaria en la región de Sikasso mediante el desarrollo de los mercados locales y de la capacidad de transformación local del anacardo”* derivado de la Subvención de Estado concedida al Gobierno de la República de Malí.

Dicha encomienda tiene una duración de 5 años (2010-2014) y un presupuesto de 7.252.435€, que coincide con el importe de la subvención ya que TRAGSA es la encargada de canalizarla (el texto de concesión de la subvención la denomina subvención en especie ya que el importe de la misma lo recibe TRAGSA quien será la encargada de ejecutar los trabajos, siendo estos recibidos por el Gobierno de la República de Malí).

Dicho presupuesto, si bien debidamente desglosado, no parece referido a las tarifas aplicables a la sociedad estatal TRAGSA, lo cual es acorde con el artículo 4. Del RD371/1999, de 5 de marzo por el que se regula el régimen de la TRAGSA vigente en el momento de la firma del acuerdo de encomienda y actualmente sustituido por el RD 1072/2010, de 5 de agosto.

Durante el período fiscalizado (2010-2012) se efectuaron pagos por importe de 3.131.424€ de los cuales 2.324.345€ utilizaron el método extraordinario del pago a justificar. Si bien las particularidades de la ayuda en el exterior determinan la necesidad de acudir al pago a justificar, debe recordarse que éste supone una excepción al principio de servicio hecho consagrado por la legislación presupuestaria. Al igual que en casos anteriores, debe tenerse presente la modificación efectuada por Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, Ley 17/2012, de 27 de diciembre modifica el artículo 21 de la LGP incluyendo un nuevo apartado 3, que limita la posibilidad de pagos anticipados y a justificar.

Desde el punto de vista formal, todos los expedientes de encomienda de gestión de la AECID adoptaron forma de acuerdo entre las partes, no quedando patente en su clausulado el carácter subordinado de la entidad encomendaria, especialmente en las cláusulas relativa a la modificación, prórrogas y extinción.

#### **II.2.2.2.2 INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL “ESTEBAN TERRADAS”**

En los expedientes seleccionados la entidad encomendaria fue INSA (en la actualidad fusionada con ISDEFE). En ninguno de ellos se desglosan los presupuestos de acuerdo con las tarifas aplicables a INSA que como medio propio de acuerdo con el art. 24.6 de la LCSP, debían aplicarse a las encomiendas que le fueran encargadas.

Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por la Asesoría jurídica del Organismo así como por la Intervención delegada en el mismo, como luce en sendos informes de 29 de diciembre de 2010 (**INTA5, 7, 8 y 9**)

Por otra parte, en el plano formal, la redacción de todos los acuerdos de encomienda de gestión fiscalizados no refleja la posición de subordinación e instrumentalidad de la extinta INSA respecto del INTA, previendo el *“mutuo acuerdo entre la partes”* como causa de extinción o prórroga así como criterio para la interpretación del acuerdo.

#### **II.2.2.2.3 INSTITUTO NACIONAL DE LAS ARTES ESCÉNICAS Y DE LA MÚSICA**

El Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música ha remitido relación certificada dando cuenta de la celebración durante el periodo 2008 - 2012 de 553 expedientes de encomienda de gestión por un importe total de 1.276.441,84€.

La revisión de una muestra de ellos reveló que estos expedientes no son propiamente encomiendas de gestión sino actos de ejecución derivados del Convenio que el INAEM mantiene con el BOE en ejecución del Plan General de Publicaciones Oficiales, para las publicaciones de sus trabajos, por lo que no han seguido la tramitación propia de la encomiendas de gestión a pesar de que se han calificado como tales.

### II.3 RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA ENCOMIENDA

Como ya se ha señalado al inicio de este Informe, el régimen económico de la encomienda de gestión es un aspecto sustancial en relación con esta figura ya que supone el *leitmotiv* de la misma, parte sustancial de la causa del negocio, esto es, con carácter general, debe acudir a la encomienda de gestión cuando la utilización de este medio es más eficiente, aunando eficacia y economía, para la Administración.

#### II.3.1 RÉGIMEN LEGAL DEL SISTEMA DE TARIFAS

Falta en el TRLCSP una regulación general de la retribución por la realización de los encargos, aspecto nuclear del régimen de las encomiendas. La única previsión al respecto es la referente a que la retribución se hará mediante tarifas

Del análisis de los expedientes fiscalizados puede concluirse que sistemáticamente el sistema de retribución adoptado, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, es el de tarifas, teniendo carácter residual la aplicación de otro sistema distinto, que se limita a supuestos en que se carezca de tarifas aprobadas. En todo caso, la sustitución de la tarifa por otro medio de retribución debe estar contemplada en el régimen de la encomienda, pues no es facultad del encomendante prescindir de las tarifas, cuando estuvieran fijadas previamente.

Por otra parte, en ninguna de las disposiciones reguladoras de las tarifas analizadas, se formula un concepto o definición de “tarifa”, sino que se asume pacíficamente el consagrado en el ámbito contractual y que el propio TRLCSP emplea para hacer referencia a los precios a satisfacer por los usuarios de las concesiones de obras o servicios. La tarifa es el importe que se satisface por “*unidad productiva*” o por “*unidad producida*” por el órgano contratante o por el usuario.

Otro de los aspectos sustanciales del régimen tarifario es el de quién debe aprobar las tarifas. Frecuentemente se disocia la dependencia funcional en la ejecución del encargo, que siempre habrá de ejecutarse conforme a las instrucciones del órgano de contratación que representa a la entidad encomendante, y la genérica dependencia administrativa o societaria, respecto del órgano de adscripción o de tutela, que puede ser una entidad u órgano distinto del poder adjudicador encomendante. Del tenor del segundo párrafo del art. 24.6 LCSP parece desprenderse que la fijación de tarifas no es competencia que se atribuya a la entidad encomendante, en su condición de tal, sino a la “*entidad de la que dependen*” los entes encomendatarios. Por otra parte, atendiendo a la condición meramente instrumental del medio propio, de la Jurisprudencia comunitaria se deduce que entre una entidad encomendante y su medio propio debe existir un control efectivo que garantice una unidad de decisión y que, cuando un medio propio sirva a varias entidades, el control efectivo sobre el medio propio debe ejercerse conjuntamente por todas ellas.

En el caso de las empresas públicas las tarifas son aprobadas por el Departamento al que corresponde su tutela funcional o por la SEPI, en el caso de las sociedades cuyo capital corresponde en su integridad a dicha entidad o de las fundaciones constituidas con aportación íntegra de la misma. En este caso la competencia claramente se atribuye a un órgano distinto del poder adjudicador encomendante.

Como incidencias destacables en este ámbito se encuentran la aprobación de las tarifas del BOE, INTECO y de la FNMT-RCM.

En la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado la fijación de tarifas se atribuye al propio organismo, concretamente al Consejo Rector, a propuesta de su Director (artículo 10.1.c) del RD 1495/2007, de 12 de



noviembre) lo que no se ajusta a la previsión del artículo 24.6 LCSP de que se fijen por la entidad pública de la que dependan, que en este caso sería el Ministerio de la Presidencia (artículo 5.1 del RD1495/2007).

En INTECO se producía la misma situación. La aprobación de tarifas se realizaba por el Director General de la sociedad. Si bien a partir del ejercicio 2012 se aplican las tarifas de la entidad pública empresarial Red.es, tenedora de las acciones de INTECO, que son aprobadas por el Ministerio de Industria (Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información).

El más impreciso y confuso entre los organismos públicos es el criterio seguido respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, cuyas tarifas, según el artículo 3.2 de sus Estatutos, corresponde aprobarlas a la *“Subsecretaría de Economía y Hacienda (actualmente de Hacienda) en cuanto órgano directivo de adscripción de la entidades con competencias para fijar las condiciones y tarifas correspondientes”* (a las encomiendas). Sin embargo su artículo 30 dispone que: *“cuando actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, se atenderá a las tarifas aprobadas por la administración o poder adjudicador encomendante,(...)”*. Por tanto según este precepto, como así interpreta la propia entidad, está obligada a la tarifa que le fije el poder adjudicador correspondiente. En este punto el artículo 3 y el 30 de los Estatutos de la FNMT-RCM parecen incompatibles entre sí y desde luego, este último es contrario a lo prescrito en cuanto a la aprobación de tarifas en el artículo 24.6 de la LCSP. Esta discrepancia se resuelve en la práctica mediante la aprobación, meramente formal, por la Subsecretaría de Economía y Hacienda (durante el período fiscalizado) de las tarifas propuesta por cada poder adjudicador encomendante para cada caso concreto (entre otros, Agencia Estatal de Seguridad Aérea, Instituto Cervantes, EPE Loterías y Apuestas del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Ministerio de fomento, Ministerio de Medioambiente y Medio rural y Marino, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Ministerio del Interior, Ministerio de Economía y Hacienda, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado o Mutualidad General Judicial).

No se han remitido a este Tribunal las tarifas correspondientes a la UIMP.

### II.3.2 CRITERIOS PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA

No existen disposiciones legales de aplicación general sobre esta materia.

Como punto de partida resulta obligado considerar la regulación relativa a TRAGSA, contenida en la DA 30ª LCSP, actual DA 25ª del TRLCSP, que establece una regulación de las tarifas aplicables en los encargos a esta empresa en los siguientes términos:

*“El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los **costes reales de realización** y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.*

*La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente”.*

En los mismos términos se pronuncia la DA 10ª de la LPAP en relación a SEGIPSA: *“4. El importe a pagar por los trabajos, servicios, estudios, proyectos y demás actuaciones realizadas por medio de SEGIPSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por resolución del Subsecretario de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los **costes reales de realización**. La compensación que proceda en los casos en los que no exista tarifa se establecerá, asimismo, por resolución del Subsecretario de Hacienda y Administraciones Públicas. “*

Los preceptos reproducidos, pese a que sólo son de aplicación directa a TRAGSA y a SEGIPSA, se han tomado como referencia en la regulación de la retribución de otros entes instrumentales, como luce de los estatutos antes reproducidos, a los que se ha conferido la condición de medio propio.

En relación con las empresas y fundaciones del sector público, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad, apela, en su apartado cuatro, a los costes directos, indirectos así como a márgenes razonables para imprevistos pero añade también el concepto de **“margen de rentabilidad”** sin definirlo ni determinarlo:

*“1. La retribución abonable a la sociedad por razón de la encomienda se fijará aplicando las tarifas previamente aprobadas por el Departamento al que corresponda su tutela funcional o, si ningún Ministerio tiene atribuida esa tutela, por la Subsecretaría de Economía y Hacienda, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado en ambos casos. De no existir una tarifa aplicable a una encomienda específica, la retribución de la misma se fijará por el mismo procedimiento.*

*2. En el caso de las sociedades y de las fundaciones a que se refiere el apartado segundo de este Acuerdo la retribución se fijará por SEPI.*

*3. La tarifa o la retribución de la encomienda deberán cubrir el valor de las prestaciones encargadas, teniendo en cuenta para su cálculo los **costes directos y los indirectos, y márgenes razonables, acordes con el importe de aquellas prestaciones, para atender desviaciones e imprevistos y de rentabilidad.** Estos márgenes figurarán como partida independiente del resto de la tarifa”.*

Y como caso particular destaca la FNMT-RCM cuyo Estatuto dispone en su artículo 30 que: *“La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, cuando actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, se atenderá a las tarifas aprobadas por la administración o poder adjudicador encomendante, teniendo en cuenta la equiparación entre el **coste del producto o servicio** y el precio a repercutir, el cual comprenderá necesariamente un **porcentaje de beneficio industrial**, que podrá oscilar en función de los volúmenes contratados u otras circunstancias objetivamente atendibles de acuerdo con los mercados correspondientes, **quedando excluidas, en todo caso, cualesquiera partidas que pudieran tener la consideración de ayuda pública”.***

Esta entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1b) de la LOFAGE, cuya financiación, como recoge el artículo 30.1 de sus Estatutos, es la que resulta de su consideración como organización pública empresarial, prevé a modo de compensación para la inclusión de beneficio industrial en sus tarifas, la detracción de aquellas partidas que puedan tener la consideración de ayuda pública.

Esta circunstancia parece de difícil integración dado que el hecho en sí de incluir beneficio industrial en la tarifa puede ser considerado como una ayuda pública para una entidad que actúa en el mercado.<sup>7</sup>

Los criterios por tanto que se utilizan para la aprobación de las tarifas que retribuyen las encomiendas de gestión analizadas en el presente Proyecto de Informe pueden agruparse del modo siguiente:

- Costes reales de realización (TRAGSA, SEGIPSA, BOE, OATPFE, SEGITTUR).

---

<sup>7</sup> Deben tenerse en cuenta a la hora de valorar las retribuciones a percibir por los medios propios en calidad de encomendatarios de la Administración, las cautelas contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia *“Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”* (julio 2013).

- Costes directos e indirectos más márgenes para atender desviaciones e imprevistos (ISDEFE, INSA, INTECO, RED.es).
- Costes directos e indirectos más márgenes para atender desviaciones e imprevistos y márgenes de rentabilidad (Acuerdo Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008).
- Coste de del producto o servicio más porcentaje de beneficio industrial detraídas ayudas públicas (FNMT-RCM).

Haciendo una interpretación integradora de los preceptos del TRLCSP de acuerdo con su artículo 4.2 y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una relación interna, derivada de una operación no de mercado, este Tribunal entiende que la fijación de las tarifas debería hacerse atendiendo a los costes de realización del encargo, pudiendo estos contemplar márgenes para atender a desviaciones o imprevistos pero debiendo estos liquidarse, justificando así que efectivamente dichas desviaciones e imprevistos se han producido.

Sin embargo, haciendo un análisis de la necesidad de existencia del medio propio, no es suficiente con que las tarifas consistan en costes reales si estos costes de producción superasen los costes de mercado, por ineficiencia del medio propio. Así pues con el parámetro “costes reales” se fija un límite máximo que deberá ser igual o inferior al valor de mercado, pero no superior, dado que en este caso estaríamos ante una gestión ineficiente y el recurso al ente instrumental como medio para proveer a la Administración de bienes y servicios no estaría justificado, suponiendo además una restricción a la competencia carente de motivo.

Los márgenes de rentabilidad no entran dentro de la lógica y la coherencia jurídico-económica de la encomienda de gestión ya que las entidades encomendatarias se financian con fondos públicos, con lo que no asumen el riesgo del empresario particular, y actúan en las relaciones con su matriz como si de un órgano técnico jurídico se tratase, desplegando su personalidad jurídica únicamente en sus relaciones con terceros pero en cambio, internamente, “actúan casi como un órgano del ente público del que dependen”, en especial, desde el punto de vista de su régimen económico-financiero (STS 12 junio de 2004, ATC 254/2006, de 4 de julio).

Asimismo, no debe desatenderse la circunstancia de que ese exceso de financiación sobre los costes reales puede ser considerado como ayuda pública, sobre todo en el caso de las entidades que actúan en el mercado, siendo dicha financiación susceptible de ser considerada como perturbadora de la competencia<sup>8</sup>.

### II.3.3 INCIDENCIAS PARTICULARES

En el análisis de los distintos regímenes económicos que se han aplicado a las encomiendas de gestión objeto de la presente fiscalización destacan las siguientes particularidades.

Tan sólo el Ministerio de Defensa cuenta con una unidad específicamente dedicada al análisis y la evaluación de costes, el Grupo de Evaluación de Costes, dependiente de la Subdirección General de Contratación, que realiza un estudio de los costes de los servicios encomendados por el Ministerio a sus entidades dependientes (ISDEFE e INTA), de modo que estos funcionan como estudios de mercado de cara a la fijación de tarifas.

---

<sup>8</sup> En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), de 20 de diciembre de 2011, se hace ya referencia concreta a esta cuestión exigiéndose “*que la persona jurídica controlada no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores*” (artículo 11.3 d)).

En el resto de Ministerios analizados no existen estudios de mercado que avalen el recurso a la encomienda de gestión como opción económica más ventajosa. Este ejercicio de comparación de precios únicamente fue llevado a cabo por el Ministerio de Justicia en las encomiendas de gestión encargadas a ISDEFE relativas al Plan de Modernización de la Administración de Justicia y del Registro civil, en el que se hace una comparación de precios del servicio que se encarga, siendo las tarifas aprobadas por el Ministerio de Defensa para ISDEFE las más económicas. Asimismo, la EPE Red.es ha remitido a este Tribunal un estudio comparativo de costes (incluyendo costes indirectos) en el que se encuentra por debajo de la media del mercado.

Gran parte de las tarifas analizadas incluyen márgenes cuya justificación no aparece claramente detallada ni fundamentada en estudios de mercado.

Así es el caso de TRAGSA en la ejecución de encomiendas de gestión en el ámbito de cooperación internacional expedientes **AECID2, 3 y 4**, en los que, no estando estos presupuestos valorados mediante tarifas, se añaden márgenes del 12% para imprevistos, cuya liquidación posterior no tiene lugar.

Por su parte SEGIPSA, cuyo objeto social ha sido estudiado anteriormente, tiene aprobadas tarifas para parte de su amplio elenco de actividades, pero dada la excesiva amplitud de su objeto social utiliza habitualmente el sistema de aprobar (por la Subsecretaría de Hacienda) tarifas particulares (*v.gr.* para la fundición fabricación y enajenación de lingotes de oro y plata) para cada encomienda en concreto (un total de 131 en el período comprendido entre 2007 y 2012), cuando estos encargos no están incluidos en las actividades para las que hay aprobada tarifa (Resoluciones de 21 de marzo de 2000, 12 de febrero de 2001, 6 de marzo de 2008, 22 de abril de 2008, 20 marzo de 2009, 28 de junio de 2010, 27 de diciembre de 2010).

Del análisis de una muestra de tarifas particulares aprobadas para cada encomienda resulta que SEGIPSA ya incluye para el cálculo de sus tarifas, dentro de los costes directos, una partida destinada a "*imprevistos*", con lo que este margen aparece dentro de los costes de realización. En las tarifas que se establecen por referencia al Presupuesto de Ejecución Material de obras (un porcentaje del mismo) se especifica expresamente que éste incluye el beneficio industrial con lo que el porcentaje que retribuye a SEGIPSA incorpora parte de ese beneficio (como sucede en **I6 a I10**). En otros casos las tarifas aprobadas incluyen directamente como costes externos, además de viajes, material de oficina, teléfono, mensajería, seguridad, suministros e imprevistos, el coste de la actividad subcontratada que en ocasiones alcanza un alto porcentaje del importe de la encomienda, quedando éste integrado en su práctica totalidad por costes externos y costes estructurales (que la entidad estipula con un precio fijo por hora de trabajo interno).

En las tarifas del BOE se contempla la posibilidad de incluir un incremento del 20% cuando se trate de trabajos que requieran un consumo extraordinario de medios o impliquen una modificación de la planificación de los trabajos encargados.

Por su parte la Resolución que de la Dirección General de Asuntos Económicos que para el ejercicio 2013 aprueba las tarifas para ISDEFE incluye para el cálculo de la tarifa /hora /base un porcentaje de un 8% como margen para atender desviaciones e imprevistos. .

Este Tribunal considera que los márgenes para atender circunstancias extraordinarias deben poder ser justificados en cada caso y liquidados, no aplicándose automáticamente, siempre que ello fuera posible.

La Resolución de aprobación de tarifas de la entidad P4R (Expansión Exterior) no contiene los criterios que integran la composición de las mismas, fijándose estas a través de un porcentaje sobre el importe de los proyectos de inversión financiados por el FAD según el tipo de actividad (dichos porcentajes oscilan entre el 1,5 y el 19 % sobre el total) (**AEC1 y 2**). En el único supuesto en que se desglosa la tarifa (para la actividad "identificación de proyectos") ésta está compuesta por los costes directos e indirectos más un margen del 9,5%. No se explicita si éste margen es de rentabilidad o para atender imprevistos y desviaciones. Aun cuando el supuesto no es idéntico, procede realizar la misma recomendación que en los supuestos

anteriores, siendo además aconsejable que se expliciten los criterios que se utilizan en la determinación de las tarifas en las Resoluciones de aprobación de las mismas.

Y finalmente se ha observado que en ocasiones las tarifas incluyen para los trabajos subcontratados, esto es, contratados por la entidad encomendaria con terceros, el incremento de un porcentaje sobre el presupuesto de los mismos para atender gastos de gestión (*v.gr.* BOE e ISDEFE), además de los costes indirectos que incluyen las propias tarifas,- siendo estos determinados a través de un porcentaje sobre la tarifa (como es el caso de Red.es) o de una cantidad fija sumada en proporción a los costes de personal interno (en el caso de SEGIPSA)-. En los supuestos en que gran parte de los bienes o servicios deban aportarse por terceros a los trabajos que integran la encomienda, debería valorarse la conveniencia económica de que dichos trabajos fueran contratados directamente por la entidad encomendante cuando consistan en una cuantía significativa respecto del total del presupuesto de la encomienda de gestión, a fin de no utilizar dicha figura como un medio para eludir la normativa sobre contratación pública que obliga a la entidad encomendante. La economicidad de esta solución es clave para evitar que los presupuestos de los encargos consistan en añadir al presupuesto de los trabajos subcontratados el porcentaje de intermediación.

#### II.3.4 APLICACIÓN DEL IVA A LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

La Dirección General de Tributos, en su condición de órgano competente para interpretar la normativa del régimen tributario y de las figuras tributarias en general, ha emitido numerosos resoluciones relativas a la sujeción o no al IVA de determinadas actividades del sector público, en particular, las ejecutadas por entes del sector público en su condición de medio instrumental (entre otras la resoluciones 1886/2010; 763/2012; 990/2012). Esta cuestión también es tratada por la AEAT en el Informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, referenciado A/3/51/12, sobre *“la tributación en el impuesto sobre el valor añadido de la actividad de los entes públicos”*.

Por su parte la IGAE en su Circular 5/2013, de 15 de abril, relativa esta materia, sistematiza la doctrina contenida en las mencionadas resoluciones en aras a lograr una actuación homogénea en el ejercicio de la función de control.

La posición manifestada por la DG de Tributos y la AEAT permite concluir que las actividades ejecutadas por entes del sector público en su condición de medio instrumental no estarán sujetas a IVA siempre que acrediten los aspectos siguientes:

1º. Que la actividad se realice por un ente u órgano de derecho público, y que lo sea en el ejercicio de una función pública, esto es, que actúe en su condición de sujeto de derecho público (mencionándose específicamente los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las agencias y las sociedades anónimas públicas). Ello se fundamenta, entre otras razones, en el carácter interno de las operaciones que tales órganos realizan y en la falta de independencia que debe predicarse en todo sujeto pasivo del IVA. Por ello no será predicable esta no sujeción al IVA respecto de los servicios prestados a terceros.

2º. Que para esas actividades u operaciones, el hecho de no considerarlas sujetas al impuesto no conlleve introducir distorsiones graves de la competencia. Ello deberá calificarse en función de la importancia relativa del volumen de operaciones desarrollado por los particulares respecto del correspondiente la provisión pública, y si esta última tiene carácter aislado o excepcional no debe concluirse que dicha distorsión es grave o significativa.

3º. Que la actividad de que se trate no sea una de las mencionadas en el artículo 7.8º de la Ley de IVA (que reproduce el artículo 13.1 de la Directiva 2006/112/CE), ya que éstas por imperativo legal quedan sujetas al impuesto cualquiera que sea la relación y naturaleza de los entes que las realicen (entre otras telecomunicaciones, distribución de energías, transporte de personas y bienes, servicios portuarios y

aeroportuarios explotación de ferias de carácter comercial, radio y televisión, oficinas comerciales de publicidad, agencias de viaje, matadero...).

El primero de los criterios expuestos no presenta mayores dificultades interpretativas si bien los dos siguientes deben ser apreciados en cada caso concreto, sin que en consecuencia pueda hacerse apriorísticamente un pronunciamiento general.

Dentro del ámbito objeto de la presente fiscalización el Ministerio de Defensa, a través de su Dirección General de Asuntos Económicos, elevó consulta a la Dirección General de Tributos sobre la sujeción o no a IVA de sus encomiendas de gestión. Esa consulta fue resuelta el 9 de julio de 2012 (nºV1483-12). El 27 de agosto de 2012 el Director de Asuntos Económicos emitió una “Orden de servicio sobre contratación” (nº 5/12) difundiendo entre los distintos órganos gestores los criterios sobre aplicación de IVA contenidos en dicha resolución, en la que dispone, respecto a la posibilidad de repercutir cuotas del impuesto en las encomiendas de gestión suscritas por un ente público con una sociedad dependiente al 100 por cien del mismo en cuyo marco la sociedad presta servicios y entregas de servicios al Ente público encomendante, que: *“Según consulta planteada a la Dirección General de Tributos, y con los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la respuesta ha de ser negativa. Estas prestaciones de servicios no se encontrarán sujetos al Impuesto exclusivamente en aquellos casos en que el destinatario de los servicios que presta, sea el ente público del que depende o bien otras personas o entidades que dependan íntegramente del mismo, no pudiendo extenderse a aquellos servicios prestados a terceros, sean empresarios o profesionales particulares, sean otras entidades públicas distintos de dicho ente público, salvo en el supuesto, como se ha indicado, de que dichos terceros dependan íntegramente del citado ente público.”*

A partir de dicha fecha, en los expedientes analizados se da correcta aplicación del impuesto atendiendo a los criterios formulados por la Dirección General de Tributos (entre otros **D6, D32, D33, D34, D54, D55, D60**).

A pesar de haberse solicitado instrucciones sobre la gestión y tramitación de encomiendas de gestión, a los responsables de los Departamentos Ministeriales que integran el ámbito subjetivo de la presente fiscalización, no se han remitido al Tribunal de Cuentas, por no haber sido dictadas, instrucciones similares a la citada.

## **II.4 EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA**

La fiscalización se ha centrado en la figura del encomendante en los encargos de gestión, a fin de valorar la correcta utilización de la encomienda, por ello el análisis de la ejecución se ha ceñido a la comprobación de los niveles de subcontratación, o contratación con terceros, que las entidades encomendatarias objeto de la muestra han efectuado para la ejecución del encargo que les fue conferido.

### **II.4.1 LA SUBCONTRATACIÓN O CONTRATACIÓN CON TERCEROS**

No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendataria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración.

Únicamente la DA 25ª del TRLCSP establece un límite cuantitativo a TRAGSA para la contratación con terceros de los trabajos que se le encarguen como medio propio de la Administración. Este límite lo fija la ley en el 50% del importe total del proyecto, suministro o servicio. Dentro del espíritu de esta restricción parece que está el impedir que TRAGSA se convierta en una mera gestora de los encargos recibidos contratando su ejecución con terceros sin aportar un valor añadido que justifique el encargo, orillándose el régimen de contratación que correspondería aplicar a la entidad encomendante si contratara por sí misma el objeto de la encomienda.

En el resto de entidades analizadas no existen límites a la subcontratación de la encomienda y en algunos expedientes se han detectado encargos que expresamente se configuran como “*títulos legitimadores*” para que la entidad contrate obras, servicios o suministros con terceros, contratación ésta no sometida al régimen administrativo ordinario, al adoptar la entidad encomendaria forma de sociedad anónima pública (I1, I2, I4).

Este Tribunal considera, como ya se ha expuesto al tratar los límites de las encomiendas de gestión y los requisitos subjetivos de las entidades encomendarias, que la no existencia de límites cuantitativos a la subcontratación facilita a las Administraciones Públicas acudir a la vía de la encomienda de gestión como medio para despojarse del régimen que les es aplicable en materia de contratación pública, lo que implica un menor grado en el control en la gestión del gasto público así como, en ocasiones, un encarecimiento de los productos, originados por la actividad de simple intermediación de las entidades encomendarias.

#### II.4.2 INCIDENCIAS PARTICULARES

En este punto, tomando como parámetro los límites impuestos a TRAGSA por el TRLCSP, se procederá a destacar aquellos supuestos en los que la contratación efectuada por entidades encomendarias con terceros supera el 50% del presupuesto del encargo. Ello no supone en sí una irregularidad normativa, salvo en el caso de TRAGSA en que se trata de un incumplimiento legal.

ENTIDAD ENCOMENDATARIA	REFERENCIA EXPEDIENTE	IMPORTE	% CONTRATADO CON TERCEROS
SEGITTUR	E2	1.773.000	93%
SEGITTUR	E3	1.250.000	65%
INTECO	P5	840.000	55%
RED.ES	P6	900.000	95,88%
RED.ES	E7	1.225.090	95,62%
SEGIPSA	I1/I2	13.136.790,59	94,84%
SEGIPSA	I3	751.310,68	63,86%
SEGIPSA	I4	66.093.264,74	94,60%
SEGIPSA	I6	742.195,74	63,92%
SEGIPSA	I7	396.900,00	58,50%
SEGIPSA	I9	264.638,72	84,10%
SEGIPSA	I10	249796,96	64,76%

ISDEFE	D1	3.350.000,00	89.31% <sup>9</sup>
ISDEFE	D2	3.650.000,00	89.31%
ISDEFE	D7	71.000,00	83,46%
ISDEFE	P4	449.119,56	53,01%
ISDEFE	J9	31.584.923,23	55,48%
INSA	INTA5	4.161.746,00	54,09%
TRAGSA	I5	19.101.341,00	55,79%
TRAGSA	I12	7.797.386,00	66,56%
TRAGSA	I14	142.528.271,00	53,06%
TRAGSA	P2	119.947,00	93,14%
TRAGSA (1)	E9	359.908,00	79,89%

(1) TRAGSA no ha facilitado datos sobre los expedientes **AECID1** y **J8** en los que también es la entidad encomendaria.

En este punto procede reiterar lo ya señalado al tratar los requisitos subjetivos de la encomienda de gestión sobre los medios con los que debe contar el medio propio para ser calificado como tal.

Así pues debe concluirse que un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomienden, ese es el motivo de la encomienda, que la Administración instrumental tiene medios para llevar a cabo órdenes de la matriz, lo que implica que además podrá ofrecer las prestaciones que se le requieran a un precio más barato que en el mercado evitando a la Administración el pago de beneficios.

Lo contrario equivaldría a entender la figura de la encomienda de gestión como un fraude a la legislación de contratos públicos. Si el objeto de la encomienda o encargo es, como quiere la Ley, *“la realización de una determinada prestación”*, no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución. El cambio del régimen contractual administrativo ordinario por otro, es decir, de un régimen que ofrece garantías singulares para el interés público por otro que no las ofrece, deberá responder a una causa, que no puede ser la libre elección del órgano de contratación entre uno y otro régimen.

Y esto es cabalmente lo que ocurriría si se recurre a un ente instrumental con la exclusiva finalidad de alterar el régimen contractual correspondiente a la Administración encomendante. Seguir otro criterio supondría ir más allá de lo que es una cuestión de autoorganización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria, para admitir que la Administración puede prescindir del régimen de garantías propio de quien gestiona recursos ajenos, esto es, del contribuyente, establecidos por la legislación para garantizar el interés público.

---

<sup>9</sup> Los expedientes **D1** y **D2** se refieren a la contratación de licencias con Microsoft. Según han señalado los responsables de la gestión de estas encomiendas, este producto sólo se puede adquirir a través de distribuidor autorizado, siendo ISDEFE el distribuidor autorizado para el Ministerio de Defensa.



### III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### III.1. CONCLUSIONES

##### III.1.1 En relación con el régimen de los encargos conferidos

1ª) Existe cierta confusión entre las figuras de encomienda de gestión reguladas respectivamente en los artículos 15 de la ley 30/1992 y 4 y 24.6 del TRLCSP, confusión principalmente motivada por su identidad de denominación, como ya pusiera de manifiesto este Tribunal en su *“Informe de Fiscalización de Convenios de Colaboración generadores de gasto suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado”* (nº791, 24/04/2008).

2ª) La regulación contenida en los textos legales que tratan esta materia es tan parca que no resuelve los problemas tanto teóricos como prácticos de las operaciones *“in house providing”*.

3ª) La amplitud con la que se concibe el objeto social de algunas entidades encomendatarias como TRAGSA Y SEGIPSA unida a la falta de concreción del mismo en sus normas de creación, origina que sean utilizadas como *“medio para todo”*. La carencia de medios para dar cobertura a tan amplio objeto social determina que en ocasiones las entidades encomendatarias contraten con terceros la práctica totalidad o la mayor parte de la ejecución de la encomienda, lo que supone que estas entidades actúan como simples intermediadoras, orillando el régimen de contratación legalmente previsto para la entidad que demanda la prestación así como encareciendo el precio de la misma como consecuencia precisamente de esa intermediación.

##### III.1.2 En relación con el expediente de la encomienda

4ª) De la muestra de expedientes analizada se deduce con carácter general que en el ámbito fiscalizado no existen criterios homogéneos sobre el contenido y forma de las encomiendas de gestión, ni siquiera dentro de los propios Departamentos ministeriales, salvo excepciones como en el Ministerio de Defensa, adoptando los encargos formas diversas incluso los tramitados por un mismo órgano gestor.

5ª) En la mayor parte de los expedientes analizados, la redacción de los acuerdos de encomienda no contempla el carácter interno, subordinado y dependiente del encargo, contemplándose fórmulas propias de los contratos especialmente basadas en el mutuo acuerdo.

6ª) En gran parte de los expedientes fiscalizados del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación se han detectado irregularidades relevantes, que en ocasiones han sido subsanadas mediante la convalidación del Consejo de Ministros.

7ª) En el ámbito del Ministerio de Defensa destaca el hecho de que en una parte importante de la muestra fiscalizada se concibe la encomienda de gestión como un medio para suplir necesidades de personal, no sólo necesidades técnicas, que no es posible cubrir dadas las limitaciones de plantilla existentes, configurándose en ocasiones el objeto de las encomiendas como un apoyo de carácter general a las distintas unidades, no siendo la encomienda de gestión, como no lo es ninguna de las demás figuras reguladas en el TRLCSP, un mecanismo para suplir deficiencias de plantilla de carácter permanente.

8ª) En la fiscalización de los expedientes de encomienda de gestión correspondientes al Ministerio del Interior se han detectado importantes irregularidades materiales, que afectan a la justificación y a la determinación del presupuesto de las encomiendas.

### III.1.3 En relación con el régimen económico de la encomienda

9ª) Falta en el TRLCSP una regulación general del régimen económico de la realización de los encargos, aspecto éste nuclear de la figura de la encomienda de gestión.

10ª) Del análisis de los expedientes fiscalizados puede concluirse que sistemáticamente el sistema de retribución adoptado, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, es el de tarifas, teniendo carácter residual la aplicación de otro sistema distinto, que se limita a supuestos concretos en que determinadas prestaciones no aparecen en las tarifas aprobadas.

11ª) En cuanto al régimen de tarifas previsto en el TRLCSP, del tenor del segundo párrafo del artículo 24.6 se desprende que la fijación de tarifas no es competencia que se atribuya al poder adjudicador encomendante, en su condición de tal, sino a la “entidad de la que dependan” los entes encomendatarios. Sin embargo en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado la fijación de tarifas se atribuye al propio organismo, concretamente al Consejo Rector, a propuesta de su Director (artículo 10.1.c) del RD 1495/2007, de 12 de noviembre) lo que no se ajusta a la previsión del art. 24.6 de que se fijen por la entidad pública de la que dependan, que en este caso sería el Ministerio de la Presidencia (artículo 5.1 del RD1495/2007).

12ª) No existen disposiciones legales de aplicación general sobre los criterios para la determinación de las tarifas.

13ª) Con carácter general el criterio utilizado para la fijación de tarifas es el que atiende a los costes reales de producción, tanto directos como indirectos, a los que se añaden márgenes para atender desviaciones e imprevistos que varían en función de la entidad encomendaria. Estos porcentajes sin embargo no se liquidan, siendo de aplicación directa tengan o no tengan lugar las desviaciones o imprevistos.

14ª) De las tarifas analizadas, las únicas que incluyen expresamente un porcentaje de beneficio industrial son las de la FNMT-RCM (artículo 30 de su Estatuto). Asimismo, las tarifas de SEGIPSA consistentes en un porcentaje sobre el Presupuesto de Ejecución Material de proyectos, prevén expresamente que dicho Presupuesto incluya la partida de beneficio industrial.

15ª) El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad, incluye entre los conceptos que pueden componer las tarifas, además de los costes directos, indirectos y márgenes razonables para imprevistos, el concepto de “*margen de rentabilidad*” sin definirlo ni determinarlo.

16ª) Los márgenes de rentabilidad no entran dentro de la lógica y la coherencia jurídico-económica de la encomienda de gestión ya que las entidades encomendatarias se financian con fondos públicos, con lo que no asumen el riesgo del empresario particular, y actúan en las relaciones con su matriz como si de un órgano técnico jurídico se tratase, desplegando su personalidad jurídica únicamente en sus relaciones con terceros.

Asimismo no debe desatenderse la circunstancia de que ese exceso de financiación sobre los costes reales puede ser considerado como ayuda pública, sobre todo en el caso de las entidades que actúan en el mercado, siendo dicha financiación susceptible de ser considerada como perturbadora de la competencia.

17ª) Tan sólo el Ministerio de Defensa cuenta con una unidad específicamente dedicada al análisis y la evaluación de costes, el Grupo de Evaluación de Costes, dependiente de la Subdirección General de

Contratación, que realiza un estudio de los costes de los servicios encomendados por el Ministerio a sus entidades dependientes (ISDEFE e INTA), de modo que estos funcionan como estudios de mercado de cara a la fijación de tarifas.

18ª) En el resto de Ministerios analizados no existen, con carácter general y sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el cuerpo del Informe, estudios de mercado que avalen el recurso a la encomienda de gestión como opción económica más ventajosa.

19ª) Se ha observado que en ocasiones las tarifas incluyen para los trabajos subcontratados, esto es, contratados por la entidad encomendataria con terceros, el incremento de un porcentaje sobre el presupuesto de los mismos, para atender gastos de gestión (*v.gr.* BOE e ISDEFE), además de los costes indirectos que incluyen las propias tarifas, siendo estos costes indirectos determinados a través de un porcentaje sobre la tarifa (como es el caso de Red.es) o de una cantidad fija sumada en proporción a los costes de personal interno (en el caso de SEGIPSA).

20ª) Se han observado divergencias en la aplicación del IVA en las encomiendas de gestión, no existiendo un criterio general sobre la sujeción a este impuesto de los encargos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales.

#### **III.1.4. En relación con la ejecución de la encomienda**

21ª) No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendataria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración.

22ª) El único supuesto en que se fijan límites legales a la subcontratación es el contemplado en la Disposición Adicional 25ª del TRLCSP, estableciéndose el límite máximo en el 50% del presupuesto total de la encomienda. TRAGSA ha incumplido este límite en el 25% de los expedientes analizados.

23ª) En los expedientes fiscalizados en los que la entidad encomendataria ha sido SEGIPSA la media del presupuesto total de la encomienda contratado con terceros ronda el 70%. Lo mismo sucede en el caso de SEGITTUR (68%). En los dos expedientes analizados en los que la entidad encomendataria fue Red.es el porcentaje contratado con terceros fue del 95%.

### III.2. RECOMENDACIONES

Como consecuencia de todo lo expuesto se formulan las siguientes recomendaciones:

- 1ª) Que se proceda al cambio de denominación de la figura regulada en los preceptos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de evitar confusiones con la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la Ley 3/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- 2ª) Que se proceda a una regulación integral de los encargos de gestión regulados en los artículos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de dotarlos de mayor seguridad jurídica, homogeneidad y mayores controles sobre las prestaciones encomendadas a los medios propios de la Administración.
- 3ª) Que los poderes adjudicadores que realicen encargos de gestión procedan a una justificación detallada y exhaustiva de la necesidad de llevarlos a cabo, así como a la justificación de la mayor economicidad y eficiencia de esta vía de provisión de bienes y servicios frente a la contratación de los mismos en el mercado.
- 4ª) Que, en tanto no se proceda a la mencionada modificación legislativa, la Administración General del Estado establezca en las resoluciones de encomienda, estatutos de sus medios propios y demás normas reguladoras de los encargos que se encomienden a los mismos, limitaciones a la actividad que estos puedan contratar con terceros en relación con los encargos conferidos, a fin de evitar que la encomienda de gestión se convierta en un medio exclusivamente dirigido a orillar el régimen de contratación pública correspondiente al poder adjudicador encomendante, con el consiguiente encarecimiento de las prestaciones encargadas originado por el sobrecoste que implica la intermediación del medio propio.
- 5ª) Que se eliminen los márgenes de rentabilidad en las resoluciones aprobatorias de la tarifas aplicables a los medios propios, debiendo éstas contemplar exclusivamente costes reales de producción o realización, dado que dichos márgenes de rentabilidad pueden ser considerados como ayuda pública en aquellos medios propios que actúen también en el mercado, suponiendo además un encarecimiento injustificado de las prestaciones que se realicen para la Administración. Asimismo la aprobación de las tarifas debe llevar aparejado un análisis de precios, comparándolos con los de mercado, a efectos de evitar que a través del sistema de las encomiendas de gestión se mantengan artificialmente entidades no operativas cuyos costes de infraestructura excesivamente dimensionados se trasladen como costes fijos, encareciendo injustificadamente la ejecución del objeto del encargo.
- 6ª) Que, siempre que sea posible, los márgenes previstos para atender desviaciones e imprevistos sean liquidados y debidamente justificados caso a caso.
- 7ª) Que la entidad encomendaria no cargue coste alguno por la subcontratación o contratación con terceros de parte de los trabajos encargados.
- 8ª) Que se dicten las instrucciones y recomendaciones necesarias para que el tratamiento del IVA sobre las encomiendas de gestión sea común a toda la Administración General del Estado.
- 9ª) Que se revise la interpretación extensiva del tipo de encargos que caben en el objeto social de los medios propios, especialmente en los casos de TRAGSA y SEGIPSA.
- 10ª) Que se exija confirmación de que los medios tienen medios efectivos para llevar a cabo los encargos, al menos en su mayor parte, a fin de no convertir la encomienda de gestión en un mero título habilitador de la

contratación con terceros de las prestaciones objeto de la misma, eludiendo el régimen de garantías y controles exigido por la legislación de contratos a la Administración General del Estado como gestora de fondos públicos, esto es, de fondos del contribuyente.

11ª) Que las cláusulas que regulen la prórroga de las encomiendas de gestión dispongan que ésta sea expresa y siempre que así lo decida el encomendante.

12ª) Que, al igual que en el ámbito contractual, la elección de la opción económica más ventajosa se consagre como principio inspirador de la elección en el ámbito de los encargos de gestión.

Madrid, 28 de Noviembre de 2013

EL PRESIDENTE



Ramón Álvarez de Miranda García

## **APENDICE 1**

RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: DEPARTAMENTOS MINISTERIALES



<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>MINISTERIO DE DEFENSA</b>					
<b>Ministerio de Defensa</b>	D1	2010/2011	ISDEFE	ACUERDO DE LICENCIAS CON MICROSOFT	3.350.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D2	2012	ISDEFE	ACUERDO DE LICENCIAS CON MICROSOFT	3.650.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D3	2009	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y MATERIAL ANÁLISIS DE COSTES Y PRECIOS	7.921.620,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D4	2010	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y MATERIAL ANÁLISIS DE COSTES Y PRECIOS	200.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D5	2011	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y MATERIAL ANÁLISIS DE COSTES Y PRECIOS	4.596.884,31
<b>Ministerio de Defensa</b>	D6	2012	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y MATERIAL ANÁLISIS DE COSTES Y PRECIOS	3.196.997,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D7	2009	ISDEFE	INFORME RESPONSABILIDAD SOCIAL 2009	71.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D8	2011	INSA	AT COMPETENCIA SG DE PATRIMONIO HISTÓRICO ARTÍSTICO	392.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D9	2009	ISDEFE	AT PARA EL APOYO EN INGENIERIA DE SISTEMAS	11.672.165,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D10	2009	ISDEFE	AT PARA EL APOYO EN INGENIERIA DE SISTEMAS	1.580.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D11	2010	ISDEFE	AT PARA EL APOYO EN INGENIERIA DE SISTEMAS	10.950.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D12	2011	ISDEFE	AT PARA EL APOYO EN INGENIERIA DE SISTEMAS	11.250.000,00



<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D13	2010	ISDEFE	AT CONSULTORIA E INGENIERIA DE SISTEMAS	2.042.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D14	2011	ISDEFE	AT CONSULTORIA E INGENIERIA DE SISTEMAS	2.042.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D15	2011	ISDEFE	AT CONSULTORIA E INGENIERIA DE SISTEMAS	803.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D16	2012	ISDEFE	AT CONSULTORIA E INGENIERIA DE SISTEMAS	2.431.510,88
<b>Ministerio de Defensa</b>	D17	2008	ISDEFE	PRUEBAS PARA LA CALIFICACION SISTEMAS DE MISIL Y COHETES HELICOPTERO TIGRE	500.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D18	2011	TRAGSA	AT PARA LA POSTERIOR INSCRIPCION EN REGISTRO DE INDUSTRIA DE 6 CALDERAS	12.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D19	2008	ISDEFE	COORDINACION DIRECCION FACULTATIVA OBRA MUELLE Nº 2	2.608.190,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D 20	2011	ISDEFE	REALIZACION ACTIVIDADES CARÁCTER MATERIAL Y TÉCNICO COMPETENCIA DE LA DIN	2.270.729,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D21	2009	ISDEFE	GESTION REALIZACION ACTIVIDADES PARA INCREMENTAR EFICACIA EN UNIDADES DE LA ARMADA	1.388.144,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D22	2010	ISDEFE	GESTION REALIZACION ACTIVIDADES PARA INCREMENTAR EFICACIA EN UNIDADES DE LA ARMADA	1.500.000,00

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D23	2011	ISDEFE	GESTION REALIZACION ACTIVIDADES PARA INCREMENTAR EFICACIA EN UNIDADES DE LA ARMADA	1.999.989,92
<b>Ministerio de Defensa</b>	D24	2007/2012	ISDEFE	PRORROGA AT OFICINA PROGRAMA COONJUNTO DE EW SANTIAGO (660)	11.509.467,18
<b>Ministerio de Defensa</b>	D25	2008	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	3.431.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D26	2008	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	1.422.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D27	2009	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	515.832,18
<b>Ministerio de Defensa</b>	D28	2010	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	3.287.669,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D29	2010	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	217.527,00

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D30	2011	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	224.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D31	2011	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	916.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D32	2012	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	620.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D33	2012	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	575.361,31
<b>Ministerio de Defensa</b>	D34	2012	ISDEFE	AT DIRECCIÓN SISTEMAS DE ARMAS (TOTAL PROGRAMAS EF, A400M Y SL2000 HASTA 2012: 11.859.389,69 €)	650.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D35	2008	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	1.799.999,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D36	2008	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	1.946.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D37	2009	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	1.275.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D38	2010	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	1.447.402,20

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D39	2011	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	1.200.000,18
<b>Ministerio de Defensa</b>	D40	2012	ISDEFE	SIMCA: TOTAL HASTA 2012:8.052.397,86€	383.996,28
<b>Ministerio de Defensa</b>	D41	2009/2013	ISDEFE	GESTION INTEGRAL PROGRAMA DE MANDO TÁCTICO	9.700.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D42	2010	INTA	SEGUIMIENTO PROGRAMA EF	9.744.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D43	2011	INTA	SEGUIMIENTO PROGRAMA EF	776.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D44	2012	INTA	SEGUIMIENTO PROGRAMA EF	1.186.336,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D45	2008	ISDEFE	APOYO TÉCNICO EN TAREAS DEL JSTCIS	196.993,98
<b>Ministerio de Defensa</b>	D46	2009	ISDEFE	APOYO TÉCNICO EN TAREAS DEL JSTCIS	209.828,82
<b>Ministerio de Defensa</b>	D47	2010	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y CONSULTORIA EN INGENIERÍA DE SISTEMAS	2.057.634,89
<b>Ministerio de Defensa</b>	D48	2011	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y CONSULTORIA EN INGENIERÍA DE SISTEMAS	2.223.683,11
<b>Ministerio de Defensa</b>	D49	2008	INTA	REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE APOYO A LA DGAM Y AT EN MATERIA DE CERTIFICACIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES A400M EF2000, TIGRE, NH90	5.855.895,52
<b>Ministerio de Defensa</b>	D50	2008	ISDEFE	AT EN PLANES Y PROGRAMAS DE COMPETENCIA DE LA DGAM	5.075.580,39
<b>Ministerio de Defensa</b>	D51	2009	ISDEFE	AT EN PLANES Y PROGRAMAS DE COMPETENCIA DE LA DGAM	1.875.165,51

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D52	2009	ISDEFE	AT A LA SUBDIRECCION GENERAL DE TECNOLOGÍA Y CENTROS EN PLANES Y PROGRAMAS DE LA DGAM	4.754.345,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D53	2009	ISDEFE	AT A LA SUBDIRECCION GENERAL DE TECNOLOGÍA Y CENTROS EN PLANES Y PROGRAMAS DE LA DGAM	160.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D54	2012	ISDEFE	ACTIVIDADES DE CARÁCTER TÉCNICO Y MATERIAL DE LA DGAM	6.250.000,00
<b>Ministerio de Defensa</b>	D55	2012	INTA	REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES RELATIVAS A LA CERTIICACIÓN DE PROGRAMAS INTERNACIONALES (EF, A400M, TIGER....)	4.499.980,25
<b>Ministerio de Defensa</b>	D56	2009	ISDEFE	OBTENCIÓN CAPACIDADES CIS Y RIESGOS TECNOLÓGICOS	566.733,25
<b>Ministerio de Defensa</b>	D57	2010	ISDEFE	OBTENCIÓN CAPACIDADES CIS Y RIESGOS TECNOLÓGICOS	1.146.101,32
<b>Ministerio de Defensa</b>	D58	2010	ISDEFE	OBTENCIÓN CAPACIDADES CIS Y RIESGOS TECNOLÓGICOS	202.475,03
<b>Ministerio de Defensa</b>	D59	2011	ISDEFE	OBTENCIÓN CAPACIDADES CIS Y RIESGOS TECNOLÓGICOS	1.179.994,16

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Defensa</b>	D60	2012	ISDEFE	OBTENCIÓN CAPACIDADES CIS Y RIESGOS TECNOLÓGICOS	1.047.446,40
<b>MINISTERIO DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE</b>					
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E1	2009	SEGITUR	SERVICIOS DE APOYO AL DESARROLLO DE NUEVOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y PROMOCIÓN CULTURAL DE ESPAÑA	5.987.870,08
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E2	2010	SEGITUR	SERVICIOS DE APOYO AL DESARROLLO DE NUEVOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y PROMOCIÓN CULTURAL DE ESPAÑA	1.773.000,00
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E3	2011	SEGITUR	SERVICIOS DE APOYO AL DESARROLLO DE NUEVOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y PROMOCIÓN CULTURAL DE ESPAÑA	1.250.000,00
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E4	2010	TRAGSA	OBRA INTERVENCIÓN PAISAJÍSTICA EN BOLONIA (CÁDIZ)	3.751.161,23
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E5	2012	TRAGSA	AJUSTE DE IVA (EN 2012 DEL 18% AL 21%)	14.004,02
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E6	2012	TRAGSA	AMPLIACION DE CRÉDITO	220.658,57
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E7	2010	REDES	PROYECTO ESCUELA 2.0 CEUTA Y MELILLA	1.255.090,00
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E8	2011	UIMP	ACTIVIDADES DE FORMACIÓN PROFESORADO	726.000,00

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Mº. Educación, Cultura y Deporte</b>	E9	2012	TRAGSA	DESMONTAJE Y REFORMA INSTALACIONES EDIFICIO MERRIMACK II, C/ RAMIREZ DE ARELLANO 29	359.907,84
<b>MINISTERIO DEL INTERIOR</b>					
<b>Ministerio del Interior</b>	I1/I2	2009/2010	SEGIPSA	PROYECTO EJECUCIÓN NUEVAS COMISARÍAS LOCALES MÉRIDA E IBIZA Y ADDENDA	13.124.432,61
<b>Ministerio del Interior</b>	I3	2008	SEGIPSA	AT DIRECCION OBRAS CP LA VERNEDA BARCELONA	750.079,80
<b>Ministerio del Interior</b>	I4	2009	SEGIPSA	CONSTRUCCION 12 OBRAS DEPENDENCIAS POLICIALES	66.093.264,74
<b>Ministerio del Interior</b>	I5	2009	TRAGSA	CONSTRUCCION 13 OBRAS DEPENDENCIAS POLICIALES	20.148.205,73
<b>Ministerio del Interior</b>	I6	2008	SEGIPSA	AT, PS Y ADDENDA DIVERSAS OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	742.195,74
<b>Ministerio del Interior</b>	I7	2009	SEGIPSA	AT, PS Y ADDENDA DIVERSAS OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	396.900,00
<b>Ministerio del Interior</b>	I8	2010	SEGIPSA	AT, PS Y ADDENDA DIVERSAS OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	129.529,49
<b>Ministerio del Interior</b>	I9	2011	SEGIPSA	AT, PS Y ADDENDA DIVERSAS OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	264.638,72
<b>Ministerio del Interior</b>	I10	2011	SEGIPSA	AT, PS Y ADDENDA DIVERSAS OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	249.796,96

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio del Interior</b>	I11	2011	TRAGSA	PTO. OBRAS EN ZAPADORES, VALENCIA	5.497.340,59
<b>Ministerio del Interior</b>	I12	2009	TRAGSA	DIVERSAS OBRAS Y SUS MODIFICACIONES	8.444.077,20
<b>Ministerio del Interior</b>	I13	2009	TRAGSA	CONSTRUCCION, ADECUACIÓN, REHABILITACION Y MEJORA 34 CENTROS	20.736.811,53
<b>Ministerio del Interior</b>	I15	2009	TRAGSA	REHABILITACION Y CONSTRUCCIÓN ACUARTELAMIENTOS GUARDÍA CIVIL	142.528.270,82
<b>Ministerio del Interior</b>	I15	2010	OA TRABAJO PENITENCIARIO	CATERING GENERAL CENTROS INSERCIÓN SOCIAL	3.768.650,06
<b>Ministerio del Interior</b>	I16	2012	OA TRABAJO PENITENCIARIO	LOTES HIGIÉNICOS	4.955.690,00
<b>Ministerio del Interior</b>	I17	2011	ISDEFE	ACTIVIDADES DE ASISTENCIA TÉCNICA EN GESTIÓN PATRIMONIO INMOBILIARIO E INFRAESTRUCTURAS DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO	1.791.180,21
<b>Ministerio del Interior</b>	I18	2010	FNMT	ELABORACION DNI ELECTRÓNICO	37.207.000,00
<b>Ministerio del Interior</b>	I19	2012	FNMT	ELABORACION DNI ELECTRÓNICO	34.300.000,00
<b>Ministerio del Interior</b>	I20	2011	FNMT	ELABORACION DNI ELECTRÓNICO	35.765.558,00
<b>Ministerio del Interior</b>	I21	2011	FNMT	FABRICACION TARJETAS DE LICENCIA DE ARMAS	641.932,04
<b>MINISTERIO DE JUSTICIA</b>					
<b>Ministerio de Justicia</b>	J1	2008	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	4.744.400,00



<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Ministerio de Justicia</b>	J2	2009	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	8.008.984,62
<b>Ministerio de Justicia</b>	J3	2009	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	5.412.450,76
<b>Ministerio de Justicia</b>	J4	2010	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	15.580.486,88
<b>Ministerio de Justicia</b>	J5	2010	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	3.468.308,65
<b>Ministerio de Justicia</b>	J6	2010	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	7.619.609,79
<b>Ministerio de Justicia</b>	J7	2010	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	13.453.811,94
<b>Ministerio de Justicia</b>	J8	2010	TRAGSA	MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	21.053.973,80
<b>Ministerio de Justicia</b>	J9	2010	ISDEFE	DESARROLLO DE MINERVA NOJ PRUEBA FUNCIONAL DE APLICACIONES CUADRO DE MANDO	31.584.923,23
<b>MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION</b>					

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Mº. Asuntos Exteriores y Cooperación</b>	AEC1	2010	PAR S.A.	APOYO TÉCNICO IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, FORMALIZACIÓN Y SEGUIMIENTO OPERACIONES DE COOPERACIÓN FINANCIERA	2.700.000,00
<b>Mº. Asuntos Exteriores y Cooperación</b>	AEC2	2011	PAR S.A.	APOYO TÉCNICO IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, FORMALIZACIÓN Y SEGUIMIENTO OPERACIONES DE COOPERACIÓN FINANCIERA	6.303.841,05
<b>Mº. Asuntos Exteriores y Cooperación</b>	AEC3	2012	PAR S.A.	APOYO TÉCNICO IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, FORMALIZACIÓN Y SEGUIMIENTO OPERACIONES DE COOPERACIÓN FINANCIERA	3.530.717,31
<b>Mº. Asuntos Exteriores y Cooperación</b>	AEC4	2011	FNMT	PASAPORTE EUROPEOS Y VISADOS	5.427.471,60
<b>Mº. Asuntos Exteriores y Cooperación</b>	AEC5	2012	FNMT	PASAPORTE EUROPEOS Y VISADOS	5.435.032,90
<b>MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA</b>					
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P1	2009	BOE	REALIZACIÓN TRABAJOS DE IMPRENTA Y EDICIÓN PUBLICACIONES CON MOTIVO PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UE	800.000,00

<b>MINISTERIO</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P2	2010	TRAGSA	APOYO A LA REALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA UE-ÁFRICA, CARIBE Y PACÍFICO CON MOTIVO PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UE	119.470,26
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P3	2010	ISDEFE	ASISTENCIA A LA CALIDAD Y GESTIÓN DE PROYECTOS	809.946,81
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P4	2010	ISDEFE	MANTENIMEINTO PORTAL CASA SM EL REY	449.119,56
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P5	2010	INTECO	PROYECTOS HORIZONTALES PARA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA	840.000,00
<b>Mº. de la Presidencia</b>	P6	2010	RED.ES	ACTUACIONES DE SOPORTE AL CIUDADANO EN EL USO DEL DNI ELECTRÓNICO	900.000,00

## **APÉNDICE 2**

RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS ESTATALES



<b>OOPP</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>AECID</b>					
<b>AECID</b>	AECID 1	2009/ 2010/ 2011	TRAGSA	EJECUCIÓN DE OBRAS, INSTALACIONES Y EQUIPAMIENTO DEL COMPONENTE MEDIÁTICO AMBIENTAL DEL PROYECTO DEL DESARROLLO INTEGRAL DEL BARRIO A ACAHUALINCA, MANAGUA Y NICARAGUA	17.728.273,60
	AECID 2	2008	TRAGSA	EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE LA PROVINCIA DE BADGHIS (AFGANISTÁN) PARA EL EJERCICIO 2008, PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA EN ESPECIE CONEDIDA AL GOBIERNO PROVINCIAL DE BADGHIS	12.000.000,00
<b>AECID</b>	AECID 3	2009	TRAGSA	EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE LA PROVINCIA DE BADGHIS (AFGANISTÁN) PARA EL EJERCICIO 2009, PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA EN ESPECIE CONEDIDA AL GOBIERNO PROVINCIAL DE BADGHIS	11.000.000,00
<b>AECID</b>	AECID 4	2010	TRAGSA	EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE LA PROVINCIA DE BADGHIS (AFGANISTÁN) PARA EL EJERCICIO 2009, PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA EN ESPECIE CONEDIDA AL GOBIERNO PROVINCIAL DE BADGHIS	8.250.720,00
<b>AECID</b>	AECID 5	2010/ 2014		EJECUCIÓN DEL PROYECTO "CREACIÓN DE RIQUEZA Y SOBERANÍA EN LA REGIÓN DE SIKASSO MEDIANTE EL DESARROLLO DE LOS MERCADOS LOCALES Y DE LA CAPACIDAD DE TRANSFORMACIÓN LOCAL DEL ANACARDO, EN CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA EN ESPECIE CONCEDIDA AL Mº. DE AGRICULTURA DE MALÍ	7.252.435,00

<b>OOPP</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
<b>INAEM</b>					
<b>INAEM</b>	INAEM 1	2008	BOE	"LIBRO GUERRA Y PAZ"	24.909,77
<b>INAEM</b>	INAEM 2	2009	BOE	PUBLICIDAD BOE AVANCE OCNE 2009/2010 FACT 095000 215/227/232	29.543,18
<b>INAEM</b>	INAEM 3	2009	BO3	LIBRO "MÚSICA Y NATURALEZA"	20.847,75
<b>INAEM</b>	INAEM 4	2010	BOE	LIBRO "AVANCE TEMPORADA 2010 - 2011"	24.879,49
<b>INAEM</b>	INAEM 5	2010	BOE	LIBRO 7 ARTE. SIMBIOSIS AUDIOVISUALES	18.823,23
<b>INAEM</b>	INAEM 6	2010	BOE	LIBRO XX, CON NACHO DUATO, PUBLICIDAD	17.864,65
<b>INAEM</b>	INAEM 7	2010	BOE	"LIBRO DE LA MUSICA DE LA COFRADÍA DE LA NOVENA" CDMD	16.377,97
<b>INAEM</b>	INAEM 8	2011	BOE	DIFERENTES TRABAJOS DE LIBRO DE HISTORIA	37.626,20
<b>INAEM</b>	INAEM 9	2012	BOE	IMPRESIÓN AVANCE TEMPORADA 12/13 OCNE	21.127,65
<b>INAEM</b>	INAEM 10	2012	BOE	DIVERSOS TRABAJOS TEMPORADA CNDM	17.111,54
<b>INTA</b>					
<b>INTA</b>	INTA 1	2008/ 2009	INSA	ACTUACIONES EN EL AMBITO DE LA CERTIFICACIÓN Y CALIFICACIONES DE AERONAVES (AÑO 2009)	2.686.293,00
<b>INTA</b>	INTA 2	2008/ 2009	INSA	REALIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO DE LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES DE SEGMENTO TERRENO DEL CENTRO ESPACIAL DE CANARIAS Y DE INTA TORREJÓN SUSCRITO 2006	1.830.023,12
<b>INTA</b>	INTA 3	2008/ 2009	INSA	REALIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTUACIONES DE OPERACIÓN Y MANTENIMEINTO EN LA ESTACIÓN ESPACIAL DE MASPALOMAS	1.603.993,15

<b>OOPP</b>	<b>Nº EXP.</b>	<b>AÑO</b>	<b>ENTIDAD ENCOMENDATARIA</b>	<b>OBJETO</b>	<b>IMPORTE</b>
INTA	INTA 4	2009	INSA	ACTUACIONES EN EL AMBITO DE LA OPERACIÓN Y MANTENIMEINTO DE INSTALACIONES DE SEGMENTO TERRENO DEL CENTRO ESPACIAL DE CANARIAS Y DE INTA TORREJON SUSCRITO EN EL 2006	9.016.133,16
INTA	INTA 5	2009/ 2012	INSA	DESARROLLO DEL PROYECTO "ESTACIÓN DUA LPARA PNOTS DE INTA"	4.161.746,00
INTA	INTA 6	2009/ 2010	INSA	REALIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTIVIDADES EN PROGRAMAS DE CERTIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE AERONAVES	2.272.871,44
INTA	INTA 7	2009/ 2011	INSA	ACTUACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS ENSAYOS DE DESARROLLO Y CALIFICACIÓN DE SISTEMAS DE ARMAMENTO	2.593.685,62
INTA	INTA 8	2009/ 2010	2009/2010	REALIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTUACIONES DE OPERACIÓN Y MANTENIMEINTO EN LA ESTACIÓN ESPACIAL DE MASPALOMAS	1.599.935,56
INTA	INTA 9	2011	INSA	REALIZACION DE DETERMINADAS ACTIVIDADES EN PROGRAMAS DE CERTIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE AERONAVES	2.825.363,44



**Informe 26/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 LCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia. Compatibilidad de la regulación de los encargos a medios propios de la LCSP con la normativa autonómica relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas.**

## **I. ANTECEDENTES**

El Director General de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 9 de septiembre de 2008, solicitando de esta Junta informe en los siguientes términos:

“El Director General de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, ante las dificultades planteadas por la definición del ámbito objetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, plantea a la Junta Consultiva la siguiente consulta para ser evacuada por informe de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación y se regula su composición y funcionamiento.

### **ANTECEDENTES**

Primero.- La Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (CARTV) como Ente de Derecho Público creado por la Ley 8/1987, de 15 de abril, es un organismo público constituido de acuerdo con la Ley 46/1983, de 26 diciembre, del tercer canal de televisión.

La creación de la CARTV responde entonces a la necesidad de gestión por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de un servicio público, o tal como se señala en el artículo 1 de la Ley 8/1987, “por la presente Ley se crea la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y se regulan los servicios de radiodifusión y televisión de la Comunidad Autónoma de Aragón”. Se podría decir que supone la CARTV la personificación de un servicio público para su mejor gestión, adoptándose este modelo por exigencia de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, que impone la creación de un ente de derecho público y la gestión del servicio por una sociedad bajo fórmulas mercantiles, Para tal gestión se constituyeron las sociedades “Televisión Autonómica

de, Aragón, S.A.” y “Radio Autónoma de Aragón, S.A.” por Decreto 13/2005 y 14/2005, de 11 de enero.

La CARTV, después de las sucesivas reformas de la Ley 4/1986, de 4 de junio, de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, se considera como Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6.1.b) del texto refundido de la Ley de la Hacienda de la Comunidad Autónoma (Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio) y en el artículo 79 y siguientes del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio); entendernos a la CARTV como poder adjudicador, sujeta en sus decisiones a la revisión de sus actos por el Consejero del que depende, y obligada al cumplimiento de las encomiendas de gestión previstas en el artículo 38 de la misma Ley (si bien con las necesarias consultas al Consejo de Administración previstas en el artículo 19 de la Ley 8/1987 de Creación de la CARTV).

Por su parte las dos sociedades “Radio Autónoma de Aragón, S.A.” y “Televisión Autónoma de Aragón, SA.”, ostentan la condición de empresas públicas íntegramente participadas, realizando para la CARTV (y por tanto para la Administración de la Comunidad Autónoma) la gestión mercantil del servicio público, con la consideración de poderes adjudicadores a los efectos de la aplicación de la normativa de contratos, rigiéndose, tal como se señala en sus Decretos de constitución y sus Estatutos, “por el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”,

Segundo.- Sobre las encomiendas de gestión a ejecutar por las entidades o sociedades, existe una normativa administrativa que ha ido evolucionando desde un punto en el que sólo se admitía tal fórmula entre entes administrativos de matiz público, hasta la modificación del Real Decreto Legislativo 2/2000 por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que permitió la encomienda de gestión sobre las sociedades mercantiles íntegramente participadas al añadir el párrafo 1) dentro del artículo 3.1 del anterior Decreto Legislativo. Esta evolución se hace al compás de los conceptos y matices que se van produciendo en la doctrina europea de contratación.

Con anterioridad al Real Decreto Ley 5/2005, la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, de medidas en materia de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, artículo 2, punto 59, introdujo la disposición adicional decimotercera en la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, regulando los denominados encargos de ejecución a empresas públicas íntegramente participadas, superando la prohibición de encomiendas a entes de derecho privado que se contenía en el artículo 15,5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es de destacar que cuando en la Administración de la Comunidad Autónoma se crea una empresa pública, no se puede entender que tal empresa nazca de forma separada-o excluida de la aplicación de las normas del propio ordenamiento de la Comunidad Autónoma, o en este caso de la aplicación del Decreto Legislativo 2/2001 de 3 de julio, y por tanto del contenido de su disposición adicional decimotercera. Es

más, en el caso de la creación de las empresas públicas, su constitución, requisitos y forma jurídica se regulan en el propio texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, por lo que se daría la paradoja de que el Decreto de constitución de la empresa llamara a la aplicación de ciertos preceptos de la Ley de la Administración, y rechazara la aplicación de su disposición adicional decimotercera estando ambos preceptos vigentes al tiempo de la creación de la empresa pública. De otra parte, y sobre las empresas ya creadas al tiempo de la aprobación de la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, se puede entender que el superior rango de la Ley y su aprobación posterior suponen la modificación del régimen aplicable y por tanto la inserción en las normas constitutivas y reguladoras de cada sociedad de la regulación de los encargos de ejecución prevista en la Ley 11/2000.

Tercero.- La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) marca un nuevo ámbito de aplicación objetivo de sus normas, entendiéndose incluidos los convenios entre organismos de la misma administración siempre que su objeto sea propio de los contratos de obra servicios o suministro, pero excluyendo del ámbito de la norma los casos del denominado “in house providing”, siempre que, además de los dos requisitos reiterados en la doctrina de los tribunales europeos (control análogo y prestación de servicios para el poder adjudicador), se reúna un tercer requisito: que en los estatutos o norma de creación del poder adjudicador se mencione la condición de “medio propio o servicio técnico”, Se requiere además que se mencione en esta norma de creación ó estatutos el régimen de encomiendas que pueden conferirse, aun cuando el propio artículo 24.6, de la LCSP en párrafo anterior mencionaba que en todo caso se entendería que existe ese “control análogo” si las encomiendas son de ejecución obligada, con lo que carecería de sentido mencionar en la norma de creación la posibilidad de encomiendas si éstas son de obligado cumplimiento.

Cuarto.- La exigencia rigorista de este tercer requisito puede dar lugar a absurdos como entender que los organismos autónomos (los servicios de salud de cualquier Comunidad Autónoma), que tienen personalidad jurídica separada de la Administración matriz y, por tanto, se deben entender como poder adjudicador y Administración Pública a efectos de contratación, no podrían ser considerados como “medio propio” si no tuvieran tal condición prevista expresamente en sus Leyes de creación o se mencionara precisamente el régimen de las encomiendas.

De la misma forma la aplicación literal de la LCSP de la norma, supondrá la inaplicación de una norma, de rango de Ley que quedaría desplazada por el carácter y eficacia propio de la LCSP como norma básica, consecuencia que requeriría el necesario aplomo para lograr el principio de la seguridad jurídica (suma de certeza, legalidad, jerarquía y publicidad) como clave del ordenamiento.

Quinto.- Dada la falta de sentido teleológico (finalista) que el rigor en la interpretación de la norma puede producir y las dudas que sobre la aplicabilidad o desplazamiento de la normativa de la propia Comunidad, se plantea a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón esta consulta.

## CONSULTA

1º.- ¿Se puede considerar que en los casos de entes, organismos, entidades, que se crean con el exclusivo fin de prestar un servicio público por cuenta y en nombre de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el hecho de imprimirse esta finalidad o servicio en origen se puede dar por cumplido el requisito del “reconocimiento expreso” de la condición de “medio propio” para lo atinente a este servicio público, aun cuando no se mencione esta condición utilizándose estas concretas palabras?.

2º.- En el caso de la CARTV, como Organismo Público y Ente de Derecho Público, personificación del servicio pública de radiodifusión que está sujeto al cumplimiento de las encomiendas de gestión de acuerdo al texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma y el artículo 19 de la Ley 8/1987, ¿es necesario modificar o desarrollar la norma de creación insertando la mención “medio propio” para entender que este ente es efectivamente, medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma y los poderes adjudicadores que de ésta dependen en el ámbito del servicio público de radiodifusión?.

3º.- ¿Puede entenderse que mediante la regulación contenida en la disposición adicional decimotercera del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, se cumple por las empresas públicas con la expresión de ser medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos cuando esta norma se menciona expresamente en los Decretos de constitución de las empresas o en sus Estatutos?”

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 3 de noviembre de 2008, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar, con carácter facultativo, sobre las consultas elevadas a la misma en materia de contratación.

Por otro lado, la petición de informe ha sido formulada por un órgano legitimado para hacerlo, tal y como exige el artículo 6.d) del citado Decreto, para el supuesto de informes solicitados por organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

**II. Sobre la necesidad de reconocimiento expreso de la condición de medio propio en las normas de creación de la entidad Corporación Aragonesa de Radio y Televisión o en sus Estatutos, de conformidad con la exigencia del artículo 24.6 LCSP, para poder actuar como tal en la gestión del servicio público de Radio y Televisión.**

La consulta formulada por la CARTV incluye tres preguntas susceptibles de refundir en dos cuestiones diferentes:

a) La primera de ellas plantea si es necesario, para que una entidad de Derecho Público como la CARTV y sus dos sociedades a través de las cuales se gestiona el servicio público de radio y televisión, puedan ser considerados medio propio a los efectos de quedar fuera de la LCSP los encargos que se le efectúen de conformidad con el artículo 4.1.n) LCSP, tener reconocida expresamente tal condición, ya sea en su ley de creación ya sea en sus Estatutos, como cabe deducir del artículo 24.6 LCSP.

b) la segunda plantea la compatibilidad de la regulación citada con la previsión de la Disposición Adicional Decimotercera del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma (aprobado por Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio) para las empresas públicas; es decir, si la calificación que se hace en esta ley de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma como medio propio de la misma, puede considerarse sustitutiva del reconocimiento expreso de tal condición que exige el artículo 24.6 en sus normas de creación.

La respuesta a la primera de estas cuestiones exige una precisión de concepto: la CARTV así como sus dos sociedades, en el ejercicio del servicio

público de radio y televisión para cuya gestión se constituyen no actúan como medio propio a través de la técnica organizativa de los “in house providing”, sino que llevan a cabo una gestión directa del servicio público.

La CARTV es una entidad de Derecho público creada específicamente para la gestión de un servicio público. Según el Preámbulo de Ley 8/1987, de 15 de abril: *“la presente ley responde pues, al propósito de la Comunidad Autónoma de crear el marco jurídico necesario para la puesta en marcha de un servicio autonómico de radio y televisión, desde la consideración, hecha por el propio Estatuto de la Radio y la Televisión, de que se trata de un servicio público esencial”*. De manera que esta ley atribuye a la Corporación la gestión de estos servicios en la Comunidad Autónoma, al mismo tiempo que faculta a la Diputación General de Aragón para crear las sociedades mercantiles que deban hacerse cargo de la gestión directa de cada una de las modalidades posibles del servicio de radiodifusión y televisión. Como expresamente se señala en la consulta, la propia Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del tercer canal de televisión imponía para la prestación de este servicio la creación de un ente de Derecho Público y la gestión del servicio por una sociedad bajo fórmulas mercantiles.

En cumplimiento de tal previsión se constituyeron las sociedades “Televisión Autónoma de Aragón, SA” y “Radio Autónoma de Aragón, SA” por sendos Decretos 13/2005 y 14/2005, de 11 de enero. En el primero de ellos figura como objeto *“la gestión del servicio público de la televisión de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante la producción y difusión simultánea de imágenes y sonidos, a través de ondas, cables o cualquier otro medio técnico sustitutivo de éstos, destinados al público en general con fines divulgativos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios. Conforme al Decreto de concesión 1890/2004 de 10 de septiembre, le corresponderá la organización, ejecución y emisión del tercer canal de televisión”*.

En el segundo igualmente se delimita su objeto social como *“la gestión de los servicios de radiodifusión de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante la producción y difusión de sonidos a través de cualquier medio técnico con destino al público en general con fines divulgativos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios”*.

De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el artículo 8 LCSP. Según el tenor literal de éste:

*“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.”*

*2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*.

Por ello para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del artículo 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de servicio público (contrato fuera del ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo).

**III. La consideración de estas entidades como medios propios. Acerca del reconocimiento expreso como medios propios de la Administración de la Comunidad Autónoma de todas las sociedades íntegramente públicas**

**que se efectúa en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley de la Administración de Aragón.**

La siguiente cuestión que se plantea en la solicitud de informe es la referente a la posibilidad de que tanto la CARTV como sus sociedades públicas “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, puedan recibir encargos como medio propio dentro del marco de sus Estatutos pero al margen de la gestión del servicio público de radio y televisión. Esta posibilidad -expresamente prevista en el artículo 4.1n) LCSP- exige, recogiendo así la jurisprudencia comunitaria en la materia, que tales medios propios reúnan los requisitos del artículo 24.6 LCSP. Según éste:

*“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria por ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles los contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas*



*convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios(..)*”.

En este artículo se recoge el concepto de medio propio –los llamados “in house providing”- que no son sino una técnica organizativa que posibilita los encargos que una Administración efectúa a otro ente con diferente personalidad jurídica, de realización de una determinada prestación y que quedan fuera del régimen de competencia propio de la legislación contractual. Esta técnica, analizada ya por esta Junta en su Informe 1/2007, de 8 de marzo, sobre “la consideración de la sociedad estatal TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón y la posibilidad de efectuar en su favor encargos de ejecución” se ha articulado en el ámbito comunitario justificando la misma por la concurrencia en tales negocios jurídicos de dos requisitos exigidos imprescindiblemente de manera acumulativa. A este respecto resulta de cita obligada la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (Teckal), donde se admite el concepto de “negocios in house providing” en los supuestos en que exista sobre el ente al que se hace el encargo un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y que aquel realice su actividad esencial para quien lo controla, estando obligada a la ejecución de tal encargo.

Sin embargo, además de recoger los dos requisitos mencionados, el legislador español ha incorporado para poder ostentar tal condición de medio propio un tercer requisito adicional, de carácter formal, que consiste en que tal condición se reconozca expresamente en la norma de creación de tales entes o en sus Estatutos. Además se exige que en tales leyes se concrete el régimen de tales encomiendas así como el ámbito subjetivo y objetivo de estos encargos.

Ante esta previsión de la Ley de Contratos del Sector Público, se plantea la CARTV, si es necesario para que tanto ella como sus sociedades puedan ser consideradas medios propios a los efectos de recibir encargos que queden fuera de la LCSP, una modificación de su respectivas normas de creación, o

bien de sus estatutos, para incorporar esa calificación expresa como medio propio; o si se puede entender como cumplimentado este requisito de reconocimiento expreso por la declaración genérica de medios propios que figura en la regulación de nuestra Administración autonómica.

En efecto, la citada Disposición Adicional 13ª LAAr califica a todas las empresas públicas de la Comunidad Autónoma (capital íntegro de la Comunidad Autónoma) como medios propios de la misma, regulando además para ellas el régimen de tales encargos tanto desde el punto de vista procedimental como de delimitación objetiva, esto es, *“en el marco de sus Estatutos y objeto social”*.

Partiendo así de esta premisa, y siendo la DA 13ª LAAr una disposición legal vigente en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma: ¿como es posible compatibilizar su aplicación con la regulación básica contenida en el artículo 4.1,n) en relación con el artículo 24.6 de la LCSP? Es doctrina unánime e indiscutible que la vigente LCSP en los supuestos de oscuridad tiene que ser interpretada en todo caso de conformidad con el derecho contractual comunitario integrado no sólo por la Directivas sino por los principios uniformemente interpretados por la jurisprudencia comunitaria en esta materia. Pues bien, en virtud del principio general de las fuentes de Derecho de aplicación prioritaria del Derecho comunitario, a nuestro juicio podemos extender tal criterio interpretativo conforme al Derecho comunitario a nuestra normativa autonómica, esto es, a la DA 13ª de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón puesto que regula una cuestión relativa al ámbito contractual. Sólo serán posibles los encargos de ejecución a que se refiera la citada DA13ª de nuestra ley de Administración cuando concurren además de la condición de la titularidad pública del capital social de tales medios los dos requisitos acumulativos exigidos por la jurisprudencia comunitaria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y encontrándose en el caso de esta Disposición las sociedades de la Televisión y de la Radio, puede entenderse que respecto de ellas ya está reconocido expresamente tal condición de medio propio susceptibles por lo tanto de recibir encargos. Además, lo cierto es que el contenido del régimen jurídico de tales encomiendas de la DA 13ª parece abarcar todo el contenido exigido por el artículo 24.6 LCSP; es decir, tanto el relativo a la delimitación del ámbito subjetivo del ente encomendante, es decir, de quienes puede recibir tales encargos, como el relativo al régimen jurídico de tales encomiendas.

Dicho lo cual, parece claro que los supuestos que no estén comprendidos en la Disposición adicional 13ª de la ley de Administración, esto es, entidades de derecho público que no lo tengan declarado o sociedades que no cumplan el requisito de capital 100% de la Comunidad Autónoma, requieren ese reconocimiento expreso en su ley de creación o Estatutos de conformidad con el artículo 24.6, párrafo tercero. Este requisito deberá ser tenido en cuenta en la creación de nuevas entidades y sociedades. Para aquellas entidades y sociedades creadas antes de la entrada en vigor de la LCSP, al tratarse de un requisito formal que no debe ser interpretado de forma excesivamente rigurosa, puede entenderse cumplido cuando así se desprenda del tenor de sus normas de creación, sin perjuicio de que por los órganos competentes deba tomarse la iniciativa de adaptar los Estatutos a la nueva ley.

### **III. CONCLUSIONES**

I. En la prestación del servicio público de radio y televisión, tanto la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión como sus sociedades llevan a cabo una gestión directa de un servicio público, de conformidad con la previsión del artículo 8.2 LCSP; y por lo tanto no estamos antes la técnica de encargos a medios propios.

II. Además de la prestación de tal servicio público y siempre dentro del marco de sus Estatutos y su objeto social, la Corporación y sus sociedades podrán recibir encargos como medios propios del artículo 4.1.n) LCSP quedando excluidos de la misma, siempre y cuando ostenten tal condición, es decir, concurren en ellos los requisitos del artículo 24.6 LCSP. El requisito formal exigido en el párrafo último de este artículo podrá entenderse cumplido para las sociedades de radio y televisión, de conformidad con la previsión de la DA13<sup>a</sup> de la ley de Administración de Aragón.

III. Sin embargo fuera de los supuestos amparados por tal declaración genérica de medio propio de la DA13<sup>a</sup>, es decir, las entidades de Derecho Público o las sociedades cuyo capital no pertenezca 100% a la Comunidad Autónoma, será necesario ese reconocimiento expreso en su ley de creación o estatutos.

**Informe 26/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 3 de noviembre de 2008.**



**SUMARIO**

**INSTRUCCIÓN Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

	Página
<b>I - INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS PREVIOS</b>	
<b>A) ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL</b>	<b>2</b>
1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores	3
2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores	4
3) Aplicación de los criterios de distinción entre entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores y entidades que no la ostentan a las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado	7
– Sociedades mercantiles del Estado	7
– Fundaciones del sector público estatal	8
– Entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado	10
<b>B) ELEMENTO OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL</b>	<b>11</b>
1) Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada	12
2) Contratos relativamente sujetos a regulación armonizada	12
<b>C) SUPUESTOS QUE RESULTAN DE LA CONJUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL</b>	<b>13</b>
1) Fundaciones del sector público estatal (ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores)	13
2) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que tengan la consideración de poderes adjudicadores	13
3) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que no tengan la condición de poderes adjudicadores	13



<b>II</b>	<b>- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES</b>	<b>14</b>
<b>A)</b>	<b>CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA</b>	<b>15</b>
	<b>1.- Requisitos relativos al órgano de contratación</b>	<b>15</b>
	<b>1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar</b>	<b>15</b>
	<b>1.2.- Perfil del contratante</b>	<b>16</b>
	<b>2.- Condiciones de aptitud del contratista</b>	<b>16</b>
	<b>2.1.- Capacidad de obrar</b>	<b>17</b>
	<b>2.2.- Prohibiciones de contratar</b>	<b>17</b>
	<b>2.3.- Condiciones de solvencia y clasificación</b>	<b>18</b>
	<b>2.4.- Eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado</b>	<b>18</b>
	<b>2.5.- Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental</b>	<b>19</b>
	<b>3.- Elementos reales</b>	<b>19</b>
	<b>3.1.- Objeto del contrato</b>	<b>19</b>
	<b>3.2.- Precio</b>	<b>20</b>
	<b>3.3.- Plazo de duración y prórrogas</b>	<b>20</b>
	<b>4.- Elementos formales</b>	<b>20</b>
	<b>4.1.- Prohibición de contratación verbal</b>	<b>20</b>
	<b>4.2.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria</b>	<b>21</b>
	<b>4.3.- Mesa de contratación</b>	<b>21</b>
	<b>4.4.- Expediente de contratación</b>	<b>21</b>
	<b>a) Pliegos reguladores del contrato</b>	<b>21</b>
	<b>b) Tramitación urgente</b>	<b>25</b>
	<b>4.5.- Procedimientos de adjudicación</b>	<b>25</b>
	<b>4.6.- Perfección</b>	<b>26</b>
	<b>4.7.- Formalización</b>	<b>26</b>
	<b>4.8.- Obligación de remitir información o datos de los contratos celebrados</b>	<b>27</b>
	<b>5- Contenido del contrato</b>	<b>28</b>
	<b>5.1.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos</b>	<b>28</b>
	<b>5.2.- Garantías</b>	<b>29</b>
	<b>5.3.- Prerrogativas</b>	<b>30</b>
	<b>5.4.- Pago del precio</b>	<b>31</b>



	<b>5.5.- Revisión de precios</b>	32
	<b>5.6.- Penalidades por demora y ejecución defectuosa</b>	33
	<b>5.7.- Cesión del contrato y subcontratación</b>	33
	<b>5.8.- Causas de resolución</b>	34
<b>B)</b>	<b>CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA</b>	36
	<b>1.- Elementos subjetivos</b>	37
	<b>1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar</b>	37
	<b>1.2. Condiciones de aptitud del contratista</b>	37
	<b>2. Elementos formales</b>	37
	<b>2.1.- Procedimientos de adjudicación</b>	37
	<b>2.2.- Perfección</b>	42
	<b>2.3.- Elaboración de pliegos</b>	43
	<b>3. Contenido del contrato</b>	43
<b>III</b>	<b>- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES</b>	44
<b>IV</b>	<b>- IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS FUNDACIONES ESTATALES. IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES QUE OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES</b>	46
<b>A)</b>	<b>CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA</b>	47
	<b>A.1.- Impugnación de los actos de preparación y de adjudicación provisional</b>	47
	<b>A.2.- Impugnación en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos</b>	50
<b>B)</b>	<b>CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA</b>	51
<b>V</b>	<b>- IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES</b>	52



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO -DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGADO GENERAL DEL ESTADO

**INSTRUCCIÓN Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

**I - INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS PREVIOS**

La determinación del concreto régimen jurídico al que han de sujeción su actividad contractual las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado exige tomar en consideración dos factores o elementos: 1) El que puede calificarse como elemento subjetivo de la relación contractual y que atiende al dato de si las mencionadas entidades ostentan o no la condición de poderes adjudicadores según el concepto que de los mismos establece la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y 2) El que puede calificarse como elemento objetivo de la relación contractual de que se trate en cada caso y que atiende al dato de si el contrato que se pretende concertar tiene o no la condición de contrato sujeto a regulación armonizada de acuerdo con el concepto que de esta figura se indicará más adelante.

Procede, en consecuencia, examinar separadamente cada uno de estos dos elementos (epígrafes A y B de este apartado I) para, posteriormente, indicar los distintos supuestos que resultan de la conjunción de ambos elementos o factores (epígrafe C de este apartado I).

CORREO ELECTRÓNICO:

dsje@dsje.mju.es

C/ San Bernardo, 45  
28015 MADRID  
TEL.: 91 390 23 04/41  
FAX: 91 390 23 65





## **A) ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

La LCSP delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la misma por referencia a un concepto genérico, cual es el de sector público, concepto que solamente define (artículo 3, apartado 1) por enumeración de los entes, organismos y entidades que lo integran, de muy diversa tipología o configuración jurídica, ya que en él quedan incluidos tanto entidades con personificación jurídico-pública (Administraciones Públicas territoriales y entidades públicas comprendidas en la denominada Administración Institucional) como entidades con personificación jurídico-privada (sociedades mercantiles y fundaciones).

En sí mismo considerado, el concepto de sector público carece propiamente de relevancia para determinar cuál sea el concreto régimen jurídico al que debe someter su actividad contractual la entidad u organismo que se considere, ya que dicho concepto constituye solamente la base o el soporte sobre el que se asientan los tres grupos o categorías de entes, organismos y entidades que resultan relevantes para determinar el concreto régimen de contratación que deba seguirse: 1) Administraciones Públicas; 2) Poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administraciones Públicas, y 3) Entes, organismos y entidades que no tienen la consideración de poderes adjudicadores. Así resulta del artículo 3, apartados 2 y 3, en relación con los artículos 122, 173 y 176 de la LCSP.

Partiendo de la anterior tripartición y como quiera que la presente Instrucción tiene por objeto determinar no sólo el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles del Estado y fundaciones del sector público estatal, sino también el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las entidades públicas empresariales dependientes o vinculadas a la Administración del Estado, resulta necesario hacer una precisión concerniente a estas últimas entidades. Si bien las entidades públicas empresariales, reguladas junto con los Organismos autónomos en el Título III (artículos 41, 42, 43 y 53 a 60) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ostentan indudablemente la condición de Administraciones Públicas, esta caracterización desaparece en la LCSP y a los exclusivos efectos de la misma. Así, el artículo 3, apartado 2, de la LCSP, tras enumerar los entes, organismos y



entidades del sector público que tienen la condición de Administraciones Públicas, dispone en su último párrafo que “no obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”.

Hecha la anterior precisión y descartada, por tanto, la configuración de las entidades públicas empresariales como Administraciones Públicas –a los efectos de la LCSP–, dos son los grupos o categorías que han de considerarse para precisar el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las entidades objeto de la presente Instrucción: **1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores; y 2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores.**

**1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores**

El concepto de este primer grupo o categoría aparece precisado en el artículo 3, apartado 3, de la LCSP. A la vista de este precepto, dicho concepto resulta de la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Ha de tratarse de entes, organismos o entidades –es indiferente su forma de personificación jurídica y, por tanto, carece de trascendencia que se trate de personificación jurídico-pública o de personificación jurídico-privada– que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.

b) Ha de cumplirse, al menos, una de las tres siguientes exigencias: 1) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; 2) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión; y 3) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.



A los poderes adjudicadores definidos en los términos que acaban de indicarse –entes, organismos o entidades que cumplan el requisito consignado en la letra a) y que cumplan, al menos, uno de los tres requisitos consignados en la letra b)– han de añadirse, por expresa determinación del artículo 3, apartado 3, letra c) de la LCSP, ostentando, por ende, la condición de poder adjudicador, las asociaciones constituidas bien por las entidades que ostentan la condición de Administraciones Públicas y que enumera el artículo 3, apartado 2, de la LCSP, bien por las entidades que, conforme a lo dicho, ostentan la condición de poderes adjudicadores.

## **2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores**

El concepto de este segundo grupo o categoría no aparece establecido en la LCSP, pese a que a él se refiera expresamente como destinatario de un específico régimen de contratación el artículo 176 de dicho texto legal. En realidad, el concepto de este segundo grupo o categoría resulta por contraposición del concepto de poderes adjudicadores y, más concretamente, por contraposición del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior: si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. La contraposición de la que resulta el concepto de ente, organismo o entidad que no ostenta la condición de poder adjudicador lo es, como se ha indicado, respecto del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior, sin que pueda serlo respecto de los requisitos de la letra b) de dicho apartado, y ello en razón de que si no se cumpliese ninguno de dichos requisitos se estaría en presencia de una entidad no comprendida en el sector público y a la que, por tanto, no le sería aplicable la LCSP.

Fijados así el concepto de ente, organismo y entidad que tiene la condición de poder adjudicador y el concepto de ente, organismo y entidad que no tiene la

consideración de poder adjudicador, la distinción entre uno y otro se reconduce, como fácilmente se comprende, a la distinción entre la finalidad mercantil (o industrial) y la finalidad no mercantil (o no industrial) para la que haya sido creado el ente, organismo o entidad.

En este punto, y puesto que los conceptos que sanciona la LCSP están tomados del Derecho Comunitario, debe traerse a colación la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a propósito de la distinción entre entidades que satisfacen fines (de interés general) no mercantiles o industriales y aquéllos que se ordenan a la satisfacción de necesidades (de interés general) que tienen carácter mercantil o industrial.

La doctrina mantenida por el TJCE (entre otras, sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C-373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; Gemeente Arnhem de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Korhonen de 22 de mayo de 2003, C-18/01; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C-353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00; Sociedades Anónimas de Vivienda de Alquiler Moderado de 1 de febrero de 2001, C-237/99; BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Universale Bau de 12 de diciembre de 2002, C-470/99) se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación. Como tales pautas o criterios pueden señalarse los siguientes:

– Consideración del objeto de la entidad y organismo: la vinculación del objeto a potestades públicas (en alguna sentencia se habla de vinculación al orden público) y, como consecuencia de ello, la inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial. Por otra parte, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, habrán de tenerse en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad u organismo.



– Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

– Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando situaciones concursales, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.

– Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos del poder público inclina a la negación del carácter mercantil o industrial.

La diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJCE y, especialmente, la circunstancia de que no todos ellos han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios.

Para concluir este extremo, debe indicarse que ha merecido particular atención del TJCE el supuesto de un mismo organismo o entidad que simultáneamente realice actividades que deban calificarse como estrictamente públicas y actividades netamente mercantiles (sentencia Mannesmann de 15 de enero de 1998, C-44/96). En relación con este supuesto, el repetido órgano judicial ha entendido que esa duplicidad de actividades no exime de la observancia de las normas contenidas en las Directivas sobre contratos públicos cuya aplicación se extiende, por tanto, no sólo a los contratos relacionados con las actividades públicas, sino también a los relacionados con las actividades de



carácter privado o mercantil, y ello aun cuando estas últimas actividades sean económicamente preponderantes.

**3) Aplicación de los criterios de distinción entre entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores y entidades que no la ostentan a las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado**

Establecida, en los términos que se han indicado, la distinción entre entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poderes adjudicadores y aquellos otros que no ostentan esta condición, procede ya determinar la ubicación o encuadramiento de las sociedades mercantiles del Estado, de las fundaciones del sector público estatal y de las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado en dichas categorías.

**- Sociedades mercantiles del Estado**

Conceptuando el artículo 3, apartado 1, letra d), de la LCSP a las sociedades mercantiles del sector público como "las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado es superior al 50 por ciento", el concepto de sociedad mercantil del Estado o sociedad mercantil del sector público estatal no tiene otra matización que la de ser las entidades partícipes en el capital social (entidades enumeradas en las letras a) a f) del artículo 3, apartado 1, de la LCSP) entidades del ámbito de la Administración General del Estado, es decir, entidades vinculadas o dependientes de la aludida Administración.

Las circunstancias de que estas entidades tengan personificación jurídico-privada de sociedad mercantil y de que, más concretamente, sean en la generalidad de los casos sociedades anónimas no permiten afirmar que han sido creadas para satisfacer fines de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, nunca sean poderes adjudicadores. Aunque el artículo 3, inciso inicial, del Texto



Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, atribuye a la sociedad anónima carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, debe tenerse presente que una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario, y esto es lo que significa dicho precepto legal, y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial), siendo así que lo que toma en consideración la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2004 y, por tanto, la LCSP es el objeto (fin de la sociedad) para establecer un régimen jurídico en materia contractual diferente según que su objeto (fin) sea o no mercantil (o industrial). La propia realidad así lo confirma, pudiendo citarse a este respecto el caso de la Sociedad Estatal de Equipamientos e Infraestructuras Penitenciarias: estando constituida como sociedad anónima, no puede entenderse, sin embargo, que su objeto –planificación y creación de centros penitenciarios, genéricamente dicho– sea mercantil ni, por tanto, que haya sido creada para una finalidad mercantil; así lo confirmó la antes citada sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, C-283/00.

En consecuencia, debe concluirse que no puede establecerse una igualdad absoluta entre sociedad mercantil estatal y entidad que no sea poder adjudicador, en términos tales que toda sociedad mercantil estatal en ningún supuesto sea un poder adjudicador; habrá de examinarse caso por caso, atendiendo principalmente al objeto de la sociedad tal y como aparezca delimitado en la norma de creación, en su caso, y en los estatutos.

#### **– Fundaciones del sector público estatal**

El artículo 3, apartado 1, letra f), de la LCSP alude, como entidades integrantes del sector público, a “las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. Partiendo de este concepto, la



figura de la fundación estatal o fundación del sector público estatal no presenta otra matización que la de pertenecer las entidades que efectúan la aportación fundacional al sector público estatal.

A diferencia de lo que acontece con las sociedades mercantiles del Estado, respecto de las cuales es necesario, según lo dicho, examinar caso por caso ante la posibilidad de que, por no tener por fin actividades mercantiles o industriales, algunas de ellas deban reputarse poderes adjudicadores, tratándose de fundaciones del sector público estatal ha de entenderse que todas ellas ostentan la condición de poderes adjudicadores, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. En efecto, con directo fundamento en lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución ("Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley"), el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones preceptúa que "son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". Esta caracterización de los fines de las fundaciones como fines de interés general excluye la posibilidad de que el objeto de aquéllas tenga carácter mercantil o industrial, como lo viene a confirmar la enumeración de los fines de las fundaciones que *ad exemplum* efectúa el artículo 3 de dicho texto legal, sin que este criterio quede desvirtuado por la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas, ya que éstas no pasan de ser actividades complementarias o accesorias de sus fines (que no tienen carácter mercantil o industrial) como precisa el artículo 24 de la Ley 50/2002, situándose dichas actividades económicas en un plano secundario. A lo anterior debe añadirse que en el caso de fundaciones del sector público estatal la consecución de fines de interés general (lo que excluye la caracterización mercantil o industrial) queda, si cabe, más reforzada, desde el momento en que el artículo 46.1.b) de la citada Ley 50/2002 dispone, en relación con dichas fundaciones, que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, por lo que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de las fundaciones del sector público estatal habrán de ser necesariamente fines de interés general o públicos.

Debe, pues, entenderse que, como se ha dicho, las fundaciones del sector público estatal ostentan siempre la condición de poderes adjudicadores.





## **- Entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado**

Constituyendo las entidades públicas empresariales junto con los Organismos autónomos la categoría de Organismos públicos que regula el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el artículo 2.3 de este texto legal dispone que "los Organismos públicos previstos en el Título III de esta Ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado..."; por su parte, y ya con referencia a las entidades públicas empresariales, el artículo 53.1 de la Ley 6/1997 define a estas entidades como "Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación".

A la vista de la definición que de las entidades públicas empresariales establece el artículo 53.1 de la citada Ley 6/1997, no cabe afirmar categóricamente, como en principio pudiera dar a entender su denominación, que estas entidades han sido creadas en todo caso para satisfacer finalidades de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, no son poderes adjudicadores, dado que dicho precepto legal alude como fines de las entidades públicas empresariales no sólo a la producción de bienes (de interés público) susceptibles de contraprestación, lo que tiene una innegable connotación mercantil, sino también a la realización de actividades prestacionales y a la gestión de servicios, funciones estas últimas que no cabe calificar sin más como funciones mercantiles o industriales. Así lo confirma la realidad, pudiendo traerse a colación a este respecto el caso de SASEMAR: configurada por el artículo 89 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante como una entidad de Derecho público, el Real Decreto 370/1999, de 5 de marzo, le atribuye la condición de entidad pública empresarial; ahora bien, atendido su objeto, difícilmente puede entenderse que se trata de una entidad creada para fines mercantiles o industriales, ya que no cabe atribuir este carácter a las funciones de



búsqueda y salvamento marítimo, control del tráfico marítimo y ayuda al mismo y prevención y lucha contra la contaminación del medio marino (artículo 90 de la Ley 27/1992).

Debe entenderse, en consecuencia, que no puede establecerse una equiparación absoluta y total entre entidad pública empresarial y entidad que ha sido creada para fines mercantiles o industriales o, lo que es igual y a los efectos que aquí interesan, una equiparación absoluta entre entidades públicas empresariales y entidades que no ostentan la condición de poder adjudicador.

## **B) ELEMENTO OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

Como se ha indicado al comienzo del apartado I de la presente Instrucción, la determinación del concreto régimen jurídico al que deban someter su actividad contractual las sociedades mercantiles del Estado, las fundaciones del sector público estatal y las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado viene dada no sólo por la circunstancia de que tengan o no la consideración de poderes adjudicadores –lo que se ha denominado elemento subjetivo de la relación contractual–, sino también por el elemento objetivo de dicha relación y que no es otro que el concepto o categoría legal de “contrato sujeto a regulación armonizada”, con lo que se alude a determinados negocios jurídicos que por razón de su tipo y cuantía se encuentran sometidos a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2004.

Partiendo de la delimitación general que de los contratos sujetos a regulación armonizada establece el artículo 13 de la LCSP y teniendo en cuenta las previsiones de los artículos 14 a 16, ambos inclusive, de este texto legal, puede establecerse la siguiente clasificación:



### **1) Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada**

En esta primera categoría quedan comprendidos: a) los contratos relacionados en el artículo 13, apartado 2; y b) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP.

### **2) Contratos relativamente sujetos a regulación armonizada**

En esta segunda categoría quedan comprendidos los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 y 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP. Estos contratos tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada cuando concurren las dos siguientes condiciones: a) que su valor estimado conforme a las reglas que establece el artículo 76 sea igual o superior a las cuantías que para cada uno de los indicados tipos establecen los artículos 14 (contratos de obras), 15 (contratos de suministro) y 16 (contratos de servicios –comprendidos en las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II–) de la LCSP; y b) que la entidad del sector público que contrate tenga el carácter de poder adjudicador, para lo que deberán tenerse en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado I.A) de esta Instrucción. En consecuencia, faltando alguno de los dos requisitos que acaban de indicarse, el contrato no tendrá la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada.

En relación con la clasificación que acaba de exponerse, no se han tenido en cuenta el contrato de concesión de obra pública, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de gestión de servicios públicos, y ello en razón de que, refiriéndose la presente Instrucción al régimen jurídico de la contratación de sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales de la Administración del Estado, es decir, de entidades que no ostentan la condición de Administraciones Públicas (recuérdese que por expresa determinación de la LCSP las entidades públicas empresariales no ostentan la condición de Administraciones Públicas), los referidos contratos sólo pueden ser otorgados por Administraciones Públicas;



así resulta, para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, del artículo 11.1; para el contrato de gestión de servicios públicos, del artículo 8.1; y para el contrato de concesión de obra pública, a falta de indicación expresa en el artículo 7, de los artículos 223 a 249 de la LCSP.

### **C) SUPUESTOS QUE RESULTAN DE LA CONJUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

De la conjunción del elemento subjetivo de la relación contractual –carácter o no de poder adjudicador que ostente la entidad de que se trate– y del elemento objetivo de dicha relación –carácter o no de contrato sujeto a regulación armonizada del que se considere– resultan las siguientes combinaciones:

#### **1) Fundaciones del sector público estatal (ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores):**

- a) contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) contratos no sujetos a regulación armonizada.

#### **2) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que tengan la consideración de poderes adjudicadores:**

- a) contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) contratos no sujetos a regulación armonizada.

#### **3) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que no tengan la condición de poderes adjudicadores**

En este tercer supuesto, carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada.



Ninguno de los contratos que celebren estas entidades puede calificarse como contrato sujeto a regulación armonizada.

El régimen jurídico de estos supuestos se expone seguidamente en los siguientes apartados de la presente Instrucción.

## **II - RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES**

Conforme se ha indicado en el apartado I.A).3) de esta Instrucción, las fundaciones estatales ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores (a diferencia de lo que acontece con las sociedades mercantiles del Estado y con las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, respecto de las cuales habrá de examinarse caso por caso, según lo dicho en el citado apartado de esta Instrucción, si ostentan o no la condición de poderes adjudicadores). Es por ello por lo que debe indicarse, como observación preliminar, que la referencia que en el presente apartado II se hace a las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado lo es en el sentido de que las fundaciones estatales ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores y de que las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que se consideran en este apartado II son únicamente las que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Hecha la anterior observación, es necesario distinguir, a estos efectos, entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquéllos otros que no lo están.



## **A) CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA**

Para facilitar la comprensión del régimen jurídico aplicable a este supuesto, conviene hacer previamente la siguiente indicación general y sintética: los contratos sujetos a regulación armonizada que se concierten por las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se rigen, en lo que respecta al procedimiento para su adjudicación, por las normas establecidas para la adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas con determinadas especialidades y, en lo que respecta a su régimen de fondo –efectos, cumplimiento y resolución–, por las normas del Derecho privado, ya que los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por dichas entidades no son contratos administrativos, lo cual no impide que las referidas entidades puedan aplicar en determinados extremos, al amparo del principio de libertad de pactos, las previsiones de la LCSP en los términos que se indicarán.

En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las mencionadas entidades deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

### **1.- Requisitos relativos al órgano de contratación**

**1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar.** Respecto de las entidades públicas empresariales, a falta de disposición específica en las correspondientes normas de creación o regulación del funcionamiento de estas entidades, la condición de órganos de contratación corresponde a sus Presidentes o Directores (artículo 291.2 de la LCSP). Por lo demás, debe indicarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291.4 de dicho texto legal, pueden constituirse en las entidades públicas empresariales Juntas de Contratación con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del Departamento ministerial a que aquéllas estén adscritas en los contratos que indica el citado precepto legal.

Respecto de las fundaciones y sociedades mercantiles estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 291.6 de la LCSP, la capacidad para



contratar de los representantes legales de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de Derecho privado que sean en cada caso de aplicación.

Como regla común a las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, debe indicarse que sus respectivos órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar su competencia y facultades (artículo 40.2).

**1.2.- Perfil del contratante.** Como novedad respecto al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), el artículo 42 de la LCSP establece, con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos legalmente previstos, la exigencia de que los órganos de contratación difundan, a través de Internet, su perfil de contratante, en el que se podrán incluir cualesquiera datos e informaciones relativos a la actividad contractual del órgano de contratación. La forma de acceso al perfil de contratante debe especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 309, en los pliegos y anuncios de licitación.

## **2.- Condiciones de aptitud del contratista**

El artículo 43 de la LCSP refiere las condiciones de aptitud que enumera (capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, y acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, de la clasificación) a cuantas personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, deseen contratar "con el sector público", concepto en el que se encuentran comprendidas las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público estatal, así como las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.



En consecuencia, resultan aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las mencionadas entidades las normas establecidas al efecto en la LCSP, con las peculiaridades que, en algunos puntos, establece el texto legal. Así:

**2.1.- Capacidad de obrar.** Resultan aplicables los preceptos de la Ley relativos a la capacidad de las personas jurídicas (artículo 46), a la capacidad de las empresas comunitarias (artículo 47), y a las uniones temporales de empresas (artículo 48), así como el artículo 61, relativo a la forma de acreditar la capacidad de obrar.

Por lo demás, son también aplicables las previsiones del artículo 44 (necesidad de que las empresas no comunitarias acrediten que el Estado de procedencia admite la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con las entidades del sector público asimilables a las enumeradas en el artículo 3 de forma sustancialmente análoga) y del artículo 45 (imposibilidad de que concurren a las licitaciones empresas que hubiesen participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato cuando dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado respecto del resto de las empresas licitadoras).

**2.2.- Prohibiciones de contratar.** Frente a la redacción del artículo 20 del TRLCAP, que refiere dichas prohibiciones a "la Administración", el artículo 49 de la LCSP enumera en su apartado 1 una serie de prohibiciones para contratar con el "sector público" y en su apartado 2 otras que, adicionalmente, se aplicarán sólo a la contratación de las Administraciones Públicas. En consecuencia, las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán exigir en su contratación armonizada el cumplimiento de las prohibiciones de contratar del artículo 49.1 de la LCSP, siendo también de aplicación el artículo 62, relativo a la acreditación o prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar por parte de los empresarios.



**2.3.- Condiciones de solvencia y clasificación.** El artículo 51 de la LCSP también refiere el requisito de la solvencia económica y financiera y profesional o técnica a la contratación "con el sector público", por lo que serán de aplicación los preceptos de la Ley (artículos 51 a 53 y 64 a 68) a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la admisión de medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 se circunscribe, en el artículo 63.3 de la Ley, a los contratos no sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Interesa destacar, como novedad frente a la regulación del TRLCAP, que el artículo 52 de la LCSP introduce la posibilidad, expresamente prevista en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, de acreditar la solvencia exigida mediante medios externos, pudiendo el empresario "basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios".

Respecto de la clasificación, del artículo 54.5 de la LCSP se desprende que su exigencia, cuando se trate de entidades del sector público que no tengan carácter de Administración Pública –como es el caso de las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado–, será potestativa. Obviamente, la clasificación que se tenga será siempre medio de prueba de la solvencia (artículo 63.2).

**2.4.- Eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.** Debe tenerse en cuenta que la inscripción de un empresario en el citado Registro acredita, "frente a todos los órganos de contratación del sector público" y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad, capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica



y financiera y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en dicho Registro.

En consecuencia, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán admitir la acreditación de las condiciones de aptitud de los empresarios que concurren a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren mediante la certificación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley, emita el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

**2.5.- Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental.** Los artículos 69 y 70 de la LCSP refieren, respectivamente, la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental a los contratos sujetos a una regulación armonizada, por lo que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán tener en cuenta, respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, las previsiones de dichos preceptos.

### **3.- Elementos reales**

Cabe distinguir en este punto el objeto, el precio y el plazo de duración del contrato:

**3.1.- Objeto del contrato.** Resultan aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades de continua referencia las normas contenidas en el artículo 74 de la LCSP, expresamente referidas al objeto de "los contratos del sector público". Se habrán de tener presentes, en consecuencia, las normas sobre el carácter determinado del objeto, la prohibición de fraccionamiento del mismo, las reglas sobre división del objeto en lotes y la posibilidad de contratación separada de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra.



**3.2.- Precio.** Las normas relativas al precio de los contratos del artículo 75 aparecen también referidas, en su apartado 1, a los "contratos del sector público", por lo que, en principio, resultan de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades que se examinan.

La prohibición de pago aplazado del artículo 75.7 se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado podrán establecer esta modalidad de pago salvo previsión expresa en contrario en su normativa contable o presupuestaria.

Sí resultan aplicables a los contratos que se examinan las normas de la LCSP sobre cálculo del valor estimado de los contratos (artículo 76). En relación con la exigencia (artículo 75.1) de que los órganos de contratación tengan en cuenta, al efectuar dicha estimación, "las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados", debe señalarse que, por expresa indicación del artículo 174.1.a) de la LCSP, no son aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas –como es del caso–, los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 136.

**3.3.- Plazo de duración y prórrogas.** Resulta aplicable en este punto el artículo 23 de la LCSP, también referido a los "contratos del sector público".

#### **4.- Elementos formales**

**4.1.- Prohibición de contratación verbal.** Resulta igualmente aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de continua referencia la prohibición de contratar verbalmente que el artículo 28 de la Ley impone a los entes, organismos y entidades del sector público.



**4.2.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria.** Resulta plenamente aplicable a las entidades de que se trata la exigencia de justificar, en la documentación preparatoria del contrato, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (artículo 22 de la LCSP).

**4.3.- Mesa de contratación.** La exigencia de Mesa de contratación en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad del artículo 161.1 y las normas sobre composición y nombramiento de los miembros de dicha Mesa que establece el artículo 295 de la Ley resultan aplicables a las Administraciones Públicas.

Ello no obstante, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que el artículo 1 de la LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 de la Ley para las Administraciones Públicas.

#### **4.4.- Expediente de contratación**

**a) Pliegos reguladores del contrato.** El Título I del Libro II de la LCSP lleva por rúbrica la de "Preparación de los contratos de las Administraciones Públicas", por lo que los preceptos de su Capítulo I (artículos 93 a 104) –relativos a la iniciación, contenido y aprobación del expediente de contratación, a la tramitación urgente y de emergencia, a los pliegos de cláusulas administrativas generales y



particulares, así como de prescripciones técnicas, entre otras materias–, no resultan aplicables a las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.

La preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas se somete a lo dispuesto en el artículo 121 de la LCSP, que se declara también aplicable a los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley de cuantía igual o superior a 211.000 euros y a los contratos subvencionados del artículo 17. Pues bien, en tales supuestos, el artículo 121 exige observar “las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas” y las previsiones de los artículos 102 a 104, sobre condiciones especiales de ejecución del contrato, información sobre obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones laborales, e información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Añade el apartado 2 del artículo 121 que “en contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104...”.

De la redacción del artículo 121 de la LCSP parece desprenderse que la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas exige la elaboración de un pliego de prescripciones técnicas en el que se observen las reglas del artículo 101 de la Ley, pero no un pliego de cláusulas o condiciones particulares que –con independencia de la concreta denominación que se le atribuya– defina las normas aplicables a la licitación y el régimen de derechos y obligaciones de las partes.



Sin embargo, la interpretación anterior no resulta atendible, pues, en primer lugar, conduce a la paradójica conclusión de que los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas no exigirían la elaboración de un pliego de cláusulas o condiciones particulares, mientras que los contratos no sujetos a regulación armonizada de esos mismos poderes adjudicadores, si exceden de 50.000 euros, sí exigirían un pliego en el que se recojan los extremos que indica el artículo 121, apartado 2, al disponerlo así este precepto, conclusión que carece de lógica, pues no resulta coherente que determinados contratos no sujetos a regulación armonizada queden sometidos a normas de preparación más rigurosas (exigencia de que se elabore un pliego) que las exigidas en los contratos que la Ley sí somete a regulación armonizada. En segundo lugar, la conclusión anteriormente apuntada (con arreglo a la cual la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no precisaría la elaboración de un pliego de cláusulas o condiciones particulares) resulta desvirtuada si, en aplicación de un criterio sistemático de interpretación, se pone en relación el artículo 121 de la Ley con otros preceptos de dicho texto legal, como los artículos 26 ó 37.

Así, el artículo 26 de la LCSP, al regular el contenido mínimo de los "contratos del sector público", enumera una serie de menciones que habrán de constar necesariamente en el contrato "salvo que se encuentren recogidas en los pliegos", pliegos que, dado el contenido jurídico de las indicadas menciones, sólo pueden ser los de cláusulas administrativas particulares o los que, con otra denominación pero idéntica finalidad definitoria de las normas aplicables a la licitación y al régimen jurídico aplicable al contrato, puedan aprobar los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 37.2 de la LCSP incluye en el objeto del recurso especial en materia de contratación "los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación". Pues bien, siendo susceptibles de dicho recurso los contratos sujetos a regulación armonizada, con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad que los celebre



(Administración Pública o entidad que no tenga la condición de tal), ha de entenderse que los contratos sujetos a regulación armonizada habrán de contar, en todo caso, con pliegos de uno y otro tipo, susceptibles de dicho recurso especial. De otra parte, la circunstancia de que el artículo 37.2 no utilice la concreta denominación que ambos tipos de pliegos reciben en la Ley cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas (“pliegos de cláusulas administrativas particulares” y “pliegos de prescripciones técnicas”) y emplee otra expresión más amplia (“pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación”) que, por su contenido, permite identificar una y otra modalidad de pliegos, es un claro indicio de que la Ley está admitiendo expresamente la posibilidad de que existan pliegos de uno y otro tipo en los contratos celebrados por poderes adjudicadores distintos de las Administraciones Públicas.

A mayor abundamiento, los pliegos de cláusulas o condiciones particulares, en cuanto establecen, con carácter previo, las reglas de general aplicación a las que se ha de ajustar la licitación, constituyen el instrumento adecuado para garantizar la objetividad, igualdad y transparencia que el artículo 1 de la LCSP exige, con carácter general, en la contratación de todo el sector público.

En consecuencia, parece lógico entender que en la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones, sociedades y entidades públicas de que se trata habrán de elaborarse unos pliegos reguladores de la licitación y unos pliegos que, con observancia de las reglas del artículo 101, establezcan las características técnicas de la prestación, y ello con independencia de la concreta denominación que se atribuya a una y otra modalidad de pliegos.

Cabe añadir que los pliegos equivalentes a los de cláusulas administrativas particulares que, con independencia de su denominación, aprueben las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no han de ser preceptivamente informados por el Servicio Jurídico respectivo, pues el artículo 99.6 de la Ley circunscribe dicha exigencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la



Seguridad Social, y demás entidades públicas estatales. Ahora bien, aun no siendo preceptivo dicho informe, no sólo es posible, sino aconsejable que, en aras de la seguridad jurídica, las fundaciones, sociedades y entidades públicas de continua referencia sometan voluntariamente los pliegos tipo que vayan a aprobar a informe de sus Servicios Jurídicos respectivos.

**b) Tramitación urgente.** En casos de necesidad inaplazable o de necesidad de acelerar la adjudicación de un contrato por razones de interés público, el artículo 121.1, *in fine*, permite al órgano de contratación declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria, en cuyo caso se aplicará la reducción de los plazos para licitar y adjudicar el contrato del artículo 96.2.b). La misma regla se reitera en el artículo 174.2 de la LCSP.

**4.5.- Procedimientos de adjudicación.** La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se rige por lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley, que declara aplicables las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, con las siguientes adaptaciones:

– No son de aplicación las normas del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134, sobre intervención del comité de expertos para valoración de criterios subjetivos; las establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 136, sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas; las del artículo 140, sobre formalización de los contratos; las establecidas en el artículo 144, sobre examen de proposiciones y propuesta de adjudicación; y las del artículo 156, sobre los supuestos en los que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

– No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales (Boletín Oficial del Estado y boletines autonómicos o provinciales), entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de





información en la plataforma de contratación del artículo 309, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Con las salvedades apuntadas, resultan de aplicación necesaria a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades de continua referencia los procedimientos de adjudicación previstos en la LCSP para las Administraciones Públicas, esto es, el procedimiento abierto (artículos 141 y siguientes), el restringido (artículos 146 y siguientes), el negociado (artículo 153), con o sin publicidad (artículos 161 y 162, respectivamente), y el diálogo competitivo (artículo 163 y siguientes), sin perjuicio de los contratos menores, que también regula la LCSP (artículos 23.3, 28.2, 77.2, 95, 122.3, 138.1, 140.2 y disposición adicional duodécima.1).

**4.6.- Perfección.** Una de las novedades que incorpora la LCSP es la distinción entre la adjudicación provisional y la definitiva (artículo 135), quedando sometida la primera, que necesariamente ha de ser motivada, al recurso especial en materia de contratación que, en aplicación del Derecho comunitario, regula el artículo 37 de la LCSP, lo que se examinará en el apartado IV de esta Instrucción. Pues bien, todos los contratos sujetos a regulación armonizada, también los que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se perfeccionan, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.1, con la adjudicación definitiva.

**4.7.- Formalización.** La exigencia de formalización de los contratos contenida en el artículo 28.2 de la LCSP y desarrollada en el artículo 140 de dicho texto legal se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, excluyendo, además, expresamente el artículo 174.1.a) de la Ley la aplicación de las normas sobre formalización de contratos del artículo 140 en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas. Dicha exclusión obedece a la circunstancia de que, regulando el artículo 140 la formalización del contrato en "documento administrativo", tal exigencia ha de limitarse a aquellos sujetos que, en su



condición de Administraciones Públicas, pueden emitir este tipo de documentos, posibilidad excluida en el caso de entes que, como las sociedades estatales o las fundaciones del sector público estatal, tienen naturaleza jurídico-privada, y que queda también excluida en el caso de las entidades públicas empresariales, al no tener, a efectos de la LCSP, la condición de Administraciones Públicas.

Ha de entenderse, en consecuencia, que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no han de formalizar sus contratos en la forma prevista en el artículo 140 (formalización mediante documento administrativo), sin perjuicio de que se formalicen en documento privado o, si así se estima conveniente, en escritura pública.

Ahora bien, al no emitir las entidades de continua referencia documentos administrativos y al no poder formalizar, mediante este tipo de documentos, los contratos que celebren, estas entidades no podrán beneficiarse de la previsión contenida en el artículo 140.1 de la LCSP, con arreglo a la cual el documento administrativo de formalización del contrato constituye título suficiente para acceder a cualquier registro público. En consecuencia, la inscripción en el registro público que en cada caso proceda de los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se someterá, en cuanto al título inscribible, a la normativa aplicable en cada caso.

#### **4.8.- Obligación de remitir información o datos de los contratos celebrados.** Cabe distinguir en este punto:

a) Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.4 de la LCSP, los órganos de contratación de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán remitir al Tribunal de Cuentas la información relativa a aquellos contratos que celebren que se encuentren incluidos en los supuestos previstos en el



apartado 1 de dicho precepto (contratos de obra que excedan de 600.000 euros; contratos de suministro que excedan de 450.000 euros; contratos de servicios que excedan de 150.000 euros), así como a las incidencias de dichos contratos que enumera en el apartado 2 del citado artículo 29.

b) Remisión de información al Registro de Contratos del Sector Público. Conforme a lo dispuesto en el artículo 308.3 de la LCSP, los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley (entre las que se incluyen las entidades de que aquí se trata) comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente.

c) Remisión de datos estadísticos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 30). Por la ubicación del precepto, incluido en el Capítulo IV del Título I del Libro I de la Ley, Título que lleva por rúbrica la de "Disposiciones generales sobre la contratación del sector público", resulta también aplicable a las fundaciones del sector público estatal, a las sociedades mercantiles del Estado y a las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado contratantes la obligación de remitir datos estadísticos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los términos que establece el mencionado precepto legal.

## 5- Contenido del contrato

En este punto cabe destacar los siguientes aspectos:

**5.1.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos.** Como ya se ha indicado, el artículo 26 de la Ley establece un contenido mínimo de los contratos del sector público que, como tal, resulta plenamente aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público



estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.

También resulta aplicable a la contratación de estas entidades el principio de libertad de pactos que, con carácter general, establece el artículo 25 de la LCSP en el ámbito de los contratos del sector público.

**5.2.- Garantías.** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley, en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas la exigencia de garantía, tanto provisional como definitiva, será potestativa para el órgano de contratación, que decidirá también el importe de las mismas y el régimen de devolución o cancelación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

Siendo potestativa para el órgano de contratación la exigencia de garantías y pudiendo establecer dicho órgano el régimen de su devolución y cancelación, el repetido órgano, al amparo del principio de libertad de pactos (artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil), podrá optar por aplicar las reglas que establece la LCSP en materia de garantías o por aplicar un régimen jurídico distinto. En cualquier caso, si resultan aplicables, por expresa indicación del artículo 92.2 de la LCSP, las formas de garantía que admite el artículo 84 de dicho texto legal; ahora bien, puesto que no se trata de contratos administrativos, no resulta procedente que la garantía constituida en metálico, valores públicos o privados se deposite en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales (y sin que tampoco ello se prevea en el Título III del Reglamento de la Caja General de Depósitos aprobado por Decreto 161/1997, de 7 de febrero), por lo que esta modalidad de garantía habrá de constituirse en la cuenta de la sociedad, fundación o entidad pública contratante que se designe al efecto. Por lo demás, conviene precisar que en el primer supuesto de los indicados –opción por la aplicación de las reglas de la LCSP en materia de garantías– no será aplicable la regla del artículo 89 –preferencia en la ejecución de garantías–, al tratarse de una norma que por su materia constituye un privilegio en favor de las Administraciones Públicas y que, como tal, no puede extenderse a otros sujetos de derecho.



**5.3.- Prerrogativas.** El Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP (artículos 194 y 195) lleva por rúbrica la de "Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos". Tanto por la delimitación subjetiva del mencionado Capítulo (que se refiere exclusivamente a las Administraciones Públicas), como por su delimitación objetiva (circunscrita al ámbito de los contratos administrativos) ha de concluirse que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado carecen de las prerrogativas enumeradas en el artículo 194 de la LCSP. En consecuencia, dichas entidades carecen de las siguientes prerrogativas:

1) Interpretación del contrato por la propia sociedad, fundación o entidad pública empresarial, resolviendo las dudas que ofrezca su cumplimiento.

2) Modificación unilateral del contrato por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial contratante. No obstante, conviene precisar que, según el sentido en que se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo –no puede estimarse que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes (lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil) cuando ésta limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo–, cabe entender que es admisible la modificación del contrato por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que esté expresamente prevista esa posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato –la aceptación por el contratista de esta previsión de modificación del objeto del contrato habrá tenido lugar con la presentación de su oferta, al implicar ésta la aceptación de las cláusulas o condiciones rectoras de la relación contractual–. Si este requisito se exige para los contratos administrativos en el artículo 202.2 de la LCSP, con igual o mayor motivo ha de exigirse para los contratos privados que concierten las entidades de referencia; y b) Que la procedencia de la modificación se supedita a la concurrencia de circunstancias o acontecimientos que objetivamente considerados justifiquen la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de ésta.

3) Autotutela declarativa y ejecutiva. La facultad de acordar con fuerza de obligar a la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta



(autotutela declarativa), así como de proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva) han de quedar excluidas. Cuestión distinta es que, ante situaciones que puedan dar lugar, según lo establecido en el pliego de cláusulas o condiciones particulares, a la resolución del contrato o a la adopción de medidas sobre los derechos económicos del contratista (exigencia de penalidades, etc.), éste no formule oposición, pudiendo en tal caso hacerse efectivas por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial. En otro caso, es decir, de suscitarse oposición, la sociedad, fundación o entidad pública empresarial podrá declarar por su parte resuelto el contrato, acordar la imposición de penalidades, etc., pero en tal supuesto esa declaración o acuerdo, sobre no tener fuerza de obligar al contratista, dará lugar a que éste interponga la oportuna demanda ante el órgano jurisdiccional (civil) competente (o, en su caso, ante árbitro) que será el que definitivamente decida la controversia, declarando si la resolución (o el acuerdo de que se trate) ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente efectuada.

**5.4.- Pago del precio.** Como ya se ha indicado, las normas contenidas en los artículos 75 y 76, respecto a la fijación del precio y al cálculo del valor estimado de los contratos, resultan aplicables a los contratos del sector público, en el que se incluyen las entidades de que aquí se trata.

Ahora bien, respecto al pago del precio, las previsiones contenidas en el artículo 200 de la LCSP (y, en concreto, el plazo de sesenta días para efectuar el pago, a contar desde la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato) resultan únicamente aplicables a los contratos administrativos de las Administraciones Públicas. En los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, el régimen de pagos será el determinado en el pliego o en el contrato, dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable.

En este sentido, y siendo los contratos que se examinan contratos entre personas jurídico-privadas (debe recordarse, una vez más, que las entidades públicas empresariales no tienen la condición de Administraciones Públicas a los



efectos de la LCSP), ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El plazo de pago será, según el artículo 4.1 de dicha Ley, el que las partes hubieran pactado dentro del marco legal aplicable y, a falta de pacto expreso, el plazo de treinta días previsto en el artículo 4.2. Ahora bien, el principio de libertad de pactos que en este extremo sanciona el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 encuentra una importante limitación en el artículo 9.1 de dicho texto legal, con arreglo al cual "serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos". Así las cosas, los plazos de pago en los contratos de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado serán los que dichas entidades establezcan en sus pliegos o contratos (artículo 4.1 de la Ley 3/2004), pero si son superiores al plazo de treinta días que, con carácter subsidiario, establece el artículo 4.2. de la Ley 3/2004 (incluso por remisión voluntaria de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial al régimen de pagos previsto en el artículo 200 de la LCSP), deberán concurrir circunstancias, como pueden ser los usos o prácticas habituales del comercio que, apreciadas en su conjunto, excluyan el carácter abusivo de tales cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 3/2004.

**5.5.- Revisión de precios.** En materia de revisión de precios, las normas del Capítulo II del Título III del Libro I de la LCSP (artículos 77 a 82) resultan sólo aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas, ajustándose la revisión de precios, en los restantes casos, a "la forma pactada en el contrato" (artículo 75.3). En consecuencia, los contratos sujetos a regulación armonizada



que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado en los que se opte por la revisión o actualización de los precios fijados en el contrato deberán establecer el concreto régimen de revisión de precios aplicable, no existiendo inconveniente alguno en efectuar una remisión a los preceptos de la LCSP en aplicación del principio de libertad de pactos que sancionan los artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil.

**5.6.- Penalidades por demora y ejecución defectuosa.** El artículo 196 de la LCSP resulta aplicable, por su inclusión en el Libro IV de la LCSP –relativo a los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”–, a los contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, nada impide que, en su contratación armonizada, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado opten por establecer un régimen de penalidades que, distinto del de la LCSP, tengan por conveniente (y ello al amparo del artículo 1255 del Código Civil en relación con los artículos 1151 y siguientes de este texto legal) o por aplicar las previsiones del artículo 196 de la LCSP. En cualquier caso, y como práctica común tanto en la contratación pública como privada, se estima apropiado que en el pliego se prevea que las penalidades serán efectivas mediante su deducción de los pagos que proceda realizar al contratista o con cargo a la garantía por él constituida.

**5.7.- Cesión del contrato y subcontratación.** Con la excepción que se indicará, las reglas contenidas en los artículos 209 (cesión) y 210 (subcontratación) de la LCSP no resultan de obligada observancia para las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado por el motivo indicado en el epígrafe 5.6 anterior (los artículos 209 y 210 aparecen incluidos en el Libro IV de la LCSP relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos). Así las cosas, las referidas entidades podrán establecer el mismo régimen que el dispuesto por la LCSP en cuanto a los





requisitos a que se supedita la procedencia de la cesión del contrato y de la subcontratación o bien un régimen jurídico distinto.

Por excepción, y en lo que respecta a la cesión del contrato, es de inexcusable observancia la regla del artículo 209.2.c), dado que a las entidades de que se trata son aplicables las reglas sobre capacidad de las empresas y la cesión del contrato supone la sustitución o subrogación del cedente por el cesionario en la ejecución del contrato, por lo que si aquél hubo de tener necesariamente la capacidad exigida para contratar, el cesionario ha de cumplir también con este requisito. Por la misma razón, *mutatis mutandis*, cabe entender que es de obligada aplicación, en el caso de subcontratación, la regla del artículo 210.5 de la LCSP.

**5.8.- Causas de resolución.** Quedando sometido rigurosamente este extremo al Derecho privado, habrá de combinarse el principio que sanciona el artículo 1255 del Código Civil (y artículo 25 de la LCSP) con las reglas jurídico-privadas de orden público para determinar las causas de resolución que puedan reputarse válidas, debiendo tenerse presente, a estos efectos, el carácter excepcional que tienen las normas jurídico-privadas de orden público (*ius cogens*).

Partiendo de la anterior premisa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

a) Es indudable que, con arreglo al artículo 1124 del Código Civil, ha de ser causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones asumidas por el mismo. Igualmente lo sería el incumplimiento de una obligación por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial contratante; en este punto, y puesto que en su condición de comitente o dueño de las obras, acreedor del suministro o arrendatario del servicio, su obligación esencial consiste en el pago del precio, puede establecerse como causa de resolución la falta de pago por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial en el plazo que se estipule.



b) Al amparo del artículo 1255 del Código Civil (y del artículo 25 de la LCSP), y por no contravenir ninguna norma de orden público, puede válidamente estipularse como causa de resolución la demora por parte del contratista en el cumplimiento del plazo a partir de un determinado límite.

c) Por la misma razón, puede consignarse como causa de resolución la falta de constitución de garantía y la falta de formalización del contrato en la forma prevista en el pliego en paralelo a lo dispuesto en la LCSP.

d) No puede reputarse como causa válida de resolución la declaración de concurso del contratista, ya que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no asigna a la declaración del estado concursal el efecto de resolver los contratos concertados por el concursado (cfr. artículo 61.3 de dicho texto legal). La resolución del contrato por declaración de concurso del contratista sólo podrá tener lugar en los términos dispuestos por el artículo 61.2 de la citada Ley 22/2003.

e) Por su propia naturaleza, no suscita especial cuestión el mutuo acuerdo de las partes como causa de resolución; cabe añadir que, por no tratarse de contratos administrativos sino privados, no resulta aplicable la exigencia establecida en el artículo 207.4 consistente en que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

f) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual no opera por sí sola la resolución del contrato (cfr. artículo 1257 del Código Civil). Sólo sería admisible esta causa de resolución en los supuestos en los que no fuese posible la continuación del contrato con los herederos o sucesores de aquél.

g) En relación con los supuestos de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas, deberán tenerse en cuenta, por resultar plenamente aplicables a los contratos de que se trata, las previsiones del artículo 202.4, de la LCSP (al ser coherentes con los efectos que la legislación mercantil atribuye a esas operaciones societarias).



## **B) CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA**

Recordando lo indicado en el apartado I.B) de la presente Instrucción, son contratos no sujetos a regulación armonizada:

a) Los contratos relacionados en el artículo 13.2 de la LCSP.

b) Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive, del Anexo II de dicho texto legal.

c) Los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP cuando no superen las cuantías que establece la LCSP. En relación con estos contratos, se estima oportuno hacer una precisión. En el apartado I.B).2) de esta Instrucción se indica que para que los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios sean contratos sujetos a regulación armonizada se precisa la concurrencia de dos requisitos, cuales son que sus cuantías sean iguales o superiores a las establecidas a estos efectos en la LCSP y que la entidad contratante ostente la condición de poder adjudicador. Pues bien, puesto que el supuesto que se examina es el de fundaciones del sector público estatal, que siempre tienen la condición de poderes adjudicadores, y el de sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales que tengan la condición de poderes adjudicadores, ha de concluirse que los contratos de obras, de suministros y de servicios de las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP serán contratos no sujetos a regulación armonizada cuando no alcancen las cuantías indicadas en la LCSP.

Siendo los contratos no sujetos a regulación armonizada los indicados y partiendo de la premisa de que, al igual que los contratos sujetos a regulación armonizada concertados por las entidades de continua referencia, no son contratos administrativos, sino contratos privados, para facilitar la comprensión de su régimen jurídico se estima oportuno exponerlo con arreglo al siguiente esquema:



## **1.- Elementos subjetivos**

**1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar.** Son aplicables las reglas establecidas en el artículo 291, apartados 2, 4 y 6, de la LCSP.

**1.2. Condiciones de aptitud del contratista.** Son aplicables las consideraciones recogidas en los epígrafes 2.1 (capacidad de obrar); 2.2 (prohibiciones de contratar); 2.3 (condiciones de solvencia y clasificación); y 2.4 (eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado) del apartado II.A) de la presente Instrucción a propósito de los contratos sujetos a regulación armonizada. Por el contrario, no son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada las previsiones de los artículos 69 y 70 de la LCSP.

## **2. Elementos formales**

Partiendo de la premisa de que rige igualmente la prohibición de contratar verbalmente (artículo 28 de la LCSP), de los elementos formales destacan, por contraposición a los contratos sujetos a regulación armonizada, el procedimiento de adjudicación, el régimen de perfección del contrato y la exigencia de elaboración de pliegos.

**2.1.- Procedimientos de adjudicación.-** Es en este extremo en el que se produce la diferencia fundamental entre los contratos sujetos a regulación armonizada y los no sujetos a regulación armonizada que adjudiquen las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades Públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado. Si los primeros –contratos sujetos a regulación armonizada– han de adjudicarse necesariamente con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP, es decir, con sujeción a las mismas reglas que rigen para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (lo que tiene por consecuencia que se tengan que aplicar el procedimiento abierto, el



procedimiento restringido, el procedimiento negociado y el diálogo competitivo en los casos establecidos para cada uno de estos procedimientos), sin más especialidades que las establecidas en los apartados a) y b) del artículo 174 de dicho texto legal, respecto de los segundos –contratos no sujetos a regulación armonizada–, el artículo 175.a) de la LCSP no establece ningún procedimiento específico, disponiendo que “la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”, añadiendo dicho precepto en su apartado b) que “los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad”.

Puesto que la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada no queda sometida a procedimientos determinados y específicos, sino a los principios indicados, la cuestión que se suscita no es otra que la relativa a la determinación del alcance de esos principios. Es, pues, necesario fijar cuál sea el alcance de los mismos, para lo cual deben tenerse en cuenta, de una parte, el desarrollo lógico-jurídico de los mismos y, de otra parte, la comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/CE–179/02) publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006, y ello en razón de que, siendo el objeto de dicha comunicación el indicado, los contratos no sujetos a regulación armonizada son precisamente los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.



Con fundamento en el anterior planteamiento, cabe entender que el alcance de los principios que sanciona el artículo 175.a) de la LCSP es el siguiente:

– Principio de publicidad

Ante todo, debe indicarse que el artículo 175.c) de la LCSP dispone que “se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales de difusión”.

Por su parte, la Comisión Europea en su comunicación interpretativa cita, como formas de publicidad adecuadas, las siguientes:

- Internet. Indica la Comisión que “la publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia”; añade la Comisión que “los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e...”
- Boletines oficiales nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.
- Publicaciones locales. Declara la Comisión que “estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local”.
- Diario Oficial de la Unión Europea.



Poniendo en relación el artículo 175.c) de la LCSP con las indicaciones que efectúa la Comisión Europea en su referida comunicación interpretativa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1) En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información en el perfil del contratante que define el artículo 42 de la propia LCSP, sin perjuicio, como dice el artículo 175.c), de que este medio de publicidad pueda ir acompañado de otras modalidades de difusión o ser sustituido por éstas.

2) En los contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, debe entenderse que el requisito de publicidad es también exigible, puesto que el apartado a) del artículo 175 exige la observancia de este principio (y de los demás que en él se establecen) "en todo caso". Al no indicarse, sin embargo, cuál sea el medio de publicidad que debe utilizarse en estos contratos, cabe remitir su determinación a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto del mismo, características particulares del sector de la actividad a que se refiere (tamaño, estructura del mercado), localización geográfica, etc.

Respecto del contenido de la publicidad, la Comisión Europea, en su repetida comunicación interpretativa, señala que "el anuncio puede, por lo tanto, limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora".

#### - Principios de igualdad y no discriminación

Estos principios comportan las siguientes exigencias:

- Descripción no discriminatoria del objeto del contrato. La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción



determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente".

- Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros. Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores, como, por ejemplo, la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.
- Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas. Si se exige a los licitadores la presentación de certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa, los documentos procedentes de otros Estados miembros que ofrezcan garantías equivalentes deberán aceptarse.
- Proscripción de facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

#### – Principio de transparencia

Este principio implica:

- Que todos los participantes deban poder conocer previamente las normas aplicables al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican de igual forma a todas las empresas.
- Fijación de plazos adecuados. Los plazos concedidos para presentar ofertas deberán ser suficientes para permitir a las empresas realizar una evaluación adecuada y formular sus ofertas.
- Fijación precisa y previa de los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas. Debe indicarse que, según jurisprudencia del TJCE, no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa (que sólo podrán valorarse como elementos de solvencia) o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato (que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados). En rigor,





esta exigencia es común a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada.

- Determinación clara y previa del órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato en todo caso.
- Necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

#### – Principio de confidencialidad

La concreción de este principio queda recogida en el artículo 124 de la LCSP en su doble sentido de confidencialidad del órgano de contratación y confidencialidad del contratista. En relación con lo primero –confidencialidad del órgano de contratación–, el apartado 1 de dicho precepto establece que “sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”. En relación con lo segundo –confidencialidad del contratista–, el apartado 2 del artículo 124 dispone que “el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal...”.

**2.2.- Perfección.** A diferencia de lo que acontece con los contratos de las Administraciones Públicas y con los contratos sujetos a regulación armonizada, en los que se distingue entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, perfeccionándose por la adjudicación definitiva (artículos 27 y 135 de la LCSP), en los contratos no sujetos a regulación armonizada dicha distinción no tiene aplicación, por lo que no rige la regla de perfección del contrato mediante



adjudicación definitiva. Los contratos no sujetos a regulación armonizada se perfeccionan, pues, por su adjudicación entendida como acto jurídico único.

**2.3.- Elaboración de pliegos.** El artículo 121.2 de la LCSP dispone que “en contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior (este apartado anterior se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas) de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores sobre el adjudicatario, siendo de aplicación, así mismo, lo dispuesto en el artículo 104...”

Dado que el precepto transcrito alude a contratos no sujetos a regulación armonizada y exige, para los de cuantía superior a 50.000 euros, la elaboración de un pliego con el contenido indicado, cabe concluir que en los contratos (no sujetos a regulación armonizada) de cuantía superior a la indicada deberán elaborarse necesariamente pliegos que recojan los extremos indicados. En el caso de contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, la confección de un pliego con el referido contenido ha de reputarse potestativa.

### 3. Contenido del contrato

Tratándose de contratos no sujetos a regulación armonizada, el contenido del contrato será el que considere oportuno el órgano de contratación que, por tanto, podrá, o bien remitirse voluntariamente a las previsiones de la LCSP si así lo estima conveniente, con las adaptaciones que, en su caso, sean necesarias y sin perjuicio de la aplicación preceptiva de aquellos preceptos de la Ley que estando referidos a los “contratos del sector público” tengan carácter de derecho necesario o de *ius cogens*, o bien establecer un régimen jurídico distinto del previsto por la LCSP.



Es por ello por lo que las consideraciones hechas en los epígrafes 5.1 (contenido mínimo del contrato y libertad de pactos); 5.2 (garantías); 5.3 (prerrogativas); 5.4 (pago del precio); 5.5 (revisión de precios); 5.6 (penalidades por demora y ejecución defectuosa); 5.7 (cesión del contrato y subcontratación); y 5.8 (causas de resolución) del apartado II.A) de esta Instrucción a propósito de los contratos sujetos a regulación armonizada son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada.

### **III - RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES**

Debe recordarse que, según lo indicado en el apartado I.B) y C) de esta Instrucción, en el caso de sociedades mercantiles del Estado y de entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada, ya que uno de los dos requisitos exigidos cumulativamente para caracterizar a los primeros es que la entidad contratante ostente la condición de poder adjudicador (artículo 13.1 de la LCSP), circunstancia que, por definición, no concurre en el supuesto de que ahora se trata.

Dicho lo anterior, el artículo 176 de la LCSP dispone lo siguiente:

"1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.



2. La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

3. En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

(...)”.

A la vista del precepto transcrito en lo pertinente, el régimen que para los contratos que concierten las entidades que no ostenten la condición de poderes adjudicadores es, en lo sustancial, igual al dispuesto para los contratos no sujetos a regulación armonizada que concierten las entidades del sector público que ostenten la condición de poderes adjudicadores. En consecuencia, tratándose de contratos que concierten las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores, cabe reiterar las indicaciones y consideraciones recogidas en el apartado II.B) de esta Instrucción.

No obstante lo anterior, deben hacerse dos matizaciones:

1) En relación con la publicidad, la regla del artículo 175.c) de la LCSP se refiere a contratos no sujetos a regulación armonizada que sean adjudicados por quienes ostenten la condición de poderes adjudicadores, siendo así que en el caso que se examina ahora las entidades contratantes no ostentan la condición de poderes adjudicadores y respecto de ellas carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos que no lo están. Dicho lo anterior y dado que, de una parte, en los contratos de que ahora se trata rige también la observancia del principio de publicidad y, de otra parte, no establece la LCSP ninguna previsión sobre medios de publicidad para los contratos que adjudiquen las entidades que no ostenten la condición de poderes adjudicadores, cabe entender que la determinación del medio de publicidad que ha de utilizarse ha de quedar remitida a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto, ámbito



geográfico del mismo, características y circunstancias del sector. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a propósito de la disposición adicional sexta del TRLCAP; así en su informe 24/1995, de 24 de octubre, declara lo siguiente:

“... cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.

Sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc.) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...”.

2) En relación con la elaboración de pliegos de cláusulas o condiciones, puede utilizarse como criterio de referencia la previsión contenida en el artículo 121.2 de la LCSP.

#### **IV - IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS FUNDACIONES ESTATALES. IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES QUE OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES**

Es necesario distinguir, para determinar el régimen jurídico a que se sujeta la impugnación de la actividad contractual de las entidades que se consideran, según se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o de contratos que no lo están.



## A) CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Debe distinguirse, a su vez, según se trate de la impugnación de los actos de preparación y adjudicación provisional o de la impugnación que se plantee en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.

### A.1.- Impugnación de los actos de preparación y de adjudicación provisional

El régimen jurídico aplicable a la resolución de conflictos previsto en la LCSP atiende especialmente, en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada, a la normativa de la Unión Europea dictada en materia de recursos con el objetivo de lograr que todos los licitadores tengan la oportunidad de que sus reclamaciones, fundadas en vicios de procedimiento, puedan ser consideradas de una manera útil y eficaz antes de producirse la adjudicación definitiva del contrato. Así, en la Memoria de la Ley se dice lo siguiente:

*“Esta regulación ha tenido en cuenta no sólo la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, (en adelante, “Directiva de recursos”), sino también los criterios sentados sobre el particular por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las indicaciones que pueden extraerse de los trabajos preparatorios para la revisión de esa directiva acerca de lo que previsiblemente constituirán las líneas básicas en que se asentará la nueva normativa comunitaria en la materia<sup>1</sup>.*

*El condicionamiento principal en este punto radica en la necesidad de que el recurso se articule de forma que constituya un medio útil para permitir la revisión de la decisión de adjudicación antes del perfeccionamiento del contrato, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Alcatel (sentencia de 28 de octubre de 1999, en el asunto C-81/98), en la que señala que ‘las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE ..., deben interpretarse en el sentido*

<sup>1</sup> Los mencionados trabajos han culminado con la aprobación de la Directiva 2007/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/66/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.



*de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato'. La revisión de la directiva de recursos pretende obtener este efecto a través de la inserción de un periodo de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su formalización (dando por descontado que la perfección del vínculo se produce por medio de ésta) de duración suficiente para permitir la interposición del correspondiente recurso, y la atribución a la presentación de éste de un efecto suspensivo automático".*

Aun siendo contratos privados y no contratos administrativos (cfr. artículo 20.1 de la LCSP), el carácter predominantemente jurídico-público de las normas por las que se rigen los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada unido a la configuración del recurso previsto en el artículo 37 de la LCSP como obligatorio determinan que sea el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer en última instancia de las reclamaciones que se puedan suscitar. Así, el artículo 21.1 de la LCSP atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para resolver las cuestiones litigiosas "que se susciten en relación con la preparación y adjudicación (...) de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17"; por su parte, el apartado 2 de dicho precepto legal, al delimitar la competencia del orden jurisdiccional civil, precisa que "este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada".

De acuerdo con la Memoria y la Exposición de Motivos de la LCSP sobre la necesaria adaptación de la normativa española al Derecho comunitario en materia de recursos, una de las innovaciones más importantes de las establecidas por la LCSP consiste en la introducción de un régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación que está regulado en sus artículos 37 y 38.



De este recurso especial interesa subrayar las siguientes características:

– Se trata de un recurso que, en el ámbito de las fundaciones del sector público estatal, de las sociedades mercantiles del Estado y de las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, queda limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada, siendo, además, vía obligatoria previa para el acceso al control jurisdiccional contencioso-administrativo, excluyendo el sistema de recursos ordinarios previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

– Su objeto lo constituye de una manera muy amplia toda la actuación preparatoria contractual en los términos del apartado 2, en relación con el apartado 9, del artículo 37: anuncios, pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, los acuerdos de adjudicación provisional –no el acuerdo de adjudicación definitiva– y los actos de trámite adoptados en el procedimiento, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

1 – La finalidad del recurso es facilitar al licitador, e incluso a quien no lo sea pero ostente un derecho o interés legítimo, el derecho a que su queja o reclamación sea analizada por el órgano de contratación con carácter previo a la toma de decisión. Para ello, el artículo 38 de la LCSP prevé la adopción de medidas provisionales y, especialmente, el apartado 7 del artículo 37 anuda a la interposición del recurso contra el acto de adjudicación provisional la suspensión de la tramitación del expediente hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato, suspensión que no tiene más excepción que la indicada en el inciso segundo del propio artículo 37.7. Como se expuso anteriormente, la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva es una novedad introducida por la LCSP; dicha diferenciación se justifica precisamente por la configuración del sistema de recursos en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada. Durante el plazo de 15 días establecido en el artículo 135.4 de la





LCSP no puede producirse la elevación a definitiva de la adjudicación provisional precisamente para que los licitadores en el procedimiento tengan oportunidad de formular un recurso que, según lo dicho, suspende automáticamente la tramitación del expediente de contratación en el caso de impugnarse el acto de adjudicación provisional.

– Desde el punto de vista de la competencia para la resolución del recurso, la naturaleza jurídico-privada de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y, a los exclusivos efectos de la LCSP, de las entidades públicas empresariales, tiene por consecuencia que dicha competencia se atribuya (artículo 37, apartado 4) al “titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela”. Cuando la entidad contratante esté vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria. Se trata de localizar, de esta manera, un centro de imputación jurídico-administrativo en el órgano de tutela o adscripción de la entidad contratante.

– La resolución que finalmente adopte el órgano de adscripción o tutela es impugnabile, como se ha dicho antes, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 37, apartado 10, de la LCSP).

## **A.2.- Impugnación en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos**

Como se ha indicado anteriormente, los contratos que adjudiquen las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales que dependan de la Administración General del Estado son contratos privados y no contratos administrativos (se reitera, una vez más, que las entidades públicas empresariales no ostentan, a los efectos de la LCSP, la condición de Administraciones Públicas). Así, el artículo 20, apartado 1, de la LCSP dispone que “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

Caracterizados de esta forma dichos contratos, las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con sus efectos, cumplimiento y extinción han de residenciarse ante el orden jurisdiccional civil; así, el artículo 21.2 dispone que “el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados”. Lo anterior no impide que las entidades de que se trata puedan remitir a arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (artículo 39 de la LCSP).

## **B) CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA**

El artículo 21.2 de la LCSP dispone que “el orden jurisdiccional civil será competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada”. Partiendo de esta previsión legal, y como quiera que el recurso especial establecido en el artículo 37 de la LCSP como medio de impugnación (obligado) contra los actos preparatorios y el acto de adjudicación provisional sólo es admisible respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada dicho recurso queda radicalmente descartado. Así las cosas, y teniendo en cuenta, de una parte, que la LCSP no establece ningún medio específico de impugnación de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación (única) de estos contratos y, de otra parte, que se trata de contratos privados, ha de concluirse que la impugnación que se suscite respecto de los contratos no sujetos a regulación armonizada, ya lo sea de los actos de preparación y adjudicación (única), ya lo sea en relación con los efectos, cumplimiento y extinción, han de residenciarse, mediante la interposición de la correspondiente demanda, ante el orden jurisdiccional civil.



## **V - IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES**

Por las consideraciones expuestas en el apartado I.B) y C) de esta Instrucción, en la actividad contractual de estas entidades carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada. Así las cosas, y por las razones indicadas en el apartado IV.B) de esta Instrucción, debe concluirse que la impugnación de la actividad contractual de las sociedades mercantiles del Estado y de las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores se sujeta al mismo régimen que el establecido para los contratos no sujetos a regulación armonizada que concierten las fundaciones del sector público estatal, así como los que concierten las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales que tengan la condición de poderes adjudicadores. En consecuencia, las impugnaciones que se susciten, ya lo sean respecto de los actos de preparación y adjudicación (única), ya lo sean respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos han de residenciarse, mediante la interposición de la correspondiente demanda, ante el orden jurisdiccional civil.

Madrid, 5 de febrero de 2008.

EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,

- Joaquín de Fuentes Bardají -



## RECOMENDACION DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE CONTENIDO BÁSICO DE LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES COMUNES PARA TODO TIPO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Tomando en consideración las dudas que pudieran surgir a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con la elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la contratación de las Administraciones Públicas y organismos dependientes de las mismas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha considerado la conveniencia de dirigir una recomendación sobre el contenido básico de los mismos, conforme a las normas de la Ley, a cuyo efecto, y previo el informe favorable de la Abogacía General del Estado, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Aprobar como recomendaciones dirigidas a los diferentes órganos de contratación las especificaciones contenidas en el siguiente documento y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al que se dará la difusión adecuada para el cumplimiento de su finalidad:

**Contenido básico del pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme a las especificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.**

Se describe el contenido de las diferentes cláusulas. Cuando el texto figura entrecomillado (""") se indica el texto que debe figurar en tal cláusula.

### *1ª Objeto del contrato.*

Expresar el objeto del contrato que se desea adjudicar (debe advertirse que la definición del contrato - obras, suministro, servicios, gestión de servicios públicos, concesión de obra pública, colaboración público privada- determina las normas que se aplicarán al procedimiento de adjudicación y a la ejecución y cumplimiento).

Expresar, en su caso, si el contrato se fracciona en lotes, indicando el contenido de cada uno de ellos.

### *2ª. Codificación del objeto del contrato.*

Expresar el código correspondiente de la Nomenclatura CPV de la Comisión Europea. Reglamento (CE) nº 2151/2003 de la Comisión de 16 de diciembre de 2003 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV). ("Código nomenclatura CPV ....")

Expresar el código de la clasificación estadística de productos por actividades en la Comunidad Económica Europea (CPA-2002) recogida en el Reglamento (CE) nº 204/2002 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2001, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea L 36, de 6 de febrero de 2002. ("Código clasificación estadística CPA-2002 ....")

### *3ª Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta.*

Indicar la finalidad del contrato y las necesidades a satisfacer así como toda referencia a elementos afectados por la ejecución del contrato.

### *4ª Régimen jurídico del contrato.*



“Este contrato se rige por el pliego de cláusulas administrativas particulares, por el pliego de prescripciones técnicas, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En todo caso será de aplicación respecto de ambos pliegos lo establecido en el artículo 68.3 del citado Reglamento”.

En los contratos de obras debe añadirse una referencia expresa al proyecto de ejecución de las obras aprobado por el órgano de contratación.

#### *5ª Órgano de contratación.*

Indicar cuál es el órgano de contratación con competencia para contratar informando de la dirección postal y de Internet.

Señalar, si existe delegación de competencia, cuál es el órgano que en función de tal delegación actúa en nombre del órgano de contratación informando de la dirección postal y de Internet.

En su caso, expresar que persona actuará como responsable del órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley.

#### *6ª Perfil del contratante*

Exponer la forma de acceso público al perfil del contratante propio del órgano de contratación.

#### *7ª Presupuesto base de licitación formulado por el órgano de contratación y su distribución en anualidades, en su caso.*

Expresar el presupuesto base licitación del contrato y, en su caso, el que corresponda a cada lote. El importe que se determine no podrá ser rebasado por las ofertas que se presenten.

De forma separada, se expresará la cuota correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido o el tributo que le sustituya.

Se podrá, además, expresar separadamente el valor estimado del contrato fijado con arreglo a las normas que establece el artículo 76 de la Ley.

#### *8ª Crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio.*

Indicar el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio del contrato, en su caso.

Si se financia con Fondos europeos añadir el siguiente texto:

“Este contrato deberá someterse a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y a los actos fijados en virtud del mismo y será coherente con las actividades, políticas y prioridades comunitarias en pro de un desarrollo sostenible y mejora del medio ambiente, debiendo promover el crecimiento, la competitividad, el empleo y la inclusión social, así como la igualdad entre hombres y mujeres, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión”.

#### *9ª Duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas.*

Indicar la duración del contrato y, en su caso, si es prorrogable, la duración de las prórrogas que deber acordarse de forma expresa.

#### *10ª Tramitación del expediente a efectos de la adjudicación del contrato.*

Indicar si el expediente se tramita de forma ordinaria, sin reducción de los plazos, o si se tramita de forma urgente con reducción de los plazos en los términos señalados por el artículo 96.2, letra b), de la Ley.



*11ª Procedimiento de adjudicación del contrato.*

- Procedimiento abierto.
- Procedimiento restringido.
- Procedimiento negociado con publicidad
- Procedimiento negociado sin publicidad.
- Diálogo competitivo.

Cuando se aplique el procedimiento negociado indicar la causa que justifica su aplicación.

*12ª Criterios de adjudicación y de evaluación de las ofertas,*

- Precio más bajo, cuando únicamente exista un criterio de adjudicación.
- Oferta económicamente más ventajosa, cuando existan dos o más criterios de adjudicación.

Indicar los criterios de valoración de las ofertas que se aplicarán y si fuera el de la oferta económicamente más ventajosa expresar la ponderación que se atribuye a cada uno de los criterios. Si se aplicarán fórmulas matemáticas o se establecieran criterios de carácter subjetivo expresar la forma de evaluación.

Expresar para el caso de igualdad en la valoración de los criterios de adjudicación para determinar cual es la oferta económicamente más ventajosa, si se decidirá la adjudicación en favor de empresas que reúnan las especificaciones contenidas en la disposición adicional sexta de la Ley.

Cuando se aplique el procedimiento negociado deberá señalarse qué aspectos, además del precio, podrán ser objeto de negociación.

Señalar la causa que justifica la elección de este criterio.

Se designará una comisión de expertos o un organismo independiente para la valoración de los criterios en los casos previstos en el artículo 134.2 de la Ley.

*13ª Documentación con carácter contractual.*

Expresar la documentación del contrato que tiene carácter contractual además de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y, del proyecto en los contratos de obras.

*14ª Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato*

Indicar los derechos y las obligaciones que asumen las partes del contrato.

*15ª Contratista. Capacidad.*

“Los candidatos o los licitadores deberán acreditar su personalidad jurídica y capacidad de obrar. Cuando fueran personas jurídicas deberán justificar que el objeto social de la entidad comprende el desarrollo de todas las actividades que constituyen el objeto del contrato al que concurren. La acreditación se realizará mediante la presentación de los estatutos sociales inscritos en el Registro mercantil o en aquel otro registro oficial que corresponda en función del tipo de entidad social”.

La acreditación de disponer de los datos relativos a la personalidad jurídica y a la capacidad de obrar podrá realizarse mediante la certificación de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, una vez se encuentre en funcionamiento.

Cuando para la realización de una actividad sea requisito disponer de una habilitación especial deberá acreditarse que el candidato o el licitador está en posesión de la misma.

*16ª Contratista. Prohibición de contratar.*

“Los candidatos o los licitadores no deberán estar incurso en ninguna de las causas de prohibición de contratar establecidas en el artículo 49 de la Ley en la fecha de conclusión del plazo de presentación de solicitudes de participación cuando se aplique el procedimiento restringido o el procedimiento negociado, ni en el de presentación de proposiciones cuando se aplique el procedimiento abierto. Tampoco deberán estar incurso en tal situación cuando se proceda a la adjudicación definitiva del contrato.



Para acreditar tal circunstancia deberán aportar la correspondiente declaración responsable en la que el empresario, su representante o apoderado, en su caso, deje constancia de tal requisito”.

*17ª Contratista. Solvencia económica y financiera.*

Deberá expresarse en función del objeto del contrato y de su importe previsto en el presupuesto base de licitación los criterios de solvencia exigidos y los medios de acreditación que se aplicarán para apreciar la solvencia económica y financiera de la empresa de entre los que establece el artículo 64 de la Ley, considerando a tal fin las condiciones de ejecución del contrato.

No se aplicará esta cláusula cuando conforme al artículo 54 de la Ley sea exigible la clasificación de empresas, excepto cuando se aplique el procedimiento restringido.

La acreditación de disponer de la solvencia económica y financiera requerida podrá realizarse mediante la certificación de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas una vez que haya que se encuentre en funcionamiento.

*18ª Contratista. Solvencia técnica y profesional.*

Deberá expresarse en función del objeto del contrato y de los medios que son necesarios para su ejecución los que deberá disponer la empresa que se aplicarán para apreciar la solvencia técnica y profesional de la misma de entre los que establecen los artículos 65 a 68 de la Ley para cada tipo de contrato, considerando a tal fin las condiciones de ejecución del contrato.

No se aplicará esta cláusula cuando conforme al artículo 54 de la Ley sea exigible la clasificación de empresas, excepto cuando se aplique el procedimiento restringido.

Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios durante el tiempo en que sea necesario para ejecutar el contrato.

Podrá exigirse a los candidatos o licitadores que además de acreditar su solvencia, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, compromiso que se integrará en el contrato, pudiendo atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 206, letra g), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 196.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

*19ª Contratista. Clasificación.*

En los contratos de obras y en los de servicios en los que por su objeto o importe sea exigible la clasificación de las empresas conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley, se indicará los grupos, subgrupos y categorías en que deberán estar clasificadas las empresas con los límites que establece el artículo 36 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas para los contratos de obras y el artículo 46 del mismo Reglamento general para los contratos de servicios.

Podrá exigirse a los candidatos o licitadores que además de acreditar su clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, compromiso que se integrará en el contrato, pudiendo atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 206, letra g), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 196.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

La acreditación de disponer del requisito de clasificación de empresas deberá realizarse mediante la certificación de la inscripción en el registro correspondiente.

*20ª Propositiones.*

Indicar quien puede presentar proposiciones que han de ser únicas.

Indicar las cuestiones relativas a la concurrencia de uniones temporales de empresas y límite a la presentación de proposiciones.



*21ª Modo de presentación de las candidaturas o de las proposiciones*

Expresar si las candidaturas o las proposiciones de han de presentar por escrito o mediante medios electrónicos.

Si se admite la presentación por medios electrónicos indicar el lugar y las características y requisitos técnicos de los medios y sistemas admitidos que se han de aplicar e indicar el formato de los documentos electrónicos admisibles.

Exponer en anexo el modelo correspondiente.

*22ª Documentos a presentar por los candidatos o licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones.*

Indicar los documentos que deben presentar los candidatos o los licitadores acompañando a su solicitud u oferta así como la forma y contenido de las proposiciones. En cuanto se refiera al criterio del precio deberá advertirse que deberá figurar desglosado el precio o importe de la prestación y el del Impuesto sobre el Valor Añadido o tributo que le sustituya.

Expresar los sobres que integrarán la proposición y el contenido que corresponde a cada uno de ellos.

*23ª Plazo de presentación de candidaturas o de proposiciones.*

Indicar el día y, en su caso la hora, en que se cerrará la admisión de candidaturas o de proposiciones.

*24ª Lugar de recepción de candidaturas o de proposiciones.*

Señalar el lugar de recepción de candidaturas o de proposiciones.

*25ª Mesa de contratación*

Especificar los miembros titulares y suplentes por referencia al cargo que ocupan que integren la Mesa de contratación sin perjuicio de la designación nominativa con carácter previo a la constitución de la Mesa.

*26ª Fecha de examen de la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia de los licitadores o candidatos*

Indicar la fecha en que se constituirá la Mesa de contratación y procederá seguidamente al examen de la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia de los licitadores o candidatos.

*27ª Apertura de las proposiciones admitidas*

Indicar la fecha y hora en que se reunirá la Mesa de contratación para proceder en acto público a la apertura de las proposiciones admitidas.

Expresar el procedimiento de examen de las proposiciones, en función de los criterios de adjudicación que se establezcan (apertura de las proposiciones).

*28ª Ofertas anormalmente bajas*

Indicar los criterios objetivos en virtud de los cuales, entre ellos el precio, serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida.

*29ª Variantes o mejoras*

Indicar, en su caso, la autorización de variantes o mejoras sobre la ejecución del contrato, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

*30ª Condiciones especiales de ejecución del contrato.*

Indicar, en su caso, las condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario conforme al artículo 102 de la Ley.





### *31ª Renuncia o desistimiento.*

“Corresponde al órgano de contratación por razones de interés público debidamente justificadas renunciar a celebrar un contrato antes de la adjudicación provisional. También podrá desistir de la adjudicación antes de la adjudicación provisional cuando se aprecie una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”.

Indicar en ambos casos que el órgano de contratación compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido hasta un máximo que se determine en el pliego.

### *32ª Adjudicación del contrato.*

La adjudicación provisional y la adjudicación definitiva del contrato deberá ser acordada y notificada de manera motivada a todos los candidatos y licitadores a los efectos establecidos respecto de cada contrato y procedimiento de adjudicación en los artículos 37, 135, 137, 144, 145 y 152 de la Ley. En consecuencia, expresar los trámites que se seguirán para la adjudicación provisional y definitiva del contrato y cuantas cuestiones se relacionan con las mismas.

### *33ª Documentación a presentar por el adjudicatario provisional.*

Expresar la documentación que debe presentar el adjudicatario provisional y el plazo para realizarlo.

### *34ª Formalización del contrato.*

Indicar los trámites a seguir para la formalización del contrato y el plazo para realizarla.

### *35ª Revisión de precios. Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios.*

Indicar si el contrato, en función de su duración, está sometido o no a revisión de precios, expresando, en tal caso, la fórmula o índice oficial aplicable a la misma o indicación expresa de su improcedencia.

### *36ª Régimen de los pagos del precio*

Expresar si el contrato se abonará mediante un pago único a la recepción del mismo o si se abonará mediante pagos a cuenta, indicando la frecuencia de los mismos.

En su caso, expresar si se admiten pagos parciales o provisionales conforme a lo dispuesto en el artículo 75.4 y 5

En los contratos de suministro indicar si se admite como parte del precio a abonar al contratista la entrega de bienes de la misma naturaleza por parte del órgano de contratación, en importe superior al 50 por 100.

### *37ª Garantías provisionales y definitivas.*

Garantía provisional. Expresar si los licitadores deben constituir una garantía provisional y el importe de la misma.

Garantía definitiva. Expresar el importe de la garantía definitiva que el adjudicatario definitivo del contrato debe constituir así como, en su caso, el de las garantías complementarias.

Indicar las diligencias para la constitución de la garantía y, en su caso, si se admite la constitución de garantías mediante medios electrónicos.

Excepto en los contratos de obras y en los de concesión de obra pública, señalar si se admite la posibilidad de acreditar la constitución de la garantía definitiva mediante la retención del precio.

Cuando se admita la recepción parcial del contrato indicar si se admite la devolución parcial de la garantía definitiva.

Indicar lo relativo al reajuste de las garantías.

Indicar las referencias relativas a la devolución de garantías.

Indicar las referencias a la ejecución de garantías.

Indicar los supuestos en que procederá la incautación.



*38ª Causas especiales de resolución del contrato.*

Expresar cuales son las causas de resolución del contrato además de las establecidas en la Ley. Además deberán expresarse aquellos supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato.

*39ª Incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución.*

Indicar, en su caso, cuándo el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución constituye una infracción grave y definir los supuestos y el alcance así como aquellos supuestos que darán lugar a la aplicación de la causa de prohibición para contratar prevista en el artículo 49.2, letra e), de la Ley.

*40ª Penalidades.*

Indicar las causas de incumplimientos, demoras o ejecución defectuosa darán lugar a la imposición de penalidades, así como el importe de las mismas en los diferentes supuestos.

*41ª Modificación del contrato*

Indicar si existe la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con las normas y los límites establecidos en el artículo 202 de la Ley.

*42ª Recepción del contrato.*

Indicar procedimiento a seguir para la recepción del contrato y en su caso plazo especial para su recepción cuando concurren las circunstancias establecidas en el artículo 205.2 de la Ley.

*43ª Plazo de garantía de la prestación contratada*

Expresar el plazo de garantía de la prestación o del contrato o, en su caso, justificación de su no establecimiento.

Especificar cuándo comenzará a transcurrir el cómputo del plazo.

*44ª Subcontratación.*

En su caso, identificación de las prestaciones o tanto por ciento de las mismas susceptibles de ser subcontratadas por el contratista.

*45ª Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales.*

En los contratos de obras, en los de concesión de obra pública y en los de servicios, indicar, en su caso, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

*46ª Información confidencial facilitada al contratista*

En su caso, obligación del contratista de guardar el sigilo sobre el contenido del contrato adjudicado y periodo de tiempo aplicable.

*47ª Gastos de publicidad*

Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato a que se refiere el artículo 126 de la Ley, tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario.



*48ª Prerrogativas*

Expresar el régimen de prerrogativas del órgano de contratación.

*49ª Jurisdicción.*

Expresar que las cuestiones que surjan serán resueltas por el órgano de contratación cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa pudiendo ser impugnados mediante recurso contencioso administrativo, sin perjuicio de que, en su caso, proceda la interposición del recurso especial en materia de contratación regulado por el artículo 37 de la Ley, o cualquiera de los regulados en la Ley 30/1992.

*50ª Otras cuestiones.*

Expresar los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos de la Ley y del Reglamento general o que el órgano de contratación estime necesario para cada contrato singular.