

Asunto:

LAS SOCIEDADES MIXTAS: RÉGIMEN JURÍDICO Y SITUACIÓN ACTUAL

Contenido:

1.- INTRODUCCIÓN A LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MIXTA

1.1.- DELIMITACIÓN DE SU SIGNIFICADO Y PROBLEMÁTICA

El concepto y regulación de la Sociedad Mixta desde el punto de vista de la legislación de régimen local han sufrido la siguiente evolución. 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.

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”.

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.

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 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 1995¹, que en su artículo 155 excluía

¹ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones Públicas.



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”². 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 segundo³. 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 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”⁴.

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

² 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.

³ 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”.

⁴ 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”.

sociedad como ventajas inherentes a su condición.

La consecuencia real de dicha dificultad 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 CECODHAS⁵, 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.

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

⁵ Comité Europeo del Hábitat Social.



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)”*⁶. Haciéndose hincapié en el propio texto que *“en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE”*⁷.

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

⁶ El entrecomillado es literal de la Introducción de la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008.

⁷ Ídem nota anterior.

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 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 ofertar 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*⁸.

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 concorra 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 93737/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 RSCCL del año 1955 y como indica Fernando García Rubio, *“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,*

⁸ Noguera de la Muela (2012).

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.^a, 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, 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.

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 (TRLCSPP) 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”*⁹, 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 concurra 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

⁹ 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.

“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”¹⁰.

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”.*

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”¹¹.*

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 22 de abril de 2005.

¹¹ 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.

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 una empresa pública mixta 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.*
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 _____, 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.

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”*¹².

¹² Artículo 198 de la Ley Foral 6/1990, de Régimen Local de Navarra.

Como destaca Luis Fernando Prieto¹³, 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 conceputar 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 781/1986¹⁴ (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 locales¹⁵ 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.

¹³ Prieto González, Luis Fernando: “Las Empresas Mixtas Locales”, Editorial Montecorvo, 1996. Páginas 43 y 44.

¹⁴ 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.

¹⁵ Decreto 179/1995, de 13 de junio, artículo 284.2.

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”

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 Razquín¹⁶, 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

¹⁶ RAZQUÍN LIZÁRRAGA (2009), página 49.

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 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 competencia.

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

La 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 1955¹⁷.

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”*¹⁸ 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

¹⁷ 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.

¹⁸ Artículo 85 de la LBRL.

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 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 Rubio¹⁹ 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 regirá 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.
 - 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.

¹⁹ GARCÍA RUBIO (2011).

- 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 mismas, 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 cuantías²⁰.

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 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

²⁰ Véanse los artículos 176 y 177 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007.

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.^a 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 Rubio²¹, 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, 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

²¹ GARCÍA RUBIO (2011).



conservación de la 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 urbanística podrá ser igualmente de naturaleza mixta, siendo en estos casos necesario que se constituya para 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 s 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 TRLHL²², (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 500/1990²³). 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.

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:

²² 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).

²³ 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).



- 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 catalán²⁴, 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.
- 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.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. 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.
2. NOGUERA DE LA MUELA, Belén:(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.
3. 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.

Un cordial saludo,

Enrique Bueso Guirao
Gerente/Asesor Jurídico de AVS

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE GESTORES PÚBLICOS DE VIVIENDA Y SUELO (AVS)

Luís Vives· nº 2 – entlo. 1ª . 46003 Valencia . T 96 392 40 53 . 96 391 90 13 F 96 392 23 96
avs@promotorespublicos.org . www.promotorespublicos.org . C.I.F. G-46556437

²⁴ Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.