

XI.3- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MIXTAS URBANÍSTICAS LOCALES.

Juan Alemany Garcías

1. Planteamiento inicial. Concepto de sociedad mixta local. Proceso de constitución.

Las sociedades urbanísticas de carácter mixto¹ durante bastante tiempo han sido un instrumento eficaz para que las administraciones locales

1.- La descripción de la situación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia, así como de su evolución reciente, reviste considerables dificultades, derivadas, en primer lugar, del amplio uso de la fórmula en este país, y, también, de los distintos tipos de sociedades de economía mixta de actuación urbanística que existen o han existido. En este capítulo se interesan mostrar las clases de sociedades de economía mixta, los caminos por los que éstas se han creado y el proceso de unificación y de establecimiento de regímenes –legales y financieros– iguales para todas ellas. Aunque con los riesgos inherentes a todas las simplificaciones puede afirmarse que, fundamentalmente, se ha llegado a la regulación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia de dos modos distintos:

- 1.- Por extensión de las posibilidades de intervención de las corporaciones locales en el campo económico, lo que ha llevado a las sociedades de economía mixta que denominaremos de “derecho común”.
- 2.- Por la conveniencia de impulsar determinadas actuaciones que se consideraban prioritarias y a las cuales se les proporcionaban facilidades crediticias y de carácter administrativo o legal. Son las sociedades de economía mixta que llamaremos “con legislación específica”. SERRA SERRA, N, ROCA JUNYENT, M, SOLER LLUSÁ, J: *Las Sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Barcelona, Ed. C.O.C.I.N, 1969. Pág. 31.

realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado. Francisco Albi², eminente jurista, definía la sociedad de economía mixta como un modo de gestión, en forma de sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración pública y los particulares para realizar finalidades económicas de la Administración. Contempladas con relativa atención en la legislación de régimen local, las sociedades mixtas constituyen un modo de gestión indirecta de servicios públicos.

Gestión indirecta caracterizada porque se da entrada al capital privado en la dirección de la empresa y en la gestión del servicio público, sin excluir la participación de la Administración. Explica Sala Arquer³, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos, que el socio privado aporta ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial a un servicio público, sin que la Administración pierda por ello presencia en la dirección y gestión. El interés manifestado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística se acrecienta con la consideración de la agilidad y flexibilidad propias de su constitución y funcionamiento que se contraponen a las excesivas rigideces que obstaculizan la gestión pública, y con ciertas ventajas respecto a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público como más adelante señalaremos.

Es por ello que las sociedades mixtas se inscriben en el marco de una actuación pública dinámica y han de permitir a la iniciativa de los entes locales señalar prioridades urbanísticas con garantías de éxito, atrayendo a la iniciativa privada a colaborar de forma decisiva en la consecución de objetivos que, de otra forma, o estarían difícilmente al alcance de la iniciativa pública –a causa de dichas rigideces, jurídicas o de orden financiero– o tampoco serían alcanzables confiando exclusivamente en la iniciativa privada⁴. Se trata,

2.- ALBI CHOLBI, F: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960, 341 y 348. Las sociedades de economía mixta locales se podrían definir como “un modo de gestión, en forma de Sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la Administración local y los particulares, para realizar finalidades económicas de la referida Administración”.

3.- SALA ARQUER, J.M: *La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº90, 1996, pág. 233-244.

4.- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO: B. *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, Madrid, Edit. La Ley, 2013; pág. 61; Las entidades pueden escoger libremente qué forma quieren utilizar con la excepción de que nunca se podrán gestionar de forma indirecta los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad (por ejemplo, la policía municipal). Desde nuestro punto de vista el problema fundamental que plantea esta categoría es la extrema heterogeneidad de los supuestos que pueden encuadrarse en ella porque son numerosos los ejemplos de ejercicio por sujetos privados de competencias asumidas como propias por la Administración Pública.

pues, de ver en las sociedades de economía mixta de actuación urbanística un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión frente a la gestión pública directa, aún cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender. Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada –dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística– la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español.

Es por ello que el interés suscitado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística halla su concreción máxima en la preparación del suelo, con la consiguiente oferta del mismo a precios que constituyan un coste adecuado para asentamientos posteriores. También cabe asignarles otros cometidos, como puede ser el de la construcción de viviendas, e incluso, edificios industriales y la renovación urbana, futuro de las mismas, como comentaremos posteriormente, al estudiar su objeto. Existen, en segundo término, dos objetos posibles que no son de carácter estrictamente urbanístico pero se hallan vinculados a la actuación de las sociedades anteriormente sugeridas. Se trata de la construcción de grandes obras de infraestructura (autopistas, abastecimientos de aguas, túneles, etc.) y de la prestación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística.

El primero de ellos, sobre todo, puede convenir perfectamente a las posibilidades de las sociedades de economía mixta como instrumento de actuación eficaz y coordinación de voluntades, como pueden ser los convenios⁵ de colaboración público-privado. El menor desarrollo de la actuación urbanística, impropriamente confiada desde nuestro punto de vista a una iniciativa privada, cuyos intereses se han hecho en numerosas ocasiones incompatibles con la res pública, haciendo difícil acudir a formas

5.- Se trataría de un contrato interadministrativo, es decir, de un contrato en el que una Administración pública contrata con otra como si fuese un particular. Sobre esta cuestión, vid. ENTRENA CUESTA, R: “Consideración sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, Revista de Administración Pública, nº 24, 1957, pág. 70 y ss. No obstante, hay que señalar que la posibilidad de suscribir un contrato interadministrativo de gestión de servicios públicos, que existe en el plano teórico no es frecuente en la práctica, pues, como ha dicho en reiteradas ocasiones la Junta consultiva de contratación administrativa, el modo normal de colaborar las administraciones públicas no es el contrato sino el convenio. Así, la Junta consultiva de contratación administrativa en su Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996, “Convenios de colaboración. Convenio de colaboración entre un organismo autónomo y una universidad”, Consideración Jurídica 2, dice que “con carácter reiterado y uniforme viene sostenido esta Junta consultiva de contratación administrativa que la forma normal de relacionarse las administraciones públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado,

instrumentales de carácter mixto, debiendo responder las mismas a un intento de acrecentar una actuación urbanística deficiente recabando simultáneamente la seguridad que da una Administración pública, junto con los capitales particulares.

Creo que, desde la disposición novena de la Ley 27/2013 de LRSAL, se ha ido limitando la creación, participación de entidades, organismos públicos y administraciones públicas. Por ello, afecta plenamente a las sociedades urbanísticas mixtas, y aunque la ley no prohíbe taxativamente su nueva creación, las enumera en dos categorías diferentes.

La primera de ellas son aquéllas que se encuentran encuadradas dentro del endeudamiento, pero están sometidas a un plan de ajuste, o de saneamiento. En este caso excepcionalmente se puede evitar su disolución, sin embargo aquellas empresas urbanísticas mixtas que no hayan realizado un plan de ajuste, y que no puedan cubrir sus deudas con ingresos propios⁶, tal y como señala Joan Pagès i Galtés, Catedrático de Derecho financiero de La Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-Reus), se verán abocadas a su disolución y liquidación. Gracias a esta disposición, en la que he tenido que estudiar a fondo su contenido, nos damos cuenta, que lo que inicialmente me parecía una solución eficaz y eficiente para la administración pública y sobre todo respaldada con el socio privado, para la gestión del urbanismo, no es lo suficientemente eficaz por los problemas derivados de la convivencia público-privada en materia de contratación, y por las limitaciones presupuestarias-financieras al ser calificadas las mismas como sociedades de segundo escalón.

El llamamiento a la iniciativa privada para poner fin a los abusos que los propios particulares están cometiendo en materia urbanística, en su día supuso para las sociedades mixtas un freno a la especulación inmobiliaria,

es la vía del convenio de colaboración y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación a la ley de contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación del contratos de Estado, es la vía del convenio de colaboración, y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudirse a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la ley de contratos de las Administraciones públicas”. Sobre este instrumento de colaboración, en general, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M: “Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano”, Revista de Administración Pública nº163, 2004, pág. 393-396.

6.- PAGÈS I GALTÈS, J: *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 237: Gramaticalmente, en la aceptación que aquí nos interesa del vocablo “gestionar”, tenemos que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”. Por tanto, gestionar un ingreso público será hacer diligencias conducentes al logro de un ingreso público. Cuáles sean estas diligencias dependerá, lógicamente, del tipo de ingreso público, Sea cual sea su naturaleza, gira en torno a la declaración de la existencia y determinación de la cuantía del ingreso, así como a la realización del mismo.

sin embargo en la actualidad las realizaciones urbanísticas se traducen en notables incrementos de valor de unos pocos propietarios que se benefician en exclusiva, y desde mi punto de vista merman el rendimiento social. Creemos que las sociedades mixtas deberían recuperar ese rendimiento, como espíritu de su creación, y como alternativa a la crisis inmobiliaria en la que estamos inmersos. Debería haberse tenido en cuenta, al limitar la creación de estas sociedades, especialmente, la argumentación que la Ley 27/2013 maneja en cuanto a su disolución, sometida a la condición fundamental de no estar inmersa en un plan económico de ajuste, sin tener en cuenta, aparte de los argumentos de índole jurídico y social ya comentados, la capacidad de financiación del socio privado como garantía de autofinanciación de la propia sociedad, frente a terceros o a posibles acreedores de la misma, argumento que, hasta la fecha, servía para justificar en el expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia en la gestión urbanística, como un sistema indirecto de prestación de servicio público.

El calificar la Ley 27/2013 LRSAL a las sociedades urbanísticas mixtas de segundo grado no tiene, desde nuestro punto de vista, cabida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que numerosas leyes urbanísticas, tanto estatales como autonómicas, suelen utilizarlas de manera habitual para desarrollar suelos o actividades que tengan que ver con su objeto social, todo ello sin perjuicio de que dicha ley no respeta el espíritu del legislador europeo, que potencia de manera evidente y clara la colaboración⁷ público-privada, especialmente a través de los nuevos planes de la vivienda. Aún nuestra crítica es mayor, en lo que hace referencia al tratamiento del legislador respecto a las sociedades urbanísticas mixtas, que la referencia que ya

7.- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M y RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B: *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, Madrid, edit. La Ley, 2013; pág. 62: Hoy se puede afirmar que el fenómeno de la colaboración de particulares en el ejercicio de competencias públicas se encuentra cada vez más extendido y es muy variado. La explicación de este aumento espectacular de la colaboración de entidades de naturaleza jurídico-privada en el ejercicio de competencias públicas es variada, residenciando, frecuentemente en las supuestas carencias de conocimientos técnicos por parte del personal de la Administración con respecto a un determinado sector económico o la búsqueda de la consecución de niveles de eficiencia organizativa difíciles de obtener con las estructuras administrativas. Desde nuestro punto de vista y desde la aprobación de la LRSAL, la colaboración públicoprivada, acarrea una serie de problemas derivados de la regulación jurídica y procedimental que lleva la participación y elección de un socio privado en la gestión de las res pública, y mucho más desde las limitaciones de carácter presupuestario que argumenta la LRSAL para la creación de cualquier empresa pública. Sin embargo creo que el legislador debería haber contemplado en la LRSAL los principios derivados de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008, siendo la misma un punto de inflexión normativa en la relación entre administración matriz y sociedad mixta.

hicimos en relación a las sociedades de capital íntegramente público. Decimos esto, porque la propia ley, cuando señala la disolución de instrumentos o sociedades de segundo grado, distingue entre aquellos controlados de pertenencia o de capital exclusivo, de los de pertenencia no exclusiva al capital público, refiriéndose a las sociedades urbanísticas mixtas, por el efecto inmediato que será para las mismas su disolución, sin consideración alguna a su viabilidad económica.

Por ello, las mismas deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley. Todo ello no solamente es absurdo, desde la perspectiva social y económica, sino que plantea muchas dudas sobre su posible inconstitucionalidad, respecto a la autonomía de las entidades locales, y sobre el principio de suficiencia financiera, invadiendo competencias respecto a leyes urbanísticas estatales y autonómicas que apoyan e incentivan a la creación y colaboración público-privada, inspirada por el ordenamiento jurídico europeo.

La proliferación de las sociedades mixtas, y su utilización por la Administración local, exigen lo siguiente: En primer lugar, mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate, mejorar la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio, para lo que se cuenta con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público.

En segundo lugar, obtener, a través de la entrada de capital privado, una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del servicio público en cuestión. Además, la responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limita a su aportación a la sociedad, ya que éstas presentan para los Ayuntamientos ciertas ventajas con respecto a la entrega a un particular de la gestión que supone la gestión indirecta, como en la figura de la concesión. De esta forma, se hace “visible”, hacia el exterior, que la Administración local tiene el control sobre el servicio y que es la responsable última de su prestación, aunque con la colaboración del socio privado (o los socios, en su caso). Si bien es cierto que, en la realidad, frecuentemente es el socio privado el que tiene la dirección y administración efectiva del servicio, reservándose la Administración una función de mero control. Y así, frecuentemente se denuncia la opacidad en el funcionamiento de estas sociedades que están escasamente dotadas de recursos humanos y de control de gestión, provocando carencias en la tutela que ejerce el respectivo Ayuntamiento. En estos casos, es el socio privado, con más conocimientos técnicos y experiencia, el que, en realidad, gestiona un servicio tan complejo como es el urbanismo, ventaja inherente a la propia composición de la sociedad mixta respecto a la sociedad íntegramente pública.

Dentro de estas sociedades⁸ de economía mixta, podemos distinguir entre aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Administración pública (y que son las que propiamente se denominan “sociedades de economía mixta”); y las sociedades en las que el capital público es minoritario, que son denominadas “sociedades participadas”. Al no ser de capital íntegramente público de la Administración matriz, ya no estamos ante una forma de gestión directa, sino indirecta. Estaremos en presencia de una gestión indirecta cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y ésto aun que haya otros partícipes públicos.

La empresa pública de capital mayoritario puede ser forma de gestión pública, pero indirecta, y, por tanto, requiere su instrumentación mediante contrato de gestión de servicios públicos. Una sociedad mercantil de propiedad íntegramente perteneciente a un ente público es una personificación estrictamente instrumental. La misma está matizada, sin embargo, cuando el ente público mayoritario comparte su condición de accionista con otras personas, ya que en este caso la empresa no puede limitarse a servir al puro interés general, sino que ha de atender también al interés particular de los restantes socios privados. Y la relación de instrumentalidad cambia de sentido cuando la participación en sí puede desempeñar diversas funciones.

A este diverso papel que el Estado puede desempeñar, según el grado de participación, responde la distinción elaborada por la doctrina mercantilista entre *accionariado gestor* (cuando el ente público ostenta una posición de claro predominio, bien por su carácter mayoritario, bien por un dominio de hecho –socio minoritario, pero hegemónico– en una sociedad de capital muy dividido, o combinada con la existencia de un delegado del Gobierno) y *accionariado fiscal* (cuando la participación pública es de carácter meramente patrimonial, persiguiendo una finalidad de obtención de rendimientos).

8.- ALBI CHOLBI, F: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar, 1960, pág. 364. El contenido de dicha disposición reglamentaria, aplicando la misma argumentación que utiliza al tratar esta cuestión para las sociedades íntegramente públicas, dice que la no exigencia del desembolso íntegro a las Entidades locales “habría de permitir a las Corporaciones maniobras de escasa ortodoxia económica y jurídica, obligando a las Empresas por ellas organizadas a operar con capitales ficticios, en perjuicio de los acreedores y, a la larga, en detrimento del crédito de las mismas. En evitación de todo esto, el núm. 3 del art. 89 del Reglamento obliga a que la dotación de la Empresa esté desembolsada desde el momento de su constitución, es decir, plenamente desligada del patrimonio de la entidad local creadora.”

A esta dualidad ha añadido el Catedrático de Derecho mercantil excedente de la Universidad Complutense de Madrid, D. Javier García de Enterría⁹ la posición de *accionariado testigo o de presencia*, justificado en la finalidad de estar presente en la gestión de empresas relevantes para fiscalizar internamente su gestión (por ejemplo, las participaciones en diversas sociedades privadas de radiodifusión).

Junto a estas, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Juan Alfonso Santamaría Pastor¹⁰ añade la situación de *accionariado promotor*, en la que la participación del ente público responde a la finalidad de financiar parcialmente y apoyar proyectos privados de rentabilidad problemática (así, por ejemplo, las participaciones múltiples que ostentan las sociedades de desarrollo industrial de diversas regiones). De forma muy resumida, se puede afirmar que estas sociedades gestoras de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica privada, pero un régimen jurídico mixto, público-privado, esencialmente de derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de derecho público.

La Administración, así, toma del derecho privado la fórmula societaria pero, una vez que esta figura, propia del derecho mercantil, entra en la esfera pública, su régimen jurídico sufre inevitablemente modificaciones. De entrada, el que uno de los socios sea una administración pública determina algunas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades (como puede ser la posibilidad de que dicha administración pueda vetar las decisiones del consejo de administración). Además, existen una serie de normas imperativas de derecho público que se aplican, en diferente medida, lo que determina que se produzcan modulaciones en el régimen general de personal o de contratación de estas sociedades. Así, el TS (Sala de lo contencioso-administrativo), recurso de apelación, de 24 de marzo de 1987, afirma que las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos, son entidades sometidas en su

9.- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. señala que “este doble sistema se justifica por la dificultad de que los socios fundadores asuman todo el capital en la constitución de sociedades con capital cuantioso. Entonces el procedimiento de suscripción pública de las acciones puede facilitar la formación del capital. Pero, en la práctica, dadas las formalidades y los trámites de este procedimiento, la constitución de las grandes sociedades suele hacerse también por el sistema de fundación simultánea, mediante la intervención de entidades financieras que asumen inicialmente todo el capital para repartirlo o colocarlo después, en su caso, entre su clientela o entre sus inversores.” La sociedad anónima: fundación”, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Civitas, Navarra, 2006, pág. 827.

10.- SANTAMARIA PASTOR, J.A: *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. I, Iustel, 2009.

constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil, en las que las corporaciones participan, en concepto de socios, con los derechos que, como a tales, les reconocen los estatutos y la legislación mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios, actúan en la prestación de servicio de una manera análoga a la de un contratista particular.

En nuestra opinión la intervención, colaboración público-privada en ocasiones era necesaria para lograr integrar a los propietarios de un sector determinado (en muchos casos sociedades promotoras o entidades financieras), en otras para permitir que ciertas actuaciones se realizaran con una doble perspectiva de actuación, la pública y la privada con sus distintas finalidades y motivaciones, y en otros supuestos, era necesaria para la obtención de financiación¹¹ del socio privado, que suscribía las acciones, ante la insuficiencia de fondos públicos para acometer actuaciones de gran calado. El procedimiento de constitución y de selección del socio privado estaba perfectamente claro a nivel local, pues el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, en vigor desde el año 1955, lo establecía con bastante nitidez. Además, una vez constituida la sociedad, el Ayuntamiento podía perfectamente encargarle cualquier actividad relativa a la vivienda o el urbanismo de forma directa sin necesidad de someterla a concurso, pues dicha sociedad, aun cuando participaba en ella un socio privado, se consideraba un medio propio de la administración.

El sistema era efectivo, se constituía la sociedad mixta con un socio privado constructora, urbanizadora o entidad financiera estableciendo como ventajas inherentes a la condición de socio privado la posibilidad del encargo directo por el Ayuntamiento de obras o servicios, o derechos de preferencia en la adjudicación en procesos de selección de las obras de urbanización-construcción o de los contratos de financiación de actuaciones de la sociedad.

11.- Las inversiones urbanísticas requieren para su financiación dos condiciones fundamentales. En primer lugar, suelen precisar de volúmenes considerables de dinero. En el caso de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística ello es particularmente cierto, si se consiguen las sugerencias del presente estudio en cuanto a utilizar esta fórmula tan solo para grandes equipamientos u operaciones. En segundo lugar, los plazos de los créditos y demás mecanismos de financiación deben ser largos, de acuerdo con los períodos de maduración propios de las obras de carácter urbanístico. Aunque, en general, el sistema crediticio de cualquier país sirve mal a este tipo de necesidades financieras, en el caso español es particularmente cierto que las dos condiciones anteriores son, en la práctica, muy difíciles de satisfacer. SERRA SERRA, N; ROCA JUNYENT, M, SOLER LLUSÀ, J. *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Barcelona, 1969. COCIN, pág. 209.

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 Ley¹² de Contratos de 1995, que, en su artículo 155, excluía de las reglas de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos los supuestos en que las Administraciones hubieran creado para la prestación del mismo una “una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria¹³ la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

Como se observa, se excluía la aplicación del sistema concurrencial y se permitía el encargo directo tanto a una sociedad instrumental (100% capital público) como mixta (capital mayoritario pero no exclusivo público). La posibilidad de dicho encargo directo a las sociedades mixtas fue cuestionada al considerar que era contraria a la normativa europea de contratación pública, que impone la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, por el hecho de encontrarse participadas por sujetos privados.

Tras distintas resoluciones e incluso sentencias contrarias a la regulación que de la contratación pública hacía la norma española, se elabora un texto refundido de la Ley, en el que el nuevo artículo 154, teniendo una redacción casi idéntica al anterior 155, deja fuera a las sociedades mixtas de la exclusión antes indicada del párrafo segundo¹⁴. Por lo que para encargar directamente se requiere que en la sociedad sea “exclusiva” la participación

12.- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

13.- El referido artículo 155 (régimen general) de la Ley 13/1995, en sus disposiciones generales, al definir el contrato de gestión de servicios públicos, establecía:

1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.
2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquéllos 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.

14.- El artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su párrafo 2º que: “No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

de la administración o de un ente público de la misma. La reciente Ley de Contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), en el artículo 8, mantiene este criterio utilizando la expresión “en su totalidad”¹⁵.

Ante esta nueva regulación, el problema que se ha suscitado es el de establecer un procedimiento de selección del socio privado, que otorgue la necesaria seguridad jurídica, por ser acorde no sólo con la normativa interior sino también con los principios de contratación pública o mercado interior de la Unión Europea, para poder establecer la posibilidad de que el socio privado pudiera realizar parte de las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición.

La realidad ha sido que, desde ese momento, no se han constituido apenas sociedades mixtas y las que lo han hecho no han gozado de seguridad jurídica, al no existir una clara regulación, con los riesgos que ello conlleva; y más si se tiene en cuenta que las operaciones urbanísticas son de considerable cuantía y pueden generar millonarias indemnizaciones en caso de nulidad de procedimiento.

Esta problemática, puesta de manifiesto por los promotores públicos de toda Europa, agrupados en el Cecodhas, fue asumida por el Parlamento Europeo, que, en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre de 2006, tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresa público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la Comisión a formular “con la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes”.

En cumplimiento de dicha invitación, la Comisión europea emitió recientemente una Comunicación Interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Partenariado Público-Privado Institucional) y que se ha traducido como Colaboración público-privada institucional (CPPI) en España, concepto que comprende las sociedades mixtas, a través de convenios¹⁶, por expresa referencia en el texto. Esta Comunicación Interpretativa parte del hecho de que, durante años, “el fenómeno de la colaboración público-privada” se ha desarrollado en numerosos ámbitos.

15.- El artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, indica: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

16.- La expresión “convenio” utilizada en el artículo 104.3 del RSCL debe ser entendida no en sentido técnico-jurídico, como convenio de colaboración de los regulados en el artículo 4.1.c) de la LCSP, sino, simplemente, como un acuerdo o pacto. La interpretación de dicha expresión ha sido muy discutida por la doctrina. Así, el Ilustre jurista ALONSO UREBA, A, señala que

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 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. Ante dicho problema, la Comunicación señala las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de estas sociedades mixtas, para reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas, frecuentemente manifestadas, de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles.

“en la doctrina administrativa, ni siquiera aquellos que participaron en la ponencia que redactó estos preceptos, como es el caso de ALBI, llegan a delimitar con claridad qué supuestos se están contemplando en dicho precepto. En segundo lugar, se trata, como decimos, de un “convenio”, es decir, de una vinculación puramente contractual, lo que parece excluir la adquisición de participaciones o acciones en una sociedad ya existente y el de participación en la fundación de una sociedad de capital en las distintas formas ya examinadas, supuestos estos últimos contemplados separadamente por el Reglamento en los números 1 y 2 del art. 104. Pese a lo indeterminado del supuesto contemplado en el art. 104.3 del Reglamento, creemos, sin embargo, que tiene la virtualidad de poder operar como una especie de cláusula abierta a la que reconducir algunos casos diversos a los contemplados hasta ahora. Así, por ejemplo, cabe un convenio en virtud del cual se transforme una “concesión administrativa” en participaciones o acciones en la sociedad, o incluso dicha transformación puede producirse, no a partir de una concesión, sino en relación a subvenciones o créditos concedidos por la Administración a la sociedad. Realmente, todos estos casos son supuestos de aumento de capital con emisión de nuevas acciones sin suscripción pública (arts. 89 y ss. L.S.A.), pudiendo considerarse la transformación de subvenciones o créditos como supuestos de liberación mediante compensación, y la transformación de la concesión como supuesto del “acuerdo de aumento de capital”, acuerdo que en su contenido se adaptaría, a su vez, al referido convenio de transformación. También cabría traer aquí el supuesto de que, habiendo la Corporación suscrito obligaciones, se proceda posteriormente a la conversión de las mismas en acciones (art. 95 L.S.A.), debiendo entenderse que la liberación de las acciones se produciría mediante compensación. Por último, la introducción en nuestro ordenamiento de un Derecho de grupos permitiría reconducir al “convenio” del art. 104.3 del Reglamento, el supuesto, de “contrato de dominio” entre la Corporación interesada y una sociedad de capital ya existente, supuesto que la doctrina alemana ha reconducido al “Beherrschungsvertrag”, considerando a la Corporación como empresa dominante a efectos del “Konzernrecht”. *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, Pág 98.

No quisiera finalizar el presente artículo sin comentar brevemente algún caso de sociedad municipal mixta en nuestra Comunidad.

La Comunidad Autónoma de les Illes Balears, regula la Administración institucional en la Ley 3/1989 de 29 de marzo de entidades autónomas y empresas públicas vinculadas a la CAIB. Para ser coherente con el título del presente artículo, en la línea que hemos mantenido, de defensa de la autonomía local, pueden resultar de interés algunas observaciones fundadas en el funcionamiento de una sociedad de régimen local, concretamente en la sociedad del Palacio de Congresos de Palma S.A, participada con un capital público pertenecientes a dos administraciones territoriales diferentes, una de ámbito local y la otra de ámbito supra-municipal.

Nuestra experiencia en sociedades públicas ha estado relacionada en la creación de una empresa mayoritariamente pública, y como socio de la misma, otra Administración, que intervenían en el capital social, para un objeto concreto y determinado, por el tiempo que duren las obras y la explotación de la misma. Nos estamos refiriendo a la empresa pública del “Palacio de Congresos S.A.”, que empezó su creación con la participación del Ayuntamiento, a través de una sociedad mercantil de capital íntegramente público (EMOP actualmente S.M.A.P¹⁷), y de la Consejería de Turismo de les Illes Balears (a través del INESTUR S.A.). El gran problema que tuvo la empresa citada no estuvo vinculada tanto a su estructura interna, (participación de dos administraciones en su constitución), sino más bien que coincidió con la crisis del sector inmobiliario.

En relación a su ubicación en la primera línea de la fachada del Paseo Marítimo de Palma, y la protección del edificio de GESA como bien de interés cultural (BIC), por parte del Consell Insular de Mallorca, debemos señalar que el Consell impedía su demolición al ser un bien protegido, pese a los inconvenientes urbanísticos que existían en la zona donde se ubicaba dicho edificio, para el desarrollo urbanístico de la fachada, porque el problema de las sociedades urbanísticas no siempre se refleja en su estructura interna, y en el motivo que llevó a su creación, ya que todo ello debe ir acompañado de una voluntad política clara y firme en materia de urbanismo, calculando las inversiones financieras a realizar, juntamente con aquellas unidades de actuación que están sometidas a un sistema de expropiación, para la adquisición por parte del consistorio de zonas verdes.

17.- SOCIAS CAMACHO, J.M. y BLASCO ESTEVE, A. *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág. 210-211; El Ayuntamiento de Palma gestiona servicios públicos a través de cuatro sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal EMAYA S.A., EMT S.A., EFM S.A. y SMAP S.A. Dispone, a través de la sociedad SMAP S.A. del 50% del capital social de PALACIO DE CONGRESOS DE PALMA S.A.

El anteproyecto de urbanización de la fachada marítima de Palma, gestionado por la EMOP, tenía, como eje principal del “proyecto estrella”, el Palacio¹⁸ de Congresos y un hotel de lujo anexo al mismo. A día de hoy, las administraciones públicas responsables, no han llegado a ponerse de acuerdo, principalmente por problemas de financiación, falta de claras ideas urbanísticas consensuadas, con todos los agentes afectados, influyendo gravemente a la imagen urbanística y turística de Palma de Mallorca, ya que los numerosos visitantes que llegan a la isla, especialmente en época estival, provenientes del aeropuerto de Son Sant Joan, se enfrentan al enorme impacto visual que produce el Palacio de Congresos, inacabado, en un solar totalmente inadecuado por su ubicación, ocultando las vistas a nuestra reconocida catedral gótica palmesana. Todo ello con independencia de los numerosos litigios contencioso-administrativos que la Empresa Núñez y Navarro S.A., promotora de las mismas ha tenido que interponer a las administraciones competentes de les Illes, con millonarias indemnizaciones a consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en materia de responsabilidad patrimonial, por licencias que no se podían otorgar y que han afectado claramente a la planificación del urbanismo de la ciudad de Palma de Mallorca.

Para concluir debemos destacar que las sociedades mercantiles locales de carácter mixto constituidas por empresas de capital público y socios privados, se presentaban como una solución alternativa, a la prestación directa por parte de las sociedades de capital íntegramente público, sin embargo nuestra interpretación es mucho más restrictiva, desde la aprobación de la LRSAL de 27 de diciembre de 2013, en referencia a las taxativas restricciones que la misma realiza a la creación de entidades de segundo nivel, en las que nos atrevemos a incluir a las sociedades urbanísticas mixtas.

Dichas sociedades que, hasta ahora, en el campo del urbanismo habían desarrollado una gestión bastante opaca, en tiempo de crisis no ha sido del todo descabellado apostar por un sistema de gestión indirecta a través de las empresas mixtas, ya que es el socio privado el que gestiona el urbanismo, porque es el único que tiene recursos técnicos y económicos.

Sin embargo, aunque por su especial constitución, hubieran podido suponer un alivio para la crisis del urbanismo, especialmente para el debilitado ámbito local, no lo han conseguido debido a las especiales

18.- SOCIAS CAMACHO, J.M y BLASCO ESTEVE, A. *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág.211; Palacio de Congresos de Palma S.A. con capital social al 50% de SMAP S.A. y de INESTUR S.A., se creó para la construcción, gestión y promoción del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca.

peculiaridades, harto complicadas de su sistema de contratación pública, especialmente en la elección del socio privado y en la gestión cotidiana de la empresa. No han sido en la práctica las sociedades mixtas todo lo ágiles que se les presuponía, aunque en la época de crisis económica, en la que todavía estamos inmersos, no estamos totalmente en desacuerdo en apostar por esa colaboración público-privada para agilizar el urbanismo y, por supuesto, para llegar a una actuación pública más eficiente, en la reestructuración del sector público-local, siguiendo los criterios provenientes de Europa.

Se trata en definitiva de ver en las sociedades de economía mixta urbanísticas un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión sobre la actuación pública directa, aun cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender.

Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada, dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística, la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español.