

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

La virtud está en el término medio: las sociedades de economía mixta. Especial referencia al ámbito local

Virtue is in the middle term: mixed-capital companies. Special reference to the local sphere

Josep Ramon Fuentes i Gasó*

Universitat Rovira i Virgili (Espanha)
josepramon.fuentes@urv.cat

Recebido/Received: 29.05.2019 / May 29th, 2019

Aprovado/Approved: 23.06.2019 / June 23rd, 2019

Resumen: El artículo analiza el régimen legal de las sociedades de economía mixta, tanto desde el punto de vista de España como de la Unión Europea. Propone a favor del interés general un régimen híbrido para sociedades que obedece tanto a la regulación privada de las sociedades de capital como a la regulación administrativa.

Palabras-clave: Sociedad de economía mixta. Interés general. Unión Europea. Derecho Privado. Derecho Público.

Abstract: The article discusses the legal regime of mixed-capital companies, from both the Spanish and European Union points of view. It proposes in favor of the general interest a hybrid regime for companies which obeys both the private regulation of capital companies and administrative regulation.

Como citar este artículo/*How to cite this article:* FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. La virtud está en el término medio: las sociedades de economía mixta. Especial referencia al ámbito local. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 11-39, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1133.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo y Ex-Director del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, Cataluña, España). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Director de la Càtedra d'Estudis Jurídics Locals Màrius Viadel i Martín y Coordinador de Relaciones Institucionales del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España). Presidente de la Sección de Tarragona del Jurat d'Expropiació de Catalunya. Ha realizado estancias de investigación en diversos centros, como: Scuola per il perfezionamento del Diritto Amministrativo de la Università degli Studi di Bologna, Italia (1991-1993); Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung en Speyer, Alemania (1995, 2008); Università degli Studi di Lecce, Italia (2001, 2005, 2006, 2010, 2013, 2015). *E-mail:* josepramon.fuentes@urv.cat.

Keywords: Mixed-capital company. General interest. European Union. Private Law. Public Law.

Sumario: **1** Las sociedades de economía mixta como forma tradicional de gestión indirecta de los servicios públicos – **2** Formas que pueden adoptar las Empresas mixtas – **3** Constitución de la Empresa mixta – **4** Especialidades de las sociedades de economía mixta – **5** Gobierno y administración de la sociedad – **6** Régimen jurídico, presupuestario y financiero – **7** Transformación y disolución – **8** Conclusiones – Referencias

La sociedad de economía mixta puede nacer ex novo, proceder de una .sociedad limitada que se modifica aumentando el capital que es suscrito por la Administración, o de una transformación de sociedad personal existente que supone un cambio de tipo con aumento de capital suscrito por la Administración, o expropiación de cuota», expropiación de acciones, por transformación de empresas individuales en sociedades limitadas, lo que puede a su vez hacerse, o aportando el empresario su empresa y la Administración otros elementos, o por expropiación de parte de la empresa y consiguiente aportación de ambos a la nueva Sociedad.

(José Antonio García-Trevijano Fos, 1996)¹

1 Las sociedades de economía mixta como forma tradicional de gestión indirecta de los servicios públicos²

1.1 La colaboración público-privada y el Derecho de la UE

Con arreglo al “Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” (COM/2004/0327 final) la creación de sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos se considera una operación de colaboración público-privada (CPP) de tipo institucionalizado. Este tipo de operaciones de CPP implican, como es de sobra conocido, la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, un socio público y uno de privado.³

La puesta en marcha de una CPP institucionalizada como reza el citado Libro Verde puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan de manera conjunta el sector público y el sector privado, o bien mediante

¹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. Aspectos de la Administración económica. *Revista de Administración Pública*, n. 12, 1953. p. 60.

² *Vid. in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R. La colaboración público-privado en el sector público local español. El régimen de las sociedades de economía mixta. In: COSTA GONÇALVES, P.; TAVARES DA SILVA, S.; LOPES MARTINS, L. *Internalização dos serviços públicos municipais em Portugal e Espanha*. Coimbra: Cedipre, 2019. p. 193-216.

³ “Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” (COM/2004/0327)”, apartado 3.1.

la participación en una empresa pública existente por parte del sector privado a través de la adquisición de una parte de su capital. En los Estados miembros, en este contexto, se utilizan para referirse a estas estructuras terminología y fórmulas diferentes (por ejemplo, el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*).⁴

La Comisión Europea destaca que, en los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular para la gestión de servicios públicos a escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos urbanos). La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica a ojos de la CE permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.⁵

La legislación en materia de contratación pública y concesiones no contemplaba de forma expresa hasta hace bien poco la operación que consiste en crear una entidad de capital mixto. No obstante, la Comisión y el Parlamento Europeo venían insistiendo, de acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE, en que conviene garantizar el respeto de los principios y normas que se derivan de dicho Derecho (los principios generales del Tratado o, en determinados casos, las disposiciones de las Directivas) cuando una operación de este tipo va acompañada de una atribución de misiones a través de un acto que puede calificarse de contrato público o, incluso, de concesión.^{6 7}

Este mecanismo de contratación para la gestión de un servicio público, donde se aúnan en un único procedimiento tanto la selección del socio privado que se integrará en la sociedad de economía mixta que gestionará el servicio como, en segundo lugar, la determinación de las condiciones de la gestión con definición de los derechos y obligaciones de las partes, ha sido también abordada por la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)”.⁸

⁴ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I). *Contratación Administrativa Práctica*, n. 105, feb. 2011.

⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁶ Informe a la Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones 2006/2043(INI), de 16 de octubre de 2006.

⁷ Vid. *in totum*, HERÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *La nueva concesión de servicios*. Estudio del riesgo operacional. Pamplona: Aranzadi, 2018.

⁸ DOUE de 12 de abril de 2008.

Dicha Comunicación define la misma como “la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. 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” y tiene por objeto el examen de las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de CPPI, partiendo del principio fundamental de que “El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla 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”.

Señala también, de nuevo, esta Comunicación como, en la práctica, la creación de una CPPI puede materializarse bajo dos modalidades:

- 1ª – La creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado (en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados), y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación.
- 2ª – Mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

Cualquiera que sea el supuesto, la Comunicación considera que las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones 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

1.2 La sociedad de economía mixta en la nueva Ley de contratos del sector público

En la nueva Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) recientemente aprobada por las Cortes Generales, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos

en sede contractual que se contenía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Aparece en su lugar, y en virtud de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la “nueva” figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la figura de la concesión de obras que ya contemplaba la antigua Ley de Contratos del sector público (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).

Sin perjuicio de esta nueva regulación, el nuevo texto legal mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de servicios o de obras en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo la ya conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET), y en la “Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008 (CPPI)”.⁹

La disposición adicional vigésima segunda de Ley 9/2017 bajo la rúbrica “Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta”. dispone, en su apartado primero, que las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra mayoritariamente capital público con capital 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 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.

Nada nuevo, salvo la estricta positivización de un principio o regla general establecida por la jurisprudencia del TJUE antes citada y que de hecho ya recogía la Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, que procedía a su vez de la Disposición adicional decimosexta, apartado treinta y cuatro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público, una nueva Disposición adicional, la trigésima quinta, dedicada al régimen de adjudicación de los contratos públicos, en el marco de las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios

⁹ Ello nos llevará a referirnos quizá en un futuro a la sociedad de economía mixta como «forma institucionalizada de los contratos de concesión o de concesión de obra» en lugar de la forma clásica de forma de gestión indirecta de servicios.

de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta (STJUE 196/08 en el caso ACOSET, apartado 59).

En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario (STJUE caso ACOSET, apartado 60).

La disposición adicional vigésima segunda de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, añade también, en su apartado segundo, otra regla complementaria de la anterior que dispone, en la misma lógica de respeto a los principios de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del TCE, que en el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Ello ha sido declarado por el TJUE en tanto que la aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, estaría excluida en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad que la controla (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 24). En tal supuesto, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C573/07, apartado 36).

Pero contrariamente la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la sentencia Sea, antes citada, apartado 46). Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo

de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C29/04, apartado 48).¹⁰

Abundando en los principios de transparencia y libre competencia, también en el último inciso del apartado primero de la DA vigésima segunda se dispone que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.

Nuevamente se trata de la positivización de la jurisprudencia del TJUE según la cual es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación (véase en este sentido la STJUE de 19 de junio de 2008, Caso Nachrichtenagentur, C454/06, apartado 34 y la citada sentencia caso ACOSET, apartado 62).¹¹

Cabe señalar que, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2005 ya entendía que las Directivas sobre coordinación¹² de los procedimientos de adjudicación en diversos sectores eran de gran relevancia por cuando se habían llegado a calificar de: “revolución jurídica» al obligar a las empresas, incluyendo las públicas, a modificar sus prácticas tradicionales de contratación para adaptarse a un sistema de contratación inspirado en los procedimientos de contratación pública. Se trata de garantizar uno de los pilares esenciales de la contratación pública en el ámbito comunitario como es la transparencia en las convocatorias, las adjudicaciones y los procedimientos de selección de los contratistas. Por ello las sociedades mercantiles bajo control público en mayor o menor grado no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas (sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1998, asunto 460/1996, y 1 de febrero de 2001, asunto 237/1999) al entender que no es la forma jurídica sino

¹⁰ Vid. MONTOYA MARTÍN, E. *Los Medios Propios o Servicios Técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público, su Incidencia en la Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid; Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. p. 180-181.

¹¹ Vid. también Informe 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.

¹² Directiva 92/13 CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones y Directiva 93/38 CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

el objetivo el elemento fundamental a considerar”. Y en materia de ampliación del objeto social, que implica una modificación del mismo, de una sociedad de economía mixta establecía que “Si la publicidad y la concurrencia fueron garantizadas al constituirse la empresa mixta, dichos principios deben ser también respetados en cualquier modificación ulterior encaminada a la ampliación de la gestión de un servicio público. Se trata de evitar el establecimiento de facto de una posición de dominio en la actividad a favor de la empresa adjudicataria inicial mediante la publicidad y concurrencia exigida por el ordenamiento”.

Por último, el texto de la nueva ley se ocupa de un aspecto nada negligible cuál es la regulación de los medios de financiación vinculados a la concesión que la sociedad concesionaria puede tener en sus manos. Así el apartado tercero de la disposición adicional vigésimo segunda de nueva LCSP establece 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 de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán: a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato. b) Titulizar 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”.

Teniendo en cuenta lo parca e indefinida que puede resultar la referencia “siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación” contenida en la primera de las opciones, creo que a todas luces es recomendable sopesar esa posibilidad de antemano y establecer un régimen expreso y claro sobre este particular en los pliegos de condiciones para evitar litigios futuros. Y lo mismo podría predicarse sobre la posibilidad contemplada en el apartado b).

1.3 La sociedad de economía mixta en la legislación de régimen local

La relevancia de la empresa de economía mixta, puesta hasta ahora de relieve, contrasta con la escasa atención que le dedica la legislación local tanto anterior como posterior a la CE¹³. Los primeros antecedentes normativos internos referentes a las empresas mixtas los encontramos justamente en la Ley Municipal Catalana

¹³ MONTOYA MARTÍN, E. *Los Medios Propios o Servicios Técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público, su Incidencia en la Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid; Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. p. 178.

de 1933-1934 (art. 188) y, poco después, en la Ley Municipal Republicana de 1935 (art. 135)¹⁴. Sin embargo, no se lleva a cabo una regulación detallada de las mismas hasta el Texto Articulado de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de noviembre de 1982, ya establecía la diferenciación entre Administración y sociedad mixta a efectos de diferenciar la gestión directa de la gestión indirecta de un servicio público: “La diferenciación entre Administración y Sociedad mixta es, pues, una consecuencia del hermanamiento de la forma societaria, elegida como técnica operativa, y la personalidad jurídica diferenciada, inherente a cualquiera de los tipos de sociedad previstos en el ordenamiento – Ley de 25 septiembre 1941 y su Reglamento de 22 enero 1942, sobre la Industria Nacional, art. 176 de la Ley de Régimen Local, art. 92 de la Ley de 26 diciembre 1958, sobre Entidades Estatales Autónomas; por otra parte, el régimen de empresa mixta, pese al pensamiento de ciertos autores, no constituye un supuesto de verdadera gestión directa de la Administración estatal o local, como lo evidencia su ubicación en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 junio 1955, al figurar en el Cap. IV de su título III, entre el Capítulo III («Gestión directa de los servicios») y el V («Gestión indirecta de los servicios»)”.

En la vigente legislación de régimen local, el artículo 85.2 B) de la LBRL prevé, para la prestación por gestión indirecta de los servicios públicos de la competencia local, las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Referencia hoy huérfana de contenido por remisión a una regulación inexistente por efecto de la derogación del TRLCSP por la nueva LCSP.

Por su parte, el artículo 104.1 del TRRL dispone que “para la gestión indirecta de los servicios podrán las entidades locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad”.

Y en el apartado segundo, en lo que se refiere a su constitución establece: “En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la participación en la futura sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la entidad local en la dirección de la sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria”.

¹⁴ Vid. MARQUÉS I CARBÓ, L. L. *La Llei Municipal de Catalunya 1933-1934*. Barcelona: Ed. Secretariat Català, 1935.

En lo relativo al procedimiento de creación, el artículo 104 del RSCL determina que: “Las empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar constituidas a través de los procedimientos siguientes:

- 1º Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social.
- 2º 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.
- 3º Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de registrarse en lo sucesivo”.

De esta regulación se desprende según Montoya Martín que, aunque ésta sea su función más común, la empresa mixta no es sólo un modo de gestión de servicios públicos, sino que puede también constituir una fórmula para el ejercicio actividades económicas privadas para la realización de un interés general.¹⁵

También abunda en ello Prieto González, quien afirma que “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).¹⁶ 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”.¹⁷

Y de ahí que haya que distinguir también en el caso de la empresa mixta entre las sociedades de mercado, que responderían al principio del accionario patrimonial o financiero, y las sociedades de servicio público. Pues solo estas últimas justifican

¹⁵ MONTOYA MARTÍN, E. *Los Medios Propios o Servicios Técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público, su Incidencia en la Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid; Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. p. 182-183.

¹⁶ La aclaración del paréntesis es nuestra.

¹⁷ PRIETO GONZÁLEZ, L. F. *Las empresas mixtas locales*. Madrid: Montecorvo, 1996. p. 43-44.

las derogaciones al Derecho común de sociedades que exija la realización del fin público encomendado.¹⁸

En este caso, sin perjuicio de la aplicación del Derecho societario propio de la forma mercantil que tenga o tome la sociedad de economía mixta, el Ordenamiento Jurídico-administrativo contiene particularidades que deben tenerse en cuenta en atención a su vinculación a un socio de naturaleza pública y al carácter también público de la relación contractual que da lugar a su creación o a la participación de un socio privado en una sociedad de capital público ya existente.

Así, el artículo 104.2 del TRRL permite que en el acuerdo constitutivo se puedan establecer determinadas especialidades que exceptúen la legislación societaria aplicable en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo. Esto es, podrán introducirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de la sociedad, como, por ejemplo, configuración de la Junta General o de otros órganos de gestión o control; así como de carácter funcional, como posibilidad de exigencia de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por parte de la Intervención municipal, exigencia de determinados quórum para la adopción de acuerdos, e incluso posible veto de la Corporación local en relación a determinados acuerdos, etc.¹⁹

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 287 y 293 de Reglamento de actividades, obras y servicios de las entidades locales de Catalunya (ROAS).²⁰

En sus relaciones externas, la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, se someterá a los principios de publicidad y concurrencia. Así lo dispone expresamente el artículo 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre de 2001): “En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos”.

En este sentido podemos también acudir a la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)”

¹⁸ MONTOYA MARTÍN, E. *Los Medios Propios o Servicios Técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público, su Incidencia en la Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid; Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. p. 183.

¹⁹ Vid. GONZALEZ PUEYO, J. Gestión de servicios públicos locales. Sociedad mercantil local. *Jornadas sobre la Ley de modernización del gobierno local: Una nueva organización para los municipios de “gran población”*, FEMP – INAP, Madrid 27, 28 y 29 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.famp.es/famp/publicaciones/ficheros/2004grupo9.pdf>.

²⁰ Decreto 179/1995, de 13 de junio.

ya citada, cuando señala que el objeto del procedimiento en el que se selecciona al socio privado es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto, añadiendo que 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. Pero debe remarcarse también que, si bien es cierto que la constitución de una empresa mixta supone la creación de una nueva persona jurídica, no por ello se trasladan a ella las potestades administrativas inherentes a la titularidad del servicio (dirección y control, potestad tarifaria, potestad disciplinaria, etc.), de las que en ningún caso puede desprenderse la Administración.²¹

2 Formas que pueden adoptar las Empresas mixtas

Conforme a lo previsto en el artículo 103²² del RSCL, las empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de sociedad mercantil comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada.

A pesar de lo prescrito en este artículo 103 RSCL, la doctrina ha puesto siempre en tela de juicio la posibilidad de acudir a la fórmula de la sociedad comanditaria. ALBI hace ya más de 50 años consideró que esta figura de sociedad comanditaria es incompatible con la sociedad de economía mixta local, puesto que la nota esencial de las comanditas consiste en la prohibición establecida el artículo 148 del Código de Comercio, según el cual “los socios comanditarios no pueden hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aún en calidad de apoderados de los socios gestores”. Esta norma es incompatible con uno de los

²¹ “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)” apartado 3.

²² STS, Sala de lo Contencioso – Administrativo, de 24 de marzo de 1987: “Las empresas mixtas constituidas en forma de Sociedad Mercantil, según dispone el artículo 103 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, para la gestión de servicios públicos de carácter municipal, son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al Derecho mercantil (sin perjuicio de escasas normas particulares de carácter administrativo) 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 jurídica distinta de los socios que las componen (Corporación y particulares) actúan en la prestación del servicio de una manera análoga a la de un contratista particular, según resulta claramente del artículo 206 del Reglamento General de Contratación del Estado, por lo que hay que distinguir la actividad de gestión del servicio público, íntegramente sometida al Derecho Administrativo, y el régimen interno de la empresa que lo está a las normas estatutarias, que carecerían totalmente de razón de ser, si frente a ellas uno de los socios ostentase una posición de prevalencia; también conviene destacar que del cumplimiento de las obligaciones de la empresa mixta frente a la Corporación, por razón del servicio encomendado, responde la sociedad y no los socios individualmente, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos frente a aquella o a los otros socios por su gestión social, también regulada por el Derecho Privado; asimismo ha de señalarse que, conforme a la moderna doctrina mercantilista y a la terminología de la Ley de Sociedades Anónimas, el acto constitutivo de éstas no es un auténtico contrato, sino un convenio que agota sus efectos en el nacimiento de una nueva personalidad, que desde entonces goza de vida autónoma, que no puede considerarse desarrollo o cumplimiento del llamado contrato fundacional”.

requisitos esenciales de la Empresa mixta, cual es el de que no basta la aportación económica de la entidad local, sino que dicha entidad deberá de colaborar de forma directa en el gobierno de la sociedad.²³

Así se establece en diversos artículos del propio RSCL, como del artículo 104, que se refiere a la necesidad de compartir la gestión social; o del artículo 106, en el que se determina que pueda establecerse un número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración inferior a la proporción de capital con que participare en la empresa; o del artículo 108, cuando regula la forma de nombramiento y composición de los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración. Preceptos que ponen de manifiesto que el requisito de participación en el gobierno y administración de la sociedad es consustancial a la naturaleza de la empresa mixta.

Sin embargo, hay quien ha considerado que, después de la reforma de la legislación de sociedades habida desde los años 80 del siglo pasado hasta ahora, quizá fuera posible admitir la forma sociedad Comanditaria por acciones, en la cual los socios comanditarios pueden llegar a condicionar la actividad empresarial por medio de los acuerdos que se adopten en Junta General, que son vinculantes para los socios colectivos.²⁴

Volviendo a la literalidad de los preceptos legales cabe decir que el artículo 85 *ter*. Apartado 2º de la LBRL establece que las sociedades mercantiles locales deberán “adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), y en la escritura de constitución constará el capital²⁵ que deberá ser

²³ ALBI CHOLVI, F. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960. p. 430.

²⁴ GONZALEZ PUEYO, J. Gestión de servicios públicos locales. Sociedad mercantil local. *Jornadas sobre la Ley de modernización del gobierno local: Una nueva organización para los municipios de “gran población”*, FEMP – INAP, Madrid 27, 28 y 29 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.famp.es/famp/publicaciones/ficheros/2004grupo9.pdf>.

²⁵ En relación a los gastos necesarios para la constitución de la sociedad de economía mixta, ha sido una cuestión controvertida el concepto de gastos de primer establecimiento en los contratos de gestión de servicios públicos, iniciados o adjudicados con anterioridad a la nueva LCSP, a los efectos de la procedencia del recurso especial en materia de contratación (art. 40.1.b) TRLCSP) y si éstos pueden considerarse como gasto necesario para la constitución de la sociedad de economía mixta o no, al no existir una definición específica en el TRLCSP, debiéndose tomar en consideración para su elaboración y establecimiento lo recogido en el Plan General Contable. El Tribunal Supremo, en su sentencia número 1502/2016 de 22 de junio, confirmatoria de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 27 de marzo de 2015, por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra un acuerdo del pleno por el que se adjudica a una UTE el contrato para la selección, mediante procedimiento abierto, de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración remarca: “la selección de un socio privado es elemento fundamental sin perjuicio de que, además, tenga por objeto llevar a cabo la gestión del servicio público integral del agua. Por ello entiende comprendido dentro del concepto de gastos de primer establecimiento ‘todo aquel gasto necesario para la constitución de esta sociedad de economía mixta, pues si no se constituye esta sociedad no es posible comenzar con la gestión del servicio público. Puede que no se precise realizar ninguna inversión en cuanto a

aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad”. Sin embargo, la legislación catalana establece de forma taxativa que las sociedades mercantiles de economía mixta deben adoptar la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima (artículo 282.2 del ROAS).

3 Constitución de la Empresa mixta

Como ya se ha descrito anteriormente, el artículo 104 del RSCL contempla tres procedimientos por los que puede constituirse una Empresa Mixta. El primero, el de adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social. El segundo mediante la fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados, bien por suscripción pública de acciones, bien por concurso de iniciativas. Y, por último, por convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiera de regirse en lo sucesivo.

Esta última posibilidad no se contempla no obstante en el TRRL, artículo 104.2, párrafo segundo. Y, sin embargo, cabe aún otra posibilidad, cual es la que ya hemos estudiado anteriormente, de conversión de una sociedad municipal en mixta. Debe tenerse en cuenta que en este caso no nos hallamos simplemente ante un procedimiento de licitación dirigido a la enajenación de una parte de las acciones en que se divide el capital de la Sociedad Municipal sino ante expediente complejo que tiene como fundamento el cambio en la forma de gestión del servicio público del que se ocupe la sociedad, transformando el modo de gestión directa mediante sociedad mercantil de capital público a la gestión indirecta del mismo a través de sociedad de economía mixta, con el consiguiente establecimiento de unas condiciones jurídicas distintas en que se desarrollará a partir de eses momento la prestación del servicio. Justamente por ello previamente a la transformación de la sociedad se deberá sustanciar la decisión del cambio de forma de gestión del

medios materiales, considerados en sentido estricto, para la prestación de la gestión del servicio, pues el Ayuntamiento pone a disposición de la sociedad de economía mixta la red de abastecimiento de agua y de saneamiento precisa para llevar a cabo la gestión del servicio; pero es imposible que se comience a gestionar este servicio si no se ha constituido esta sociedad de economía mixta. Por tal motivo, no puede considerarse ajeno el gasto generado por la constitución de esta sociedad al denominado “gasto de primer establecimiento”, pues es preciso para entender constituida y en funcionamiento esta sociedad de economía mixta.” Concluyendo que, “el capital preciso para la constitución de la sociedad de economía mixta, si es preciso desembolsarlo antes de comenzar con la gestión del servicio público, debe computarse como gasto de primer establecimiento, por ser esencial e imprescindible para que pueda comenzarse con la gestión del mismo”. [...] “el capital social que se suscribe y desembolsa por el adjudicatario para la constitución de la sociedad de economía mixta debe computarse como gasto de primer establecimiento”.

servicio, justificándolo en aras a la sostenibilidad i eficiencia de esa elección (*vid.* art. 85 de la LBRL).²⁶

La legislación básica de régimen local no establece un procedimiento específico para determinar la decisión que implica la elección de la forma concreta de gestión de un servicio público local.²⁷ Para ello según Merino Estrada “si se trata de un servicio que comporta el ejercicio de iniciativa económica, habremos de seguir el detallado procedimiento previsto en el artículo 97 del TRRL. En otro caso, se exigirá únicamente acuerdo del Ayuntamiento Pleno, precedido de una Memoria en la que se acredite que la forma elegida es la que más conviene al interés general. La ausencia de un procedimiento específico no significa que la decisión no tenga que seguir un cauce formal, en el que destacan dos elementos esenciales.

En primer lugar, hemos de señalar el órgano competente, que será siempre y en todo caso el Pleno municipal. El acuerdo se adopta por mayoría simple en todos los supuestos. El único caso que requiere mayoría absoluta es el de “municipalización o provincialización en régimen de monopolio”, que lógicamente seguirá el procedimiento del artículo 97 del TRRL, reforzado. Cuando el artículo 47.2 k) se refiere a la “aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente”, lo hace exclusivamente al servicio “municipalizado” con monopolio. Los supuestos de elección de forma de gestión que no sigan el procedimiento del Art. 97 del TRRL son aprobados siempre por mayoría simple. En segundo lugar, la decisión deberá fundamentarse en una Memoria, con datos objetivos e indicadores de gestión. Lo importante será el criterio seguido y la calidad de los análisis. Pero la forma no debe ser un aspecto a despreciar. Habrá de tratarse de una Memoria bien construida y solvente. La forma de elaboración no tiene por qué ser la establecida en el artículo 97 del TRRL, ni tiene que ser expuesta al público, etc., pero su contenido y estructura sí deberían ser muy similares. Es conveniente que la estructura sea la misma y, en cuanto al contenido, variará en función del servicio de que se trate. Algunos elementos de contenido del Proyecto a que se refiere el artículo 97 del TRRL, como las tarifas o propuestas de precios, de gran importancia en los servicios de contenido económico, pueden no ser necesarios en estos otros supuestos. En todo caso, la Memoria es un elemento esencial del procedimiento”.²⁸

²⁶ RENYER ALIMBAU, J.; SABATÉ VIDAL J. M. Els serveis públics locals (II). In: GIFREU FONT, J. (Coord.) *Introducció al Dret Local de Catalunya*. Barcelona: Cedecs Ed., 2002. p. 206.

²⁷ Si se establece en la legislación catalana que determina ese procedimiento en los artículos 188 y siguientes del ROAS.

²⁸ MERINO ESTRADA, V. Formas de gestión de los servicios locales. In: CARBONERO GALLARDO, J. M. (Coord.). *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 2010. p. 157-217.

En lo relativo al procedimiento de licitación cabe decir que además de garantizar los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación debe tenerse bien en cuenta que el socio que se vaya a incorporar a la sociedad cuente con la capacidad y la aptitud necesaria para llevar adelante la prestación del servicio. El pliego determinará las condiciones en que se debe producir la enajenación de los títulos representativos del capital (normalmente mediante ampliación del capital) al socio privado, pero no debe olvidarse que ello no constituye sino un aspecto accesorio o instrumental respecto del objeto principal del contrato, que no es otro que la adjudicación de la gestión del servicio público a la sociedad de economía mixta. Como refiere la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público – privada institucionalizada (CPPI)” (DOUE de 12 de abril de 2008), “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”.

Dicha Comunicación nos recuerda que “El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla 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”. Las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones 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. Ello no supone, sin embargo, que haya de llevarse a cabo una doble licitación, lo que no resultaría práctico. Por tal razón, la Comunicación sugiere, para evitar los problemas derivados de la doble licitación, que el socio privado sea 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. Se refiere, asimismo, a esta materia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, recaída en el Asunto C 196/08. También en ella se indica que recurrir a una doble licitación es mala praxis con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y

la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos. Y, en línea con lo previamente apuntado, se indica que es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias de transparencia e igualdad de trato, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

En virtud de ello, el Tribunal de Justicia declara que “Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”.²⁹

En lo relativo a la forma de constitución y vigencia debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo que disponen el RSCL las empresas mixtas se constituirán, una vez substanciado el procedimiento correspondiente, mediante escritura pública (artículo 103) y por un plazo que no exceda de los cincuenta años, expirado el cual revertirá a la entidad local su activo y pasivo (artículo 111). En orden a ello en la constitución o en los Estatutos de la Empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma.

Debe también referirse, que se ha venido admitiendo la participación en la sociedad bien de forma directa por parte del ente local o bien por medio de un organismo autónomo o una sociedad de capital público municipal, teniendo en cuenta que cuando se utilizare esta fórmula indirecta la decisión de constituir la sociedad mixta corresponde igualmente al Pleno de la Corporación y que el organismo autónomo o la sociedad solo cumplirían y ejecutarían el acuerdo adoptado por la corporación, aportando de sus recursos la parte que corresponda de la sociedad de economía mixta que se crea.³⁰ No obstante debe advertirse actualmente que rige hoy la prohibición del DA 9^º de la LBRL, introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, a tenor de la cual “Los organismos, entidades, sociedades,

²⁹ Las referencias a este procedimiento y sus características han sido extractadas de la Resolución TARC 11 de abril de 2014, que sirve de buena guía para la comprensión de su naturaleza.

³⁰ RENYER ALIMBAU, J.; SABATÉ VIDAL J. M. Els serveis públics locals (II). In: GÍFREU FONT, J. (Coord.) *Introducció al Dret Local de Catalunya*. Barcelona: Cedecs Ed., 2002. p. 205-206.

consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional”.³¹

4 Especialidades de las sociedades de economía mixta

Uno de los aspectos fundamentales que debe abordarse respecto al régimen jurídico de las sociedades locales de economía mixta es el grado de intervención del socio público en relación con su aportación a la sociedad, y si esta posición puede reforzarse a través de la previsión de determinadas especialidades internas, ya sean de carácter orgánico o ya sean de carácter funcional, en aras a modular la condición jurídico-mercantil de la institución.

Tradicionalmente, la doctrina administrativista ha justificado, esgrimiendo como argumento la defensa del interés general, una posible posición preeminencia del socio público en la empresa mixta, superando el criterio mercantil de estricta proporcionalidad. También ha sido contemplado esta especialidad por la doctrina mercantil, así Broseta Pont, refiriéndose a las sociedades de capital mixto considera que “desde un punto de vista jurídico nada les separa o distingue de las restantes sociedades anónimas privadas, y que le es plenamente aplicable el régimen jurídico contenido en la LSA. Sin embargo, un atento examen de la realidad nos pone de manifiesto que en ellas existen singularidades y derogaciones a aquel régimen debido a la presencia en su seno de un ente público, destacan las siguientes: las acciones se declaran intransmisibles o se someten a un procedimiento especial para su enajenación; las modificaciones de los estatutos suelen condicionarse a una autorización administrativa; los administradores representantes del ente público suelen nombrarse fuera de la Junta General y, normalmente, por un acto administrativo; los accionistas públicos suelen reservarse un derecho de veto sobre los acuerdos de la Junta General y del Consejo de Administración, que reduce la soberanía y debida autonomía de estos órganos; y, finalmente, en estas sociedades

³¹ Esta prohibición se refiere a los entes locales constitucionalmente garantizados (municipios, provincias e islas) quedando al margen de ella los entes locales que en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía y su legislación de régimen local instituyan las comunidades autónomas (comarcas u otras agrupaciones de municipios, áreas metropolitanas o mancomunidades de municipios). Con lo cual deberá regir en cuanto a esta posibilidad aquello que disponga la respectiva legislación autonómica de régimen local.

late frecuentemente un conflicto entre el interés del capital privado y del capital público”.³²

A pesar de ello ni la legislación local, ni mucho menos la mercantil, otorgan a priori a la entidad local, como socio, por el mero hecho de ser una entidad pública especiales ventajas. No obstante, podemos tener en cuenta, por ejemplo, las que el artículo 27.1 de la TRLSC atribuye a los socios fundadores, según el cual podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. O las que se contemplan en el artículo 104.2 del TRRL, que permite establecer las especialidades internas, tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa. Aunque este precepto intenta determinar, con mayor o menor fortuna, el alcance y los límites a la derogabilidad del Derecho común de sociedades en las empresas con participación pública local este inciso final no resulta ser muy afortunado. Las especialidades deberían justificarse por estar en juego la consecución de una finalidad pública, pero tal como está redactado el mencionado precepto, parece que la finalidad de las especialidades internas que exceptúen la legislación societaria fuesen el interés (“la promoción y el desarrollo”) de la empresa, cuando en realidad la empresa no es sino un instrumento para una finalidad superior: la gestión del servicio público que tenga encomendado.³³

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales contempla, desarrollando esta previsión, algunas singularidades, aunque carentes de una intención o ánimo general que las vertebré, como el derecho de veto, las facultades de los representantes del socio público o las mismas relaciones con la Entidad local. En concreto estas especialidades hacen referencia a:

- a) la posibilidad de que el número de votos de la Corporación pueda ser inferior a la proporción del capital con que participe en la empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior (art. 106.1);
- b) la institucionalización de la Gerencia (art. 106.3);

³² BROSETA PONT, M. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1977, citado por ALMONACID LAMELA, V. Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho. *Revista de Derecho Local*, 1 dic. 2013. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sociedades_mercantiles_municipales-sector_publico_local-empresas_publicas_11_627430001.html.

³³ Vid. ALCOVER GARAU, G. Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad de capital local. *Revista de Administración Pública*, n. 134, p. 79-108, 1994. p. 87-89; 95; 105-106.

- c) el establecimiento de un quórum especial (mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos) para la adopción de determinados acuerdos (art. 107); y
- d) la libre designación y remoción de los representantes municipales en los órganos de gobierno y administración de la empresa mixta, con el único límite de que el 50% de los designados serán miembros de la Corporación y el 50% restante, personal técnico (art. 108).

Cabe decir sin embargo que las especialidades en *pro* de la *res pública* que pretendan establecerse no deberían perjudicar o ir en detrimento de una prudente administración de la empresa. Un absoluto predominio del socio público, completamente al margen de su participación en el capital social y de las reglas básicas del Derecho de sociedades, no sería la situación más favorable al funcionamiento de la sociedad; teniendo en cuenta la posible existencia de intereses contrapuestos y finalidades divergentes con el socio privado, que son necesarios unificar para lograr un eficaz instrumento de gestión. No puede perderse de vista que la colaboración del sector privado, el riesgo económico asumido por éste y su implicación directa en el éxito del negocio forman parte de la esencia misma de la sociedad mixta y no pueden ni deben quedar relegados a un segundo plano, si la gestión no resulta rentable o atractiva para el socio privado la sociedad no será sostenible a medio plazo y ello terminará por afectar al servicio público del que se ocupe.³⁴

En opinión de Almonacid Lamelas, V, “la mayoría del capital y la titularidad pública del servicio, en su caso, legitiman desde luego la intervención de la Administración en las decisiones de la Sociedad, y así lo reconoce el TS en su Sentencia de 20 de junio de 1986: “Aun cuando se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidas, a la prestación del servicio, subsiste en la Administración un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad”. Pero ello siempre que no traspase los límites que su posición jurídica justificaría, y que no pretenda reemplazar a los órganos legales de administración de la sociedad que ella misma ha creado, no sustituyéndolos formalmente, pero sí convirtiéndolos en meros instrumentos de su voluntad superior”.³⁵

Abundando en esta tesis parece muy pertinente la opinión de Milans Del Bosch y Jordan de Urríes considerando que “la entidad local debe actuar, para cumplir con la gestión sostenible y eficiente, como un propietario informado y activo, y establecer una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realiza de forma transparente y responsable. [...] La

³⁴ ALCOVER GARAU, G. Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad de capital local. *Revista de Administración Pública*, n. 134, p. 79-108, 1994. p. 88-89.

³⁵ ALMONACID LAMELA, V. Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho. *Revista de Derecho Local*, 1 dic. 2013. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sociedades_mercantiles_municipales-sector_publico_local-empresas_publicas_11_627430001.html.

política de propiedad y los objetivos asociados de la empresa pública deben ser documentos públicos, de acceso público, y ser ampliamente difundidos entre los pertinentes organismos, directivos de empresas públicas y administración”.³⁶

5 Gobierno y administración de la sociedad

Constituye uno de los principales retos de las sociedades de capital mixto, asegurar que en su gobierno y administración se da el necesario equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes de órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar “interferencias políticas” indebidas en la gestión de la empresa.³⁷

En lo relativo a la organización interna de la sociedad de economía mixta no existe un esquema organizativo determinado con carácter general en la legislación de régimen local, como si sucede en el caso de las sociedades de capital íntegramente público. Con lo cual deberá estarse a las previsiones generales del TRLSC y las breves referencias de legislación local a la Junta General y al Consejo de Administración bajo las premisas que acabamos de exponer.

El Pleno de la Corporación local designará los representantes de la misma en la Junta General de la Sociedad y en lo relativo a la adopción de acuerdos, el RSCL (art. 107) establece que los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la Empresa mixta deberán ser adoptados por la mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los casos de:

- a) Modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa.
- b) Aprobación y modificación de los planes y proyectos generales de los servicios.
- c) Operaciones de crédito.
- d) Aprobación de balances.

También el ROAS, en el caso de Catalunya, establece la opción de determinar en los Estatutos sociales o en el acuerdo de constitución la necesidad de un quórum especial, que en todo caso requiera el voto de los representantes locales para la adopción de acuerdos sobre la emisión de obligaciones, aumento o reducción del capital social, transformación, fusión o disolución de la sociedad y en general para cualquier modificación de los estatutos de la sociedad (art. 287).

³⁶ MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. Sociedad mercantil local el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 35, p. 121-139, jun. 2014. p. 122.

³⁷ MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. Sociedad mercantil local el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 35, p. 121-139, jun. 2014. p. 127.

El Consejo de Administración ha de existir obligatoriamente, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 108 RSCL, que marca la composición mixta de miembros de la Corporación y técnicos, en la proporción del 50%. Los consejeros nombrados por la Entidad local pueden ser libremente separados por ésta, conforme al artículo 108 del RSCL.

El artículo 106 del RSCL viene a establecer también que:

- en la constitución o en los Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de la sociedad sea la Junta General o el Consejo de Administración, pueda ser 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;
- los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos, y
- el cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa.

El ROAS, en el caso de Catalunya, refiere también que la representación de la corporación local en los órganos de gobierno y administración de la empresa responde por regla general a su cuota participativa, que las designaciones tanto para la Junta General como para el Consejo de Administración deben recaer en personal profesionalmente calificados, sean o no miembros de la corporación (art. 288). Y añade que la renovación de las corporaciones locales comporta también la de sus representantes en los órganos de la sociedad, salvo, en su caso la de los administradores, siempre que los Estatutos no prevean otra cosa.

Un elemento que a menudo se plantea con relación al Consejo de Administración de las empresas públicas es la posibilidad de la participación de la representación de los trabajadores la empresa en su seno. Con relación a ello MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES considera que “Deben crearse procedimientos que faciliten la profesionalidad y la verdadera independencia de los miembros del órgano directivo que representan al personal y que garanticen que éstos respetan su deber de confidencialidad. Dichos procedimientos deben incluir mecanismos electorales adecuados, transparentes y democráticos, capacitaciones, y procedimientos claros para la gestión de los conflictos de intereses. Para que los miembros del Consejo de administración que representan al personal puedan contribuir de forma positiva al trabajo del órgano, los demás miembros de éste, así como la administración de la empresa pública, deberán estar dispuestos a aceptarlos y a cooperar con ellos”.³⁸ Una reflexión a todas luces pertinente, que bien puede hacerse extensiva

³⁸ MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. Sociedad mercantil local el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 35, p. 121-139, jun. 2014. p. 129.

todo tipo de representación, considerando que los administradores designados por la corporación local asumen a menudo a esta responsabilidad a propuesta de los grupos políticos municipales.

Además de todo lo antedicho, cabe hacer hincapié en el respeto necesario a las competencias que el TRLSC establece para los órganos de gobierno y administración de la sociedad, en que no otorgan a la entidad local en su condición de socio y entidad pública ventajas; en este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de marzo de 1987 ya establecía este respeto de competencias a los órganos de gobierno, que aún hoy debe respetarse: “que en aplicación de la doctrina expuesta hay que concluir que el Ayuntamiento demandado carece de potestad para disolver, por sí mismo y por propia autoridad, una sociedad anónima en la que participa como socio, aunque se trate de una empresa mixta, porque para ello ha de acudir al acuerdo de la Junta General o a una resolución judicial, según establece el artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, y así lo entendió en ocasión anterior la Corporación demandada cuando acudió, aunque infructuosamente, a la vía judicial para obtener una declaración de inexistencia de la Sociedad. [...]”.

Que la cesación de la municipalización de un servicio es acto de clara competencia municipal – artículo 164 de la Ley de Régimen Local y 30 del Reglamento de Servicios Públicos-, pero esto no significa que, en cualquier caso, puedan los Ayuntamientos acordarla, y concretamente no podrán hacerlo cuando se trate de servicios gestionados por empresas mixtas, pues si el artículo 112 del citado Reglamento de Servicios, no permite, en tal caso sin el consentimiento del capital privado, transformar el régimen de monopolio en el de libre concurrencia, con mayor razón ha de quedar prohibida su supresión”.

6 Régimen jurídico, presupuestario y financiero

A las sociedades de capital mixto les serán aplicables además de las normas mercantiles de carácter especial, las normas de derecho público relativas a la gestión del servicio que constituye su objeto. Quedaran además sujetas al régimen de contratación del sector público y a las de control presupuestario financiero y de contabilidad pública cuando la participación de la entidad local sea mayoritaria.

Las previsiones de gastos e ingresos de las sociedades de capital mixto, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades de capital íntegramente municipal, no forman parte del presupuesto general, pero han de unirse al mismo, como uno de sus anexos (artículo 68.3 TRLHL). Igualmente se habrán de remitir, conforme a dicho precepto, los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital sea partícipe mayoritario la entidad local que, conforme al artículo 166.1 b) TRLRHL ha de unirse como Anexo al Presupuesto General.

El contenido de los programas anuales pone de manifiesto la formulación de unos compromisos que deberán ser tenidos en cuenta en el ejercicio del control sobre la empresa. Tales programas se integran, conforme al artículo 114 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, del estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio; el estado de las fuentes de financiación de las inversiones; la relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas a generar; y memoria de las actividades que vayan a realizarse.

En lo relativo a su contabilidad estas sociedades se someten al Plan General de Contabilidad de las Empresas Españolas, sin que les sean de aplicación las IICC, pero su inspección se realizará por la Intervención de la Entidad Local, como se desprende del artículo 204.2 del TRLHL. Las sociedades de capital mixto se hallan igualmente sometidas a los controles financiero y de eficacia, establecidos en los artículos 220 y 221 de la misma ley, encaminados respectivamente a la comprobación del funcionamiento de los aspectos económico-financieros de los servicios que gestionen dichas sociedades y al análisis del cumplimiento de sus objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones. Igualmente, se someten al control del Tribunal de Cuentas, conforme al artículo 223 de la Ley. Todo ello sin perjuicio de que necesariamente de acuerdo con la legislación mercantil sus cuentas anuales y su informe de gestión sean sometidos a revisión mediante auditorías de cuentas externas.

7 Transformación y disolución

La transformación o disolución de las sociedades de economía mixta deberá seguir en primer lugar las determinaciones que establece la legislación mercantil para cualquier sociedad de capital. Básicamente según lo establecido en el título X de la LSC y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por ejemplo, para el caso de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada y viceversa.

No obstante, la legislación administrativa establece también, como ya hemos visto en los precedentes apartados para otras cuestiones, algunas especialidades respecto a ese régimen general. Así conforme dispone el artículo 112 del RSCL, los servicios gestionados por Empresas mixtas en régimen de monopolio no podrán ser transformados en el de libre concurrencia sin consentimiento del capital privado de la empresa. Existe, además la singularidad que deriva de la existencia del tope máximo de 50 años de duración la sociedad habida cuenta de su condición de forma indirecta de prestación de un servicio, conforme al artículo 111 del TRRL, que ha de entenderse hoy afectado por las previsiones contenidas en la nueva LCSP respecto a la duración de los contratos de concesión de servicios.

Así la LCSP (art. 29.6), siguiendo las prescripciones de la Directiva 2014/23, dispone que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios han de tener un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión de obras o de servicios sobrepasa el plazo de cinco años, su duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones efectuadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las llevadas a cabo durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, el artículo 29 dispone que la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, no podrá exceder, incluidas las posibles prórrogas, de:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras y para los de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio (se reduce, por tanto, en diez años el plazo máximo que permitía el contrato de gestión de servicio público).
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios, siempre que no estén comprendidos en la letra a).³⁹

Expirado este plazo, conforme al artículo 111.2 RSCL, revierte a la Entidad Local todo el activo y pasivo, así como las instalaciones, bienes y material de la empresa. Debido a ello en los acuerdos de constitución o en los Estatutos ha de preverse la forma de amortización del capital privado. En el mismo sentido puede verse la previsión del artículo 289 del ROAS, en el caso de Cataluña. Previsión que se completa con la referencia a la posibilidad de la modificación o supresión del servicio que presta la sociedad por parte de la Administración Local antes del plazo previsto, y el eventual cese de actividades y disolución de la sociedad, que

³⁹ Debe tenerse en cuenta que según el propio artículo 29 de la LCSP, estos plazos podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290. Y que se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor.

comportará la obligación de indemnizar el capital privado pendiente de indemnización (artículo 290 ROAS).

8 Conclusiones

La legislación en materia de contratación pública y concesiones no contemplaba estrictamente la figura de colaboración público – privada para la gestión de servicios públicos, por ello el Libro Verde sobre la colaboración público – privada CPP debate sobre este fenómeno, estableciendo que una CPP institucionalizada puede llevarse a cabo mediante la creación de una entidad en la que participa de manera conjunta el sector público y privado o bien, a través de la participación en una empresa pública existente por parte del sector privado por medio de la adquisición de una parte de su capital.

Siendo un fórmula que se venía desarrollando en numerosos ámbitos, y ante la jurisprudencia del TJUE que venía rezando el respeto de los principios y normas que derivan del derecho comunitario, la Comisión consideró necesario abordar esta figura en “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración pública-privada – institucionalizada” y sin que sea un texto normativo y respetando la competencia del TJUE en la interpretación del derecho comunitario, en aras de reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas en la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI ya define, lo que debería ser a ojos de la Comisión, las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones_en caso de creación y explotación de CPPI.

En nuestro ordenamiento el, ya derogado, TRLCSP público reconocía el contrato de gestión de servicios públicos como una modalidad de gestión indirecta del servicio, en la que la Administración encomendaba la gestión de un determinado servicio público a un tercero (normalmente el concesionario), figura que desaparece con la entrada en vigor de la LCSP surgiendo en su lugar una nueva figura, la concesión de servicios.

En el ámbito local es escasa la legislación en esta materia y normas como la LBRL siguen recogiendo el régimen establecido con anterioridad a la nueva LCSP, hoy vacío de todo contenido por ser una remisión a una norma derogada.

El TRRL, en su capítulo II, de actividades y servicios, y concretamente en su artículo 104 establece, para la gestión indirecta de servicios, el empleo de sociedades mercantiles o cooperativas por medio de participación parcial de la entidad local, estableciéndose tres procedimientos para que queden instituidas, el primero de adquisición por la entidad local de participaciones o acciones en empresas ya constituidas, el segundo por medio la fundación de una sociedad

con intervención de la entidad local y la aportación de capital privado (ya sea por suscripción pública de acciones o bien por concurso de iniciativa) y el tercer, por medio de convenio con una empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiera de regirse sucesivo y cabe una cuarta posibilidad, no prevista en el artículo 104.2 TRRL, que es la conversión de una sociedad municipal en mixta ya anunciada en el Libro Verde sobre la colaboración público – privada CPP y en la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración pública-privada – institucionalizada”.

En todo caso, deberá respetar las particularidades del ordenamiento jurídico administrativo atendiendo al carácter público de la relación contractual que da lugar a su creación o bien la participación de un socio privado en una sociedad de capital público ya existente, debiéndose garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, libre competencia, igualdad, concurrencia y no discriminación y el socio privado deberá tener la capacidad y la aptitud necesaria para realizar el objeto social para la que se ha creado o instituido la sociedad.

Una vez substanciado el procedimiento correspondiente las empresas mixtas se constituirán por medio de escritura pública y sus estatutos establecerán el régimen interno de la misma, respetando las previsiones contenidas en el TRLSC y sin obviarse las referencias en materia de legislación local establecidas en los artículos 106 y siguientes del RSCL y en el ROAS (en el caso de Cataluña), sobre su gobierno, administración, quórum especiales para la adopción de acuerdos, institucionalización de la gerencia, designación y remoción de los representantes municipales en los órganos de gobierno y administración, y otros aspectos substanciales como la forma de amortización del capital privado expirado el plazo de duración de la sociedad.

A razón de su naturaleza jurídica les es de aplicación el Derecho mercantil consecuentemente, como toda sociedad mercantil deben formular las cuentas anuales e informe de gestión, sometidos a revisión mediante auditoría de cuentas externas, además, cuando su participación en el capital sea mayoritariamente de la Entidad local, estarán sujetas al régimen establecido en la normativa en materia de contratación pública y a las normas de control presupuestario financiero y de contabilidad pública, debiendo cumplir con los programas anuales de actuación, inversiones y financiación tal y como establece en TRLRHL; como el resto de empresas españolas están sometidas al Plan General de Contabilidad pero su inspección se realizará por la Intervención de la Entidad Local y están sometidas a los controles financiero y de eficacia y al control del Tribunal de Cuentas.

Finalmente, en cuanto a la transformación o disolución de las sociedades de economía mixta, como norma general, deberá atenerse a la regulación establecida

en materia de sociedades de capital, sin embargo, sin embargo deberá tenerse en cuenta especificaciones establecidas en la legislación administrativa como en el caso de los servicios gestionados por empresas mixtas en régimen de monopolio que no podrán ser transformados en el de libre concurrencia sin consentimiento del capital privado de la empresa, y en el caso de la duración o vigencia de las sociedades de economía mixta ésta no puede ser ilimitada sino que debe tener un plazo de duración limitado en función de su objeto, definido en el pliego de condiciones administrativas y en todo caso no debería superar la duración establecida en la LCSP relativa a los contratos de concesión de servicios.

Una vez expire el plazo revierte a la Entidad local todo el activo y pasivo, así como instalaciones, bienes, material de la empresa, sin perjuicio de que su extinción sea antes del plazo previsto por eventual cese o supresión del servicio con la obligación de indemnizar el capital privado pendiente de indemnización.

En todo caso, parece indubitado que la fórmula de la sociedad de economía mixta reúne en su régimen jurídico las ventajas lo público y de lo privado con el fin de servir mejor el interés general. Y es que, *in medio, virtus!!!*

Referencias

- ALBI CHOLVI, F. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960.
- ALCOVER GARAU, G. Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad de capital local. *Revista de Administración Pública*, n. 134, p. 79-108, 1994.
- ALMONACID LAMELA, V. Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho. *Revista de Derecho Local*, 1 dic. 2013. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sociedades_mercantiles_municipales-sector_publico_local-empresas_publicas_11_627430001.html.
- BROSETA PONT, M. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1977.
- FUENTES I GASÓ, J. R. La colaboración público-privado en el sector público local español. El régimen de las sociedades de economía mixta. In: COSTA GONÇALVES, P.; TAVARES DA SILVA, S.; LOPES MARTINS, L. *Internalização dos serviços públicos municipais em Portugal e Espaha*. Coimbra: Cedipre, 2019.
- FUENTES I GASÓ, J. R.; JUNCOSA I VIDAL, C. La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 1, p. 64-124, ene./abr. 2018.
- FUENTES I GASÓ, J. R.; JUNCOSA I VIDAL, C. Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales. In: CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en el ámbito local*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I). *Contratación Administrativa Práctica*, n. 105, feb. 2011.
- GONZALEZ PUEYO, J. Gestión de servicios públicos locales. Sociedad mercantil local. *Jornadas sobre la Ley de modernización del gobierno local: Una nueva organización para los municipios de*

“*gran población*”, FEMP – INAP, Madrid 27, 28 y 29 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.famp.es/famp/publicaciones/ficheros/2004grupo9.pdf>.

MARQUÉS I CARBÓ, L. L. *La Llei Municipal de Catalunya 1933-1934*. Barcelona: Ed. Secretariat Català, 1935.

MERINO ESTRADA, V. Formas de gestión de los servicios locales. In: CARBONERO GALLARDO, J. M. (Coord.). Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales. *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 2010.

MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. Sociedad mercantil local el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 35, p. 121-139, jun. 2014.

MONTOYA MARTÍN, E. *Los Medios Propios o Servicios Técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público, su Incidencia en la Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid; Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

PRIETO GONZÁLEZ, L. F. *Las empresas mixtas locales*. Madrid: Montecorvo, 1996.

PRIETO GONZÁLEZ, L. F.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local. *REALA*, n. 271-272, 1996.

RENYER ALIMBAU, J.; SABATÉ VIDAL J. M. Els serveis públics locals (II). In: GIFREU FONT, J. (Coord.) *Introducció al Dret Local de Catalunya*. Barcelona: Cedecs Ed., 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. La virtud está en el término medio: las sociedades de economía mixta. Especial referencia al ámbito local. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 11–39, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1133.
