

APROXIMACION AL REGIMEN JURIDICO DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL LOCAL (*) (**)

Por
GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático de Derecho mercantil

SUMARIO: 1. El principio de iniciativa pública en la actividad económica, su concreción en el ámbito local y las distintas formas de empresa pública local.—2. Fuentes legales de la sociedad de capital local.—3. Principios informantes de las sociedades de capital locales unipersonal y de economía mixta.—4. El ejercicio por la Entidad Local de la potestad de iniciativa pública local a través de una sociedad de capital.—5. Régimen de las aportaciones sociales.—6. Estructura orgánica.—7. Disolución.

1. EL PRINCIPIO DE INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA, SU CONCRECIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL Y LAS DISTINTAS FORMAS DE EMPRESA PÚBLICA LOCAL

El artículo 128.2 CE establece que:

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en

(*) Texto de la Ponencia sobre sociedad de capital local impartida el día 3 de diciembre de 1993 en las Jornadas sobre Derecho de Sociedades y Administración Local organizadas por el Consell Insular de Mallorca.

(**) Abreviaturas:

AE: Administración del Estado.
AL: Administración Local.
AP: Administración Pública.
CA: Comunidad Autónoma.
CC.AA.: Comunidades Autónomas.
CCom: Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.
CE: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
EE.LL.: Entes o Entidades Locales.
EL: Ente o Entidad Local.
LBRL: Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985.
LEG: Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985.
LGC: Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987.
LHL: Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988.
LSA: Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.
LSRL: Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953.
RBEL: Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986.

caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

Con esta formulación, la CE recoge uno de los postulados básicos del denominado Estado Social de Derecho, el de la iniciativa pública en la actividad económica, del que contempla dos supuestos claramente diferenciados: uno simple en su inciso primero, en virtud del cual cualquier ente público —AE, CC.AA. y EE.LL.— puede participar en la actividad económica, y otro cualificado en su inciso segundo, en virtud del cual la ley puede reservar a los poderes públicos recursos o servicios esenciales.

La legislación local concreta este principio en relación a las EE.LL. distinguiendo los dos supuestos del artículo 128.2 CE en el artículo 86 LBRL:

«1. Las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme el artículo 128.2 de la Constitución.

2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

3. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos; mercados y lonjas centrales; transporte público y de viajeros; servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades o servicios.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
ROF: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986.
RRM: Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.
RSCL: Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TARRL: Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 24 de junio de 1955.
TRRL: Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.»

A su vez, el TRRL concreta lo dispuesto en este artículo estableciendo en su artículo 96 en relación con la denominada actividad económica simple que:

«La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.»

Y en el artículo siguiente regula el procedimiento administrativo que debe seguir el EL para ejercer una actividad económica, distinguiendo a estos efectos y una vez más el ejercicio de actividades económicas en régimen competitivo (apartado primero) de la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas *ex* artículo 86.3 LBRL (apartado segundo), procedimiento sobre el que volveré más adelante.

Pero las leyes que regulan el régimen jurídico de la AL no se limitan a concretar para ella el principio de iniciativa económica del artículo 128.2 CE, sino que también, al regular las formas de gestión de los servicios locales, establecen las posibles formas de las que se puede servir la AL para realizar en concreto la actividad económica de que se trate, debiéndose recordar que, en virtud del artículo 86.2 y 3, segundo párrafo, LBRL, en el procedimiento previo al ejercicio de cualquier actividad económica, se debe necesariamente determinar la forma concreta de gestión del servicio.

Así, el artículo 85.2 a 4 LBRL establece que:

«2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. (...).

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Gestión por la propia Entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local.

4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Concesión.
- b) Gestión interesada.
- c) Concierto.
- d) Arrendamiento.
- e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local.»

En consecuencia, la AL se puede servir para el ejercicio de una actividad empresarial de distintas figuras jurídico-organizativas que la doctrina denomina formas de empresa pública local, que pueden ser tanto de Derecho público como de Derecho privado, lo que se explica en función de la denominada doble capacidad de los entes públicos, y que se clasifican atendiendo precisamente a su forma pública o privada en:

a) Formas de Derecho público, a las que puede o no dotarse de personalidad jurídica, apareciendo así las llamadas empresas-órganos cuando la AL opta por la gestión directa no personalizada, que puede ser con o sin órgano especial, distinción ésta que recoge el artículo 67 RSCL, y los organismos autónomos locales cuando opta por la gestión directa personalizada, organismos autónomos que en el artículo 67 RSCL se denominaban fundaciones públicas de servicio y que en el artículo 145.2 LHL se clasifican en administrativos y de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.

b) Formas de Derecho privado, utilizando en principio la forma de sociedad de capital, bien sea anónima o bien sociedad de responsabilidad limitada, y pudiendo la AL poseer todas las acciones o participaciones de la sociedad, en cuyo caso estamos en presencia de la sociedad de capital local unipersonal que gestiona el servicio de que se trate de forma directa, o poseer sólo una parte, mayoritaria o minoritaria, de las acciones o participaciones de la sociedad, perteneciendo el resto de las acciones o participaciones a otros socios privados, en cuyo caso estamos en presencia de una sociedad de economía mixta, o públicos, y gestionando la sociedad el servicio de que se trate de forma indirecta.

Pues bien, el objeto de esta Ponencia, y tal como indica su título, es desarrollar la temática que gira en torno a esta forma privada de empresa pública municipal o provincial.

2. FUENTES LEGALES DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL LOCAL

Para ello es ante todo preciso analizar las normas del ordenamiento español que disciplinan el régimen jurídico de la sociedad de capital local, normas que son las siguientes:

a) En primer lugar, la LBRL de 1985, aunque lo cierto es que se limita a recoger en el citado artículo 85 que las EE.LL. podrán crear sociedades mercantiles unipersonales o sociedades mercantiles o cooperativas de economía mixta.

b) En segundo lugar, el TRRL de 1986, que regula la sociedad de capital local unipersonal en su artículo 103 y la sociedad de capital o cooperativa local de economía mixta en sus artículos 104 y s., conteniendo en ellos los principios informantes de ambas figuras societarias.

c) En tercer lugar, la LHL de 1988 y las disposiciones reglamentarias que la desarrollan, que regulan fundamentalmente las cuestiones presupuestarias relacionadas con las sociedades locales unipersonales —fundamentalmente, los artículos 145.1.c), en cuya virtud los estados de previsión de gastos e ingresos de dichas sociedades integrarán el presupuesto de la EL, y 190.1.c), que establece que las cuentas de dichas sociedades integrarán la cuenta general de la Corporación— y con éstas y las sociedades de economía mixta participadas mayoritariamente por la EL (fundamentalmente, los artículos 181.2, que dispone que dichas sociedades estarán sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapten a las disposiciones mercantiles vigentes; 182, que establece que la sujeción al régimen de contabilidad pública lleva consigo la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas, y 194, que somete a estas sociedades al control interno de su gestión económica).

d) En cuarto lugar, el RSCL de 1955, que es el que en realidad contiene el régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales (arts. 89 a 94 para las unipersonales y 102 a 112 para las de economía mixta). Hay que señalar que dicho reglamento, que debería haber sido actualizado y acomodado a la LBRL en virtud de su Disposición final primera, sigue conservando su vigencia en tanto no se derogue de forma expresa y en lo que resulte compatible con la nueva regulación.

e) Por último, la LSA de 1989 y la LSRL de 1953, reformada en 1989, contienen las normas mercantiles que disciplinan las sociedades de capital, que se complementan fundamentalmente con las disposiciones del RRM y del CCom. En estas normas sólo se contempla

la sociedad de capital pública unipersonal al disponer el artículo 14 LSA que:

«Número de fundadores.—1. En el caso de fundación simultánea o por convenio, serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones. Su número no será inferior a tres.

2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales o por organismos o entidades de ellos dependientes.»

En relación con el sistema de fuentes se debe señalar lo siguiente, que en parte se deduce de lo ya expuesto y en parte se justificará más adelante: salvo lo dispuesto en el artículo 14.2 LSA, el Derecho de sociedades no regula la sociedad de capital local, sino que lo que hace el legislador es en sede de régimen local establecer las especialidades normativas que configuran dicha sociedad, por lo que el estudio de su régimen se centra en coordinar éstas con el régimen general de las sociedades de capital. Pues bien, en general se detecta en el legislador administrativo un deficiente conocimiento del ordenamiento mercantil, de su técnica jurídica y de su terminología al proceder a la regulación de dichas especialidades, lo que unido a que el ordenamiento societario se reformó después que el régimen local y a que el RSCL no ha sido actualizado, determina de forma ineludible una grave descoordinación entre normas que dificulta su interpretación.

3. PRINCIPIOS INFORMANTES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL LOCALES UNIPERSONAL Y DE ECONOMÍA MIXTA

A consecuencia de lo anterior, creo que lo que procede para realizar la interpretación de las especialidades normativas introducidas en sede de régimen local para regular las sociedades de capital locales es analizar cuáles son los principios informantes sobre los que se estructuran, principios que básicamente se encuentran en el TRRL, para luego analizarlas concretamente siguiendo para ello el esquema clásico que adopta la doctrina al exponer el régimen de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Y aquí deberé enfrentarme con la interpretación de las normas contenidas en el RSCL, que es el texto normativo que más detalladamente regula las sociedades de capital local, lo que muchas veces implicará examinar la vigencia de sus disposiciones.

Pues bien, para el análisis de los principios informantes debo distinguir la sociedad municipal o provincial unipersonal de la sociedad local de economía mixta:

a) En relación con la sociedad de capital local unipersonal, el TRRL la regula en su artículo 103, que es copia del artículo 175 TARRL de 1955 y que contiene los principios informantes del régimen de dicha sociedad en los dos primeros incisos del apartado primero:

«1. En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles.»

Del texto del artículo se deduce que en caso de que la AL opte por la gestión directa en forma de sociedad mercantil debe elegir entre uno de los dos tipos de sociedad de capital que el ordenamiento societario le ofrece, el de sociedad anónima o el de sociedad de responsabilidad limitada, tipos en los cuales los socios —en este caso el EL— no responden de las deudas sociales, de las que, en consecuencia, únicamente responde el patrimonio social.

Si así lo hace la AL, realizará la actividad de que se trate una persona jurídica privada, con lo que se logrará tanto excepcionar en buena medida la rigidez de las normas presupuestarias como la no aplicación de las normas administrativas que regulan la contratación (pese a la errónea STS de 16 de marzo de 1973, que declaró que el contrato entre una sociedad anónima municipal y un particular para la ejecución de unas obras de urbanización tiene carácter administrativo) y la selección del personal. Además, el régimen de responsabilidad extracontractual será el privado (art. 224.1 ROF).

Ahora bien, pese a la dicción legal («el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada») y pese a que la sociedad de capital es una persona jurídica privada, la empresa es pública y a la sociedad se la adjetiva como pública, ya que el carácter público de la empresa no deriva de que su titular sea un ente público, sino de su conexión con cualquier AP, que puede controlar la empresa pública por cauces jurídico-públicos (en el caso de gestión directa por la propia EL o mediante un organismo autónomo local), o por cauces jurídico-privados (en el caso de gestión directa mediante sociedad mercantil de capital). De aquí que en realidad la dicotomía

sea entre formas jurídico-públicas de empresas públicas y formas jurídico-privadas de empresas públicas.

También debe quedar claro que la huida del Derecho administrativo que implica la utilización por la AL de una sociedad de capital no conlleva una caída en el vacío, sino el sometimiento de la organización creada y de su actividad al Derecho mercantil, que no es otra cosa que el Derecho privado de la organización empresarial y de la actividad a ella ligada, Derecho que si bien permite una mayor libertad en la realización de la actividad económica de que se trate al utilizar la AL una forma empresarial de probada eficacia en el sector privado, contiene un cuerpo normativo cuyo fin es la seguridad del tráfico económico y por ello enlaza a la libertad que permite una congruente responsabilidad que no puede eludir quien use de aquélla.

Por ello, el TR determina que si la AL opta por utilizar la forma de sociedad de capital para la empresa pública, ésta «se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles», norma que también recoge el RSCL en su artículo 89.1. Más aún, de este mandato legal también se deduce otra idea esencial: si la AL opta por constituir una sociedad de capital para gestionar directamente determinado servicio público, debe asumir todas las consecuencias que ello conlleva, de forma tal que en el ordenamiento, salvo las contadas excepciones que luego veremos, no se introducen especialidades en el régimen jurídico que disciplina las sociedades de capital en relación con la sociedad municipal unipersonal ni se permite a la AL insertar en los estatutos sociales cláusulas contrarias a dicho régimen jurídico, salvo obviamente si tienen un refrendo en las limitadas excepciones aludidas, que, contenidas en el resto del artículo 103 y en el RSCL, analizaré más adelante.

b) En relación con la sociedad de capital local de economía mixta, el TRRL la regula en sus artículos 104 y s., que son copias de los artículos 176 y s. TARRL de 1955 (excepto el párrafo primero del artículo 104.2 y la referencia a la cooperativa realizada por ambos artículos, inexistentes en sus precedentes), y en concreto contiene los principios informantes del régimen de dicha sociedad en los artículos 104.1 y 2 y 105:

«1. 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.

2. En el acuerdo constitutivo podrán establecer las especialidades internas tanto estructurales como fun-

cionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo.

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 particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve a la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria.»

«En las Sociedades mercantiles o cooperativas a que se refiere el artículo anterior, la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla.»

Del apartado primero del artículo 104 y del artículo 105, que dispone, aunque con inexacta dicción, que la EL no responde de las deudas sociales, se deduce que para la gestión indirecta de un servicio la AL puede utilizar una sociedad anónima, de responsabilidad limitada o cooperativa en la que participa junto con otro u otros socios.

Y a esta sociedad de capital de economía mixta se le pueden aplicar en general las observaciones hechas en relación con la sociedad de capital unipersonal, excepto por lo que se refiere a lo dispuesto en el esencial artículo 104.2.

En efecto, si a la sociedad unipersonal el régimen del Derecho de sociedades le era de aplicación salvo las limitadas especialidades normativas que contiene el régimen local y, en consecuencia, la EL no podía introducir en los estatutos sociales cláusulas que contravinieran la legislación societaria salvo si las permitían las aludidas normas, en relación a la sociedad de economía mixta se establece que «en el acuerdo constitutivo podrán establecerse 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 mixta», por lo

que en estas sociedades sí puede el EL establecer por vía estatutaria determinadas cláusulas que exceptúen el Derecho mercantil de sociedades además de las que pueda introducir sobre la base de concretos preceptos legales o reglamentarios que contengan especialidades.

Ahora bien, en el texto legal se regulan los límites de esta facultad, regulación que es singularmente defectuosa y que determina que sobre tan crucial cuestión no puedan establecerse reglas seguras. En concreto, los límites son tres: en primer lugar, las especialidades deben ser internas; en segundo lugar, deben establecerse sin perjuicio de terceros, y, en tercer lugar, deben establecerse en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta.

Por lo que se refiere al primero de los límites, éste se basa en una tradicional distinción del Derecho de sociedades entre relaciones internas y externas. Son relaciones internas las relativas a las obligaciones y derechos de los socios en relación con la sociedad, lo que engloba entre otros extremos las que se podrían denominar relaciones de poder en el seno social. Son relaciones externas las relativas a las obligaciones y derechos de la sociedad en relación a terceros, lo que engloba las cuestiones relativas a la representación de la sociedad (quién puede con sus actos vincular a la sociedad y cuál es el ámbito de su poder de representación) y a la responsabilidad de la sociedad por las deudas sociales, lo que a su vez envuelve toda la normativa protectora del patrimonio social, única garantía de los acreedores.

Esta distinción plantea problemas interpretativos en relación con el segundo límite, el de que dichas especialidades no pueden perjudicar a tercero, ya que si por tercero debe entenderse persona distinta a la sociedad y a los socios, en principio puede pensarse que dichas especialidades no le perjudican al ser internas. Ante ello se ha defendido que en el concepto de tercero hay que englobar a los socios que no sean la EL, pero ello ni es conforme con el concepto de tercero ni con el tercer límite.

En efecto, el tercer límite hace referencia a la finalidad que deben tener las especialidades, que según el texto legal debe ser la de promover y desarrollar la empresa mixta, expresión ésta cuya vaguedad es manifiesta y que debe necesariamente concretarse con lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado segundo del artículo 104, que dispone que se debe fijar la participación de la EL en la dirección de la sociedad, lo que debe interpretarse de forma conjunta con lo anterior en el sentido de que la finalidad de las especialidades es la de garantizar el control o, cuanto menos, la influencia del socio público local en el seno social a fin de que se aseguren los fines de interés

público que se persiguen a través de su participación en la sociedad, que no son otros que la gestión indirecta de un servicio público local o la realización de una actividad que se considera de utilidad pública y se presta en beneficio de los vecinos.

Esta interpretación sistemática se refuerza porque explica la razón por la cual no se establece una regla análoga en el caso de la sociedad pública unipersonal, que no es otra que su inutilidad porque es claro que si la EL es el único socio la influencia del mismo en la sociedad es total y no precisa de especialidades para asegurarla.

Obsérvese, además, que siendo lógico que al gestionarse de forma indirecta un servicio público local o realizarse una actividad considerada por la EL de utilidad pública y en beneficio de sus vecinos, dichas especialidades deben establecerse incluso si los otros socios son otras entidades públicas en caso de que sean necesarias para el susodicho fin. Por el contrario, si por las razones que sean (por ejemplo, por haberlas heredado) una EL posee determinadas acciones o participaciones de una sociedad de capital, no por ello pueden introducirse en los estatutos sociales las especialidades, ya que para ello se requeriría estar en presencia de una gestión indirecta o de una actividad considerada de utilidad local, a lo que se llegaría después de un complejo procedimiento.

También debe resaltarse que las especialidades aludidas deben introducirse en los estatutos, ya que, formando parte de la escritura social, son los encargados de fijar las reglas de funcionamiento de la sociedad.

Volviendo ahora al segundo límite, es difícil defender que el concepto de tercero englobe a los otros socios, ya que es claro que las reglas que se establezcan en los estatutos para garantizar la influencia del socio público les afectarán en la medida en que el reforzamiento del poder del EL en el seno social implica necesariamente un debilitamiento de la posición de los otros, debilitamiento que se explica en la medida en que el EL debe asegurarse de que los fines de interés público que se persiguen a través de su participación en la sociedad efectivamente se realicen.

Por ello hay que concluir que por tercero hay que entender a cualquier persona que se relacione con la sociedad, lo que, pese a lo expuesto anteriormente, puede tener su utilidad en la medida en que con esta formulación queda claro que, aunque la sociedad puede organizar su administración y las relaciones entre la junta general y el órgano de administración de forma tal que se excepcionen las reglas societarias para garantizar la influencia de la EL, esta alteración no puede implicar una modificación de las reglas que afectan a terceros sobre la representación social, que, aunque distintas, son conexas a

las de organizar la administración social, aspecto éste sobre el que más adelante volveré extensamente.

Llegados a este punto, es preciso para comprender adecuadamente la normativa legal resaltar dos ideas.

En primer lugar, las especialidades que se introduzcan en los estatutos variarán en función de las circunstancias concretas y, sobre todo, en función de si la EL tiene o no una participación mayoritaria en el seno social, ya que en el primer caso las reglas del Derecho de sociedades bastarán en principio para controlar la gestión social.

En segundo lugar, y aunque sobre ello volveré posteriormente, la EL puede bien participar en la constitución de la sociedad, bien comprar acciones de una sociedad ya existente, pudiendo en el primer caso tanto realizar una fundación sucesiva en la que aparezca como promotora como una simultánea en la que los otros socios se hayan elegido mediante concurso. Pues bien:

1) En caso de fundación simultánea son los socios distintos del socio público los que en el concurso han determinado cuál será la posición de éste, y éste elegirá la proposición que más ventajosa resulte al interés público, para lo que calibrará, entre otros extremos, su posición en el seno de la entidad.

2) En caso de fundación sucesiva, la EL participa como promotora, por lo que habrá redactado el programa de fundación en el que constan los estatutos con las especialidades que considere oportunas, y los otros socios suscriben de forma pública sus respectivas acciones aceptando dicho programa y, por ende, las especialidades.

3) En caso de adquisición de un paquete de acciones, para la modificación de los estatutos a fin de introducir las citadas especialidades se requiere no sólo que la junta general tome el acuerdo de modificación de estatutos, sino también que los socios distintos de la EL se pronuncien mayoritariamente a favor de este acuerdo y, por ende, a favor de dichas especialidades.

Y de ello se puede deducir a los efectos que ahora me interesan que las especialidades no las impone el socio público a los otros socios, sino que son éstos los que las proponen en la fundación simultánea, las aceptan al suscribir las acciones en la sucesiva o la mayoría vota a favor de la modificación estatutaria que las introduce en el caso de que la EL compre acciones.

Y relacionando ambos hechos es fácil concluir que si no es necesario en principio el establecimiento de especialidades en caso de participación local mayoritaria, difícilmente conseguirá la EL imponer a los otros socios determinadas especialidades en los estatutos

que le permitan influir en la gestión social si no tiene una participación significativa. Quizá por ello el artículo 104.1 RSCL establezca que en el caso de que la EL adquiera acciones o participaciones de una sociedad de capital deberá adquirirlas «en proporción suficiente para compartir la gestión social».

Por último, es interesante señalar que esta potestad que la AL tiene en orden a la introducción de especialidades en los estatutos sociales contrasta con la posición de la AE y la de las CC.AA. En efecto, en la normativa estatal ninguna norma establece con carácter general la posibilidad de que la AE o las CC.AA. puedan introducir en los estatutos especialidades que excepcionen el Derecho de sociedades, aunque sí hay multitud de normas específicas, generalmente con rango de ley, que en relación con sociedades estatales concretas introducen importantes desviaciones respecto del régimen legal de las sociedades mercantiles, vía ésta que no pueden utilizar las CC.AA. porque la competencia en materia de legislación mercantil es exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.6. Este fue uno de los motivos por los cuales la STC 14/1986, de 31 de enero, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 668/1986, declaró inconstitucional el artículo 27 de la Ley del País Vasco de 22 de junio de 1983, que configuraba una sociedad especial respecto de la cual el Gobierno vasco determinaría «el régimen jurídico-social por el que haya de regirse».

4. EL EJERCICIO POR LA ENTIDAD LOCAL DE LA POTESTAD DE INICIATIVA PÚBLICA LOCAL A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

Una vez establecidos los principios informantes de la sociedad pública local, es hora ya de analizar específicamente su normativa, para lo cual hay que plantearse en primer lugar cómo ejerce la AL su potestad de iniciativa pública a través de una sociedad de capital, potestad que siendo organizativa es discrecional, pero no por ello, como es obvio, deja de estar sujeta a determinados límites, que, en síntesis, son los siguientes:

a) Ante todo, hay que analizar en concreto qué EE.LL. están habilitados para participar en una sociedad mercantil y cuál es el ámbito de esta habilitación.

Pues bien, los citados artículos 103 y ss. TRRL se refieren, al regular la gestión directa o indirecta de servicios a través de sociedades de capital, genéricamente a los EE.LL., lo que incluye tanto a los

territoriales del artículo 3.1 LBRL (Municipios, Provincias e Islas) como a los demás relacionados en el párrafo segundo de este artículo (Entes locales menores, Comarcas, Areas metropolitanas y Mancomunidades), por lo que estos últimos, salvo que otra cosa disponga el acto de creación, pueden en principio constituir una sociedad de capital o participar en ella.

También los Consorcios pueden constituir una sociedad de capital o participar en ella al determinar en relación a los mismos el artículo 110.5 TRRL que «para la gestión de los servicios de su competencia podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación de Régimen local».

Más problemático es el supuesto de los entes locales institucionales u organismos autónomos locales en la medida en que la legislación vigente no contempla que puedan prestar sus servicios mediante su participación en sociedades mercantiles, aunque parece que, salvo que el acto administrativo de creación del organismo determine otra cosa, hay que optar por la respuesta negativa, ya que no es lógico que si la AL decide prestar un servicio a través de un organismo autónomo, desechando, por ende, prestarlo a través de una sociedad de capital, el organismo pueda utilizar esta vía.

Por último, en relación con las sociedades de capital locales, la cuestión de si pueden o no constituir a su vez sociedades de tal naturaleza o participar en sociedades existentes para gestionar los servicios que tienen encomendados se debe dilucidar de acuerdo con las normas mercantiles, en relación con las cuales hay que hacer las siguientes observaciones.

En primer lugar, el RRM determina en su artículo 117.4 que «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente», de donde se deduce que para determinar si una sociedad pública puede crear filiales habrá que atender en principio a lo dispuesto en sus estatutos sociales.

En segundo lugar, la constitución por parte de una sociedad pública de una filial en la que participen otros socios para que preste un servicio público encomendado a aquélla no puede determinar que la EL pierda el control sobre el servicio, que en todo caso debe tener a fin de garantizar el interés público en los términos expuestos en el artículo 104.2 TRRL.

En tercer lugar, si la EL crea una sociedad pública unipersonal para la gestión directa de un servicio, es cuanto menos discutible que ésta pueda constituir a su vez una sociedad con otros socios

para gestionar el servicio de forma indirecta, ya que en tal caso lo lógico hubiera sido que la EL optase por esta forma de gestión.

Por último, la creación de filiales determina la creación de un grupo de empresas público con los problemas que ello plantea derivados de la ausencia en nuestro Derecho de una regulación societaria sobre grupos.

En cuanto a la extensión de la potestad de iniciativa pública de las EE.LL. a través de la constitución de una sociedad de capital o de su participación en ella, el citado artículo 96 TRRL establece un límite territorial, consistente en que la actividad a desarrollar por la sociedad se realice dentro del término municipal, y uno objetivo, consistente en que la actividad sea de utilidad pública y se preste en beneficio de los vecinos.

En relación con este último límite, la STS (Sala Tercera) de 10 de octubre de 1989 anuló el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 1 de octubre de 1985 de constituir la sociedad anónima Iniciativas, en la medida en que de la configuración estatutaria del objeto social no se deducía la utilidad pública de la actividad a realizar por la misma. En concreto, afirma el TS que «de lo que aquí se trata es de constatar si el interés público pedía, aconsejaba o hacía oportuna la creación y la aprobación en aquella forma de esta Sociedad; extremos que no sólo estaban plenamente sin justificar, sino que incluso era imposible conocerlos ante la imprecisión y la indeterminación de los negocios o actividades que hubiese de afrontar la nueva Sociedad; todo lo cual conduce a anular la indebida aprobación que a su constitución dio el Acuerdo Municipal, impugnado», ya que «no es posible determinar si es o no de interés público el ejercicio de una actividad económica si se ignora cuál es esa actividad y no se pueden en consecuencia valorar sus aspectos sociales, técnicos, jurídicos y financieros».

Si la tesis de esta sentencia es aún sostenible, excesiva parece ya la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 1992, que declara nulo el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valencia de ampliación del objeto social de la sociedad AUMSA para englobar dentro del mismo la edificación y rehabilitación urbana al considerar que «la intervención de la Administración Pública en el mundo empresarial y económico sólo cabrá cuando venga exigida por el interés general o por razones de utilidad pública», interés social o utilidad pública que en el sector inmobiliario sólo se dará en caso de «vivienda social y protegida».

Establece por último el artículo 85.2 LBRL que «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad», lo que implica que no pueden pres-

tarse a través de una sociedad de capital de economía mixta servicios de tal carácter.

b) En segundo lugar, la potestad de iniciativa pública local viene enmarcada por las reglas que determinan los tipos societarios a través de los cuales la EL puede intervenir en la actividad económica o prestar un servicio y por las que establecen las concretas vías de participación en los mismos. En consecuencia, hay que distinguir:

1) Por lo que se refiere al primer extremo, el artículo 103.1 TRRL establece que si la gestión directa de un servicio público se encomienda a una sociedad privada, ésta únicamente podrá ser anónima o limitada, mientras que el artículo 104.1 TRRL dispone que en caso de gestión indirecta mediante sociedad de economía mixta se podrá asimismo acudir al tipo de la cooperativa, recogiendo de esta forma una innovación del artículo 85.4.e) LBRL, aunque lo cierto es que la doctrina señala que la utilización de la sociedad cooperativa plantea numerosos problemas en los que, no obstante, no puedo detenerme en estas páginas dedicadas exclusivamente a las sociedades de capital local.

Por su parte, el artículo 103 RSCL se refiere a la sociedad comanditaria al establecer que «las empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada», referencia a la sociedad comanditaria que debe entenderse derogada por la LBRL, que para nada se refiere a esta forma social.

2) Por lo que se refiere a las vías que puede utilizar la EL para participar en una sociedad de capital, hay que diferenciar de nuevo el supuesto de sociedad unipersonal del de la sociedad de economía mixta:

a') Por lo que se refiere a la sociedad unipersonal, la EL tanto puede constituir la sociedad por fundación simultánea como adquirir todas las acciones de una sociedad ya existente, adquisición que a su vez puede hacerse por vías jurídico-privadas o mediante expropiación.

b') Por lo que se refiere a la sociedad de economía mixta, de los artículos 104 TRRL y 104 RSCL se deduce, tal como ya he apuntado anteriormente, que la EL puede:

1') Participar en la constitución de la sociedad mediante el sistema de fundación simultánea junto con otros socios, públicos o privados, que en este último caso habrá elegido, tal como dispone el ar-

título 104.2 TRRL, previo «concurso en el que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve a la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria».

2') Participar en la constitución de la sociedad anónima mediante el sistema de fundación sucesiva, en cuyo caso la EL será el único promotor o lo será con otros socios, públicos o privados, siendo preciso en este último supuesto el previo concurso en los términos ya vistos.

3') Adquirir acciones o participaciones de una sociedad de capital ya existente, adquisición que se hará bien mediante compra en mercado secundario oficial, bien mediante expropiación, bien mediante acuerdo con los anteriores titulares, que, como se verá, es el supuesto más frecuente.

Una vez adquiridas las acciones, dispone el artículo 105 RSCL que «la Sociedad continuará rigiéndose por sus propios Estatutos. La Junta general podrá no obstante, con el quórum dispuesto para la modificación de los Estatutos, modificarlos para que la Empresa pase a ser propiamente mixta y sometida al presente Reglamento», de donde se deduce que la AL podrá conseguir que la Junta General modifique los estatutos sociales para introducir las cláusulas necesarias para garantizar el control público de la sociedad si cuenta con la mayoría de las acciones o participaciones o, en caso contrario, si llega a un acuerdo con otros socios en orden a esta modificación.

Más aún, y en la medida en que lo normal en este último supuesto será que la introducción en los estatutos de dichas cláusulas implique una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de los accionistas o partícipes distintos del EL, el acuerdo de la Junta General de accionistas no será suficiente, sino que, en virtud del artículo 148 LSA, será preciso también el acuerdo mayoritario de los accionistas o partícipes privados. Y, en fin, si la modificación estatutaria engloba la sustitución del objeto social, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán el derecho a separarse de la sociedad que les concede el artículo 147 LSA.

Y de todo lo anterior no es difícil deducir que lo lógico es que si la EL pretende introducir en los estatutos las especialidades *ex* artículo 104.2 TRRL necesarias en orden a asegurarse el control de la sociedad, llegue a un acuerdo con los otros socios en relación a dicha introducción antes de adquirir las acciones. Quizá a ello se refiera el conflictivo artículo 104.3 RSCL, que establece que:

«Las Empresas mixtas (...) podrán quedar instituidas a través de los procedimientos siguientes: Convenio con Empresa única ya existente en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo.»

c) Por último, la AL debe seguir un procedimiento administrativo para decidir ejercitar actividades económicas regulado en el artículo 97 TRRL y que puede esquematizarse como sigue: la Corporación nombra una Comisión con el objeto de que redacte una Memoria, en la cual se determinará necesariamente la forma de gestión. Una vez redactada la Memoria, será tomada en consideración por la Corporación para posteriormente ser expuesta al público, culminando finalmente el proceso con la aprobación definitiva de la Corporación. Y para las actividades que constituyen servicios públicos locales necesarios, el procedimiento se complica de forma inexplicable, ya que la aprobación por la Corporación requiere mayoría absoluta del número legal de sus miembros y resolución posterior por el órgano competente de la CA.

Finalmente, si la Corporación ha optado por gestionar el servicio a través de una sociedad de capital deberá:

1) Si constituye una sociedad de capital mediante fundación simultánea, otorgar la escritura pública de constitución (sola en caso de sociedad unipersonal o concurriendo con los otros socios en caso de sociedad de economía mixta) e inscribirla en el RM.

2) Si constituye una sociedad anónima mixta mediante fundación sucesiva, realizar (sola o juntamente con otros) los actos encomendados a los promotores por la LSA.

3) Si adquiere participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, deberá instrumentar tal transmisión en escritura pública, y si adquiere acciones, baste reseñar aquí que las formalidades dependerán de si las acciones están representadas mediante anotaciones en cuenta, títulos nominativos, títulos al portador, o aún no están representadas en forma de títulos.

5. RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES SOCIALES

En el supuesto de que la EL funde una sociedad de capital local unipersonal o participe con otros en el proceso de fundación de una sociedad de capital local de economía mixta, se deben observar en relación a la cuestión de las aportaciones sociales las dos reglas siguientes:

a) El capital habrá de estar íntegramente desembolsado desde el momento de la constitución, tal como dispone el artículo 89.3 RSCL en relación a las sociedades unipersonales y su artículo 109.2 en relación a las sociedades de economía mixta, lo que implica reforzar el patrimonio social.

b) La AL, como cualquier otro socio, puede realizar tanto su aportación en dinero como en otros bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Ahora bien, al ser el patrimonio social la única garantía de los acreedores, se establecen en el caso de aportaciones no dinerarias un conjunto de cautelas para garantizar tanto su correcta valoración como el que los bienes aportados constituyan un patrimonio idóneo para responder del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad frente a terceros acreedores.

Lo anterior ayuda a interpretar correctamente la siguiente regla contenida en el artículo 104.3 TRRL en relación con la sociedad de economía mixta:

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

Para interpretar adecuadamente este artículo hay que entender que con el término concesión el legislador no puede referirse a una de las formas de gestión indirecta de un servicio público, ya que no puede aportarse por la EL al constituirse una sociedad de economía mixta como forma de gestión indirecta de un servicio público otra forma de gestión indirecta de dicho servicio.

Por otro lado, y teniendo en cuenta la distinción recogida en el artículo 2.1 RBEL entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales, el artículo 104.3 establece que sólo pueden aportarse a la sociedad estos últimos bienes, regla ésta lógica en la medida en que los bienes de dominio público son inalienables (art. 5 RBEL).

A este respecto, la RDGRN de 12 de septiembre de 1985 afirma que «es claro que no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital social pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público».

Ahora bien, es lo cierto que para la gestión de un servicio público es con frecuencia necesaria la utilización de bienes de dominio público, por lo que en caso de que dicha gestión se encomiende a una sociedad de economía mixta, que es una persona jurídica privada, el expediente jurídico a utilizar para que ésta use dichos bienes parece que debe ser el de la concesión demanial. El régimen jurídico de esta concesión demanial es especial en la medida en que las normas que disciplinan en general dicho instituto se ven moduladas por las que regulan la gestión de los servicios públicos, tal como dispone el artículo 74.2 RBEL, en cuya virtud «el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales y subsidiariamente por las del presente».

Pues bien, si la concesión puede ser valorada debidamente a efectos de responsabilidad económica, lo que implica que la concesión puede ser objeto de agresión por parte de los acreedores, entonces es posible que la EL aporte una concesión demanial de bienes de dominio público. Es claro que lo que se aporta no son éstos, que son inalienables, sino que se aporta la concesión como derecho real administrativo abierto en general al tráfico jurídico. Por el contrario, si a la concesión demanial va ligada la prohibición de cesión o transmisión de la misma, no puede ser objeto de aportación al no poder ser valorada a efectos de responsabilidad económica, por lo que en tal caso la sociedad se verá obligada al pago del canon que, en su caso, se fije.

Por último, es también posible la aportación de una antigua concesión que ya ha sido rescatada y que, por lo mismo, ya no es tal concesión, sino una mera organización de distintos elementos productivos.

6. ESTRUCTURA ORGÁNICA

La estructura orgánica de las sociedades de capital locales se aparta de las normas societarias tanto por contener la legislación local especialidades de régimen como por permitir el artículo 104.2 TRRL en relación con las sociedades de economía mixta que en los estatutos se puedan introducir especialidades que modalicen el régimen interno de la sociedad de forma tal que la EL asuma una posición en el seno social que le garantice el poder velar por el servicio público. Por ello conviene una vez más distinguir entre sociedades locales unipersonales y sociedades locales de economía mixta:

a) Para las sociedades locales unipersonales se establecen en el RSCL las siguientes especialidades:

1) El artículo 92 determina que:

«1. El funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de la Empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades Anónimas en las restantes cuestiones sociales.

2. La Corporación, en funciones de Junta general de la empresa, tendrá las siguientes facultades:

- a) nombrar el Consejo de Administración;
- b) fijar la remuneración de los Consejeros;
- c) modificar los Estatutos;
- d) aumentar o disminuir el capital;
- e) emitir obligaciones;
- f) aprobar el inventario y balance anual; y
- g) las demás que la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a la Junta general.»

Aunque con imperfecta dicción, establece este artículo que en las sociedades de capital locales unipersonales la Corporación se constituirá y actuará como Junta General, aunque en su funcionamiento como tal órgano social se someta al régimen administrativo que disciplina el funcionamiento del Pleno de la Corporación.

En consecuencia, los acuerdos que se tomen son acuerdos de la sociedad unipersonal, persona jurídica privada distinta del EL y por ello impugnables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y ss. LSA.

No obstante, la STS de 5 de diciembre de 1990 estima erróneamente, en relación a la impugnación por los trámites de los artículos 115 y ss. LSA de un acuerdo social de aprobación de las cuentas anuales de una sociedad anónima de capital municipal, que la jurisdicción civil no es competente, ya que el acuerdo que se pretende impugnar «tiene el indudable carácter de acto administrativo y, en consecuencia, impugnable no ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, sino ante la competente Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

2) Los artículos 90, 91, 93, 94 y 73.1 establecen que:

«La dirección y administración de la Empresa estará a cargo de los siguientes órganos:

- 1.º La Corporación interesada, que asumirá las funciones de Junta General.
- 2.º El Consejo de Administración.
- 3.º La Gerencia.»

«Los Estatutos de la Empresa determinarán la competencia de cada uno de dichos órganos y la forma de designación y funcionamiento de los dos últimos.»

«1. Los Consejeros serán designados libremente por la Junta General entre personas especialmente capacitadas y por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis.

2. El número de Consejeros no excederá del fijado en el artículo 73.

3. Los miembros de la Corporación podrán formar parte del Consejo de Administración hasta un máximo del tercio del mismo y afectarán a los Consejeros las incapacidades e incompatibilidades que para ejercer cargos representativos señalan la Ley y Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.»

«El Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la Empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al Gerente.»

«El Consejo de Administración será nombrado por la Corporación interesada, sin que exceda de cinco el número de sus miembros en los Municipios de población inferior a 20.000 habitantes ni de nueve en los de población superior o en los casos de provincialización (...).»

Al realizar un análisis del régimen jurídico que estos artículos contienen hay que empezar por señalar que de las varias formas en las que se puede organizar la administración social el RSCL elige la organización en forma de Consejo de Administración, órgano que como mínimo estará formado por tres miembros y como máximo por nueve, miembros que elegirá la Corporación local al constituirse y actuar como Junta General.

Se establece también que los consejeros se nombrarán por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis, disponiéndose además que los miembros de la Corporación podrán ser nombrados miembros del Consejo de Administración hasta un máximo del tercio del mismo y que a los Consejeros les son de aplicación las incapacidades e incompatibilidades para ejercer cargos representativos. La interpretación de estas reglas plantea algunas dificultades que sólo pueden salvarse mediante una cuidadosa interpretación sistemática de las mismas de acuerdo con la normativa societaria. Y el resultado de dicha interpretación puede esquematizarse así:

a') La legislación societaria establece que los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos, el cual no podrá exceder de cinco años (art. 126 LSA), pudiendo, no obstante, ser cesados en cualquier momento por la junta general (art. 131 LSA), por lo que hay que entender que los administradores de una sociedad anónima pública unipersonal ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos, plazo que debe ser como mínimo de dos años y como máximo de seis, pudiendo, no obstante, ser cesados en cualquier momento. En consecuencia, el RSCL no impide que los administradores no puedan ser cesados durante los dos primeros años de su nombramiento, regla ésta que además alteraría un principio básico de la sociedad anónima, el de libre revocabilidad de los administradores, sino que lo que hace es prohibir que en los estatutos se señale un plazo de ejercicio del cargo inferior a dos años o superior a seis.

Además, parece claro que los consejeros nombrados en tanto miembros de la Corporación cesan cuando por alguna de las causas del artículo 9 ROF dejan de ser concejales o diputados provinciales.

b') Además de ser de aplicación a los Consejeros el régimen de incapacidades e incompatibilidades que para ejercer cargos representativos señalan los artículos 178 y 203 LEG, se les aplica también el régimen del artículo 124 LSA —«no pueden ser administradores los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabili-

tación para el ejercicio de cargo público, los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio (...)»—, excepto el contenido normativo de su último inciso («tampoco podrán ser administradores de las sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate»). Y si una vez nombrado un Consejero, incurre en cualquiera de estas causas de incapacidad o incompatibilidad, deberá ser inmediatamente destituido, tal como dispone el artículo 132 LSA.

c') Si el elegido consejero es miembro de la Corporación, se le aplica lo dispuesto en el artículo 13 ROF, que dispone que si los miembros de la Corporación desarrollan su responsabilidad en régimen de dedicación exclusiva, la retribución que reciban por tal concepto es incompatible con la de cualquier otra retribución de las sociedades dependientes de la Corporación, excepto las indemnizaciones que perciban por la concurrencia efectiva a «Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal».

Por último, el RSCL determina la necesaria existencia de una Gerencia, a la que califica de órgano social, lo que contrasta con un principio básico de la legislación societaria que propugna la existencia de tan sólo dos órganos sociales, la Junta General de accionistas y los Administradores, para luego limitarse a determinar que sus competencias, forma de designación y funcionamiento se fijarán en los estatutos sociales. Todo ello es altamente criticable, ya que, pese a establecer el artículo 103 TRRL que «la Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles», el RSCL crea un órgano no contemplado en la legislación societaria, trastocando así radicalmente el régimen mercantil de los órganos sociales, para después remitir su completa regulación a los estatutos sociales, lo que implica una grave inseguridad jurídica.

Frente a ello hay que defender una estructuración de la figura de la Gerencia de acuerdo con las reglas que disciplinan las sociedades de capitales que esté así en consonancia con el mandato del artículo 103 y evite la inseguridad jurídica. Y, en concreto, el artículo 124 RRM permite que en los estatutos se confíe la administración de la sociedad «a un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias». Y así se puede, por ejemplo, estructurar la Gerencia en forma de Consejero delegado único.

b) Para las sociedades locales de economía mixta se establecen en los artículos 106 a 108 RSCL en relación con su estructura orgánica las siguientes normas, que se deben interpretar de acuerdo con el principio contenido en el artículo 104 TRRL en virtud del cual en los estatutos se pueden introducir especialidades que exceptúen la legislación mercantil a fin de que la EL controle la vida social para así garantizar la consecución del interés público:

«1. En la constitución o Estatutos de empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior.

2. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

3. El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la empresa.»

«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 siguientes casos:

- a) modificación del acto de constitución de los Estatutos de la Empresa;
- b) aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios;
- c) operaciones de crédito, y
- d) aprobación de los balances.»

«Los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.»

Ciertamente, las normas reproducidas contienen de forma asistemática y utilizando una terminología defectuosa toda una serie de reglas de difícil interpretación, cuya raíz no es otra que la de que en

las mismas no queda nada claro la estructura orgánica que propugnan, caso de que propugnen alguna, ni los principios que las informan, caso de que existan.

En efecto, de las mismas tan sólo se deduce que el cargo del Gerente nombrado por la Junta General debe recaer en persona especializada y la existencia de órganos de gobierno y administración, que por las competencias que se les dan y por las reglas sobre adopción de acuerdos que se establecen no queda siempre claro si se refieren estos artículos a la Junta General de accionistas o al órgano administrativo colegiado. Además, y al contrario de lo que ocurre con las sociedades locales unipersonales, el RSCL no determina que el órgano administrativo se deba estructurar en forma de Consejo de Administración y no es fácil deducir de sus disposiciones una regla en tal sentido. Y, en fin, si bien se establece que el cargo de Gerente debe recaer en persona especializada nombrada por la Junta General, no se impone la obligatoriedad de su existencia, al contrario de lo que hace el artículo 90.

Por ello no es posible en esta cuestión establecer afirmaciones rotundas, sino que tan sólo es posible sentar una serie de conclusiones que pueden esquematizarse así:

1) Sobre la base de la estructura orgánica que establece la LSA, que las confusas reglas del RSCL no son suficientes para alterar, se puede en los estatutos proceder a toda una serie de derogaciones del régimen interno a fin de asegurar el control sobre la vida social de la EL. Estas derogaciones dependerán, tal como ya he estudiado antes, del número de acciones o participaciones que la EL detente y de lo que, bajo la vestidura jurídica que corresponda, haya pactado ésta con los otros socios.

Pueden ser cláusulas de contenido muy variado, como, por ejemplo: se establece en los estatutos que para que la Junta General tome determinados acuerdos es precisa la autorización previa de la Corporación; se dispone en los estatutos que la Corporación, pese a no tener la mayoría de los votos, podrá nombrar directamente la mayoría de los consejeros; se dispone en los estatutos que el Presidente del Consejo de Administración lo nombrará directamente la Corporación y se le otorga en relación con determinadas decisiones del Consejo de Administración o incluso de la Junta General un derecho de veto; se determina en los estatutos que el Consejero Delegado se nombrará siempre por la Corporación; se determina en los estatutos que los consejeros los elige la Corporación de entre varios candidatos propuestos por la JG...

Además, hay que tener presente que introduciendo en los estatu-

tos cláusulas permitidas en la legislación societaria, la EL puede asegurarse el control en la vida social; por ejemplo: se dispone en los estatutos que, teniendo la Corporación el 30 por 100 de los votos, para que la Junta General tome determinados acuerdos se precisa el voto favorable de las tres cuartas partes del número legal de votos; parte de las acciones que se adjudican a los socios distintos de la EL son acciones sin voto; teniendo la Corporación local el 40 por 100 de los votos y el único socio privado el restante 60 por 100, se establece en los estatutos que el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir sea el correspondiente al 40 por 100 de las acciones; se establece una administración mancomunada en la cual uno de los dos administradores es la misma EL, que en tal caso debe nombrar a una persona física como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo...

2) No obstante lo anterior, las normas reglamentarias establecen los siguientes límites a esta amplia libertad en la configuración estatutaria de los órganos sociales y de las relaciones de poder en el seno social:

a') Si bien podrá establecerse, aunque ciertamente no se sepa muy bien el porqué, que el número de votos de la Corporación en la Junta General o en el Consejo de Administración puede ser inferior al que le correspondería en función del número de acciones con derecho a voto de las que sea titular, ello puede hacerse sólo si se cumplen dos requisitos: que la EL continúe controlando la vida social no obstante tal disposición (por ejemplo, teniendo el derecho de vetar determinados acuerdos) y que falten más de cinco años para que expire el término fijado en los estatutos para la disolución de la sociedad, límite del que tampoco se comprende su razón de ser.

b') En caso de que se nombre un Gerente, cargo que se estructurará en principio sobre la figura jurídica de la delegación de facultades de acuerdo con lo expuesto anteriormente, éste se nombrará por la Junta General, ya que hay que entender que ella es el «órgano superior de gobierno de la empresa», y deberá el nombramiento recaer sobre una persona especializada.

c') Determinados acuerdos sociales precisan para ser adoptados del voto favorable de al menos 3/4 del número estatutario de votos.

d') Si la Corporación puede, alterando en los estatutos la competencia de la Junta General o utilizando el sistema de representación proporcional, nombrar varios miembros de un órgano social (por ejemplo, del Consejo de Administración o de la Comisión Ejecutiva), debe nombrarlos en la proporción de un 50 por 100 entre los

miembros que la constituyan y técnicos, siendo en todo caso unos y otros de su libre designación y remoción.

3) No obstante la amplia libertad que el artículo 104 concede a la EL en orden a configurar junto con los otros socios los estatutos sociales, ya he expuesto cómo esta libertad queda limitada a aspectos internos que no afecten a terceros. De aquí que el régimen jurídico de la representación orgánica de la sociedad anónima, que engloba la determinación de quién tiene el poder de representación y la fijación del ámbito de dicho poder, aspecto externo por excelencia junto con el régimen de la responsabilidad de las deudas sociales, no pueda verse alterado en los estatutos. Y como la determinación de a quién corresponde la representación es una cuestión íntimamente ligada a la forma de administrar la sociedad, tal como se desprende del artículo 124 RRM, esta última no puede verse alterada de manera tal que dicha alteración influya en aquélla.

Además, si bien podrán establecerse limitaciones a la actividad de los administradores (por ejemplo, una cláusula estatutaria establece que un Delegado de la Corporación puede vetar las decisiones del Consejo de Administración o establece que determinadas decisiones del Consejo de Administración o de la Junta General precisan de la autorización de la Corporación), éstas tendrán una mera eficacia interna, no afectando a terceros (así, si en el primer ejemplo el Delegado de la Corporación veta determinada compra decidida por el Consejo de Administración, pero el Presidente del mismo, al que los estatutos atribuyen la facultad de representación, realiza la compra, tal veto no puede ser opuesto al tercero vendedor, por lo que sólo cabe exigir daños y perjuicios al Presidente y, obviamente, cesarlo).

4) Por último, la RDGRN de 19 de junio de 1987 admite la validez de la Junta General constituida por el accionista público, el Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias, para impedir el obstructionismo que practicaba el capital privado no acudiendo a las Juntas Generales.

7. DISOLUCIÓN

Por lo que se refiere a la disolución de la sociedad, hay de nuevo que distinguir entre la sociedad local unipersonal y la de economía mixta:

a) El artículo 103.2 TRRL establece en relación con la sociedad local unipersonal que:

«Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad, y la Corporación resolverá sobre la continuidad y la forma de prestación del servicio.»

No obstante la contundencia de la norma, no puede olvidarse que se puede evitar mediante oportunas subvenciones otorgadas por la EL que la sociedad incurra en esta causa de disolución ni tampoco que al resolver la Corporación sobre la continuidad y forma de prestación del servicio pueda ésta decidirse por constituir una nueva sociedad de capital.

b) El artículo 111 RSCL dispone que:

«1. Las Empresas mixtas se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años.

2. Expirado el período que se fijare, revertirán a la Entidad Local su activo y su pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio.

3. En la constitución o Estatutos de la Empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y expirado el plazo que se fije revertirán a la Entidad Local, sin indemnización, el activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material del servicio.»

Se establecen en esta norma dos especialidades:

1) La sociedad de economía mixta no puede ser una sociedad de duración indefinida, sino que debe en todo caso establecerse un plazo expirado el cual la sociedad se disuelve de pleno derecho. Además, dicho plazo no puede ser superior a cincuenta años contados desde la constitución de la sociedad.

2) Más importante es la especialidad que se refiere a la cesión en bloque del patrimonio social una vez disuelta la sociedad, ya que el artículo establece que el patrimonio social revertirá a la Corporación en condiciones normales de uso y que en los estatutos se esta-

blecerá la forma de amortizar el capital privado a fin de que los socios de tal carácter puedan recuperar su inversión.

Por último, la STS (Sala Tercera) de 24 de marzo de 1987 afirma con razón que el Ayuntamiento no tiene la facultad de disolver la sociedad anónima, sino que debe mediar acuerdo de su Junta General.