

UN MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA¹

Diana Santiago Iglesias

Profesora Ayudante Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

- **Resumen:** *Las sociedades de economía mixta constituyen el modelo de colaboración público-privada por excelencia. En la actualidad, su utilización como forma de gestión de servicios públicos, especialmente en el ámbito local, experimenta un gran auge, debido a las interesantes ventajas que presenta su utilización. No obstante, su empleo conlleva importantes problemas, derivados de la complejidad y obsolescencia de las normas que las disciplinan, cuya solución debe partir, inexorablemente, de la determinación de su naturaleza y de su régimen jurídico.*
- **Palabras clave:** *Sociedades de economía mixta; gestión de servicios públicos; colaboración público-privada.*
- **Abstract:** *The societies of mixed economy constitute the public model of collaboration-deprived by excellence. At present, his use as form of public services management, especially in the area exhibits, experiences a great increase, due to the interesting advantages that presents his use. However, his concam employment important problems, derivatives of the complexity and obsolescence of the norms that them discipline, whose solution must break up, inexorably, of the determination of his nature and of his legal regime.*
- **Keywords:** *Societies of mixed economy; management of public services; collaboration public-private.*

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la investigación desarrollada en ejecución del Proyecto de investigación de la Xunta de Galicia “La colaboración público-privada en la gestión de los servicios públicos” (INCITE202174PR), y trae causa de los estudios iniciados en el marco del Proyecto “La modernización de las Administraciones territoriales” (PGIDTo6PXIB202096PR) de la Xunta de Galicia.

En el mismo, se han utilizado las siguientes abreviaturas: Cons. Stato: Consiglio di Stato; cfr.: confere; CPPI: colaboración público-privada institucionalizada; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público; pág./págs.; página/páginas; RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Sez.: sezione; ss.: siguientes; SS.UU: Sezioni Unite; TRLS: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; TRRL: Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; vid.: videre.

- **Índice:** I. La relevancia actual de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales. II. La delimitación conceptual de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. II.1. La elaboración doctrinal del concepto de sociedad de economía mixta. II.2. Una propuesta de concepto de sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos locales. III. La naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.1. Examen del posible carácter instrumental de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.1.1. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. III.1.2. Las relaciones de instrumentalidad en el Ordenamiento jurídico español. III.2. Determinación de la naturaleza pública o privada de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.2.1. Las primeras aproximaciones doctrinales a la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.2.2. La concepción contemporánea de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.3. Reflexiones conclusivas sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales

I. LA RELEVANCIA ACTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Esta forma de gestión de los servicios públicos, nacida hace aproximadamente un siglo en el ámbito de la Administración Local, se ha puesto nuevamente de actualidad.

Tal y como se puede comprobar en la Base de Datos General de Entidades Locales del Ministerio de Economía y Hacienda¹, en España la utilización de las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos ha experimentado, principalmente en el ámbito local, una fuerte expansión, abarcando los más diversos ámbitos, como la producción y distribución de energía eléctrica, la depuración y distribución de agua, la prestación de servicios mortuorios, la prestación de servicios de radiodifusión o deportivos, entre otros².

¹ De acuerdo con los datos de contenidos en la Base de Datos General de Entidades Locales, entre las Comunidades Autónomas con un grado de utilización mayor de este tipo de sociedades se pueden destacar: Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid y Navarra (www.serviciosweb.meh.es/apps/ispl/).

² En relación con el objeto de este tipo de sociedades, el Tribunal de Cuentas ha señalado que “como se desprende de los datos anteriores, las empresas de titularidad íntegra local son predominantes claramente en las actividades no encuadradas entre los servicios municipales obligatorios, mientras que las sociedades mixtas tienen una mayor presencia en estos últimos, y particularmente en el abastecimiento y saneamiento de aguas, mercados de abastos, y cementerios y servicios funerarios, superando en estos casos a las de titularidad plena del Sector público local” (*Informe de fiscalización de los Sectores Públicos Autonómicos y Locales, ejercicio 2003*, aprobado por el Pleno el 25 de septiembre de 2008, <http://www.tcu.es/Layout/DesktopLayout/ DetalleInforme.aspx?ID=805>).

Esta expansión ha tenido lugar, también, en otros países europeos. Por ejemplo, en Italia durante los años noventa tuvo lugar un notable incremento del número de las sociedades de economía mixta existentes en el ámbito local³. Así lo demuestran los datos contenidos en el Informe de la Corte dei Conti titulado "Stato dei controlli della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali" (Deliberazione n.º. 13/2008). Según lo señalado en este documento, actualmente, en Italia existen más de dos mil quinientas sociedades de economía mixta, de las cuales, aproximadamente, un tercio se dedican a la gestión de servicios públicos⁴.

Son dos las razones por las cuales se ha producido, y continúa produciéndose, este incremento en la utilización de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales: de un lado, los entes del sector público han optado por acudir a la financiación privada para eludir las restricciones presupuestarias derivadas del principio de equilibrio presupuestario y, de otro lado, las Administraciones públicas, con el ánimo de mejorar su eficacia y eficiencia, pretenden utilizar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en la gestión pública⁵.

Actualmente, la elección por los Entes Locales de la sociedad de economía mixta como fórmula de gestión de los servicios públicos de su titularidad responde a una cuádruple finalidad: mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate; contar con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público, con el fin de mejorar la eficacia y eficiencia en la erogación del mismo; obtener una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del citado servicio y, finalmente, la obtención de beneficios con la erogación del mismo⁶.

³ En este sentido, vid. Carmen VITALE "Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società integralmente pubblica nel sistema locale", *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Marco CAMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 64 y ss.

⁴ Vid. http://www.corteconti.it/Ricerca-e-1/Gli-Atti-d/Controllo-/Documenti/Sezione-de1/Referti-al/Anno-2008/Deliberazione-n.13.doc_cvt.htm.

⁵ En este sentido, vid. Giuseppe PIPERATA, "Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali", *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, dir. Marco CAMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 312 y ss.

⁶ No se puede excluir que, además, en parte, el éxito de esta fórmula esté relacionado con la transformación que, desde el siglo pasado, está sufriendo el Derecho administrativo, el cual paulatinamente ha abandonado las fórmulas unilaterales de actuación y gestión para emplear las fórmulas bilaterales de naturaleza pacticia. Vid., en este sentido, entre otros muchos: Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, Bologna University Press, Bologna, 2004; y Alfonso MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Jovene, Napoli, 1988 y *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Roma, 1988.

En primer lugar, hay que señalar que la necesidad de los Entes Locales de mantener un cierto control directo sobre la gestión de sus servicios públicos se deriva, como se explicará inmediatamente, de la estrecha relación que une a dichos Entes con sus servicios. Esta intensa vinculación hace que, aunque el Ente Local opte por la gestión indirecta del servicio público, de modo que la gestión del mismo se ceda y se preste efectivamente por un sujeto distinto a la Administración Local, la colectividad local continúa viendo en el Ente Local al gestor de dicho servicio y, en consecuencia, responsable directo de su correcta erogación. Por lo tanto, este hecho determina que las Corporaciones Locales se hallen muy interesadas en mantener las mayores cuotas posibles de poder. En este sentido, el control meramente externo que proporciona la concesión al Ente Local, en cuanto titular del servicio, sobre el concesionario, en cuanto gestor del mismo, se considera insuficiente, por lo que los Entes locales optan por la fórmula de la sociedad de economía mixta, en la que, junto al mismo control externo que existe en la concesión, obtienen, como mínimo, las posibilidades de control interno que su normal condición de socios les ofrece.

En cuanto a la segunda de las finalidades indicadas, hay que señalar que el Ente local, cuando opta por la sociedad de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos, pretende beneficiarse de la experiencia y de los conocimientos técnicos y empresariales de gestión que posee el socio privado y, por ello, en este tipo de sociedades, las Corporaciones locales, en no pocas ocasiones, prefieren dejar en manos de aquel la dirección y administración ordinaria de la sociedad, quedando reservada a las mismas una función de control, bien como socio o bien en virtud de otro título.

En tercer lugar, respecto a la finalidad relativa a la obtención de financiación, la sociedad de economía mixta ha sido y es un instrumento adecuado para compartir los costes de la prestación de un determinado servicio público entre el Ente Local titular del mismo, aquejado frecuentemente de problemas financieros⁷, y los particulares, que, movidos por los posibles beneficios económicos que pueden obtener al tener como socio a la Administración en la gestión de un servicio, deseen adquirir parte de las acciones o participaciones de la sociedad de economía mixta y, en consecuencia, realizar aportaciones a su capital social. Así, los Entes Locales, suelen configurar la composición del capital social de la futura sociedad dependiendo del apoyo financiero que precisen.

⁷ Vid.: Gloria ALARCÓN GARCÍA, *Autonomía municipal, autonomía financiera*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995; y Marcos ALMEIDA CERREDA, "¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los Entes locales?", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº. 6, 2008, págs. 189 y ss.

En cuarto y último lugar, en relación con la finalidad de la búsqueda de beneficios, hay que señalar que este fin es, con carácter general, inherente a la utilización del instrumento societario por parte de los Entes Locales⁸, no sólo por las Administraciones públicas locales españolas sino también por las de otros países europeos como Suecia, Francia y Reino Unido⁹. Eso sí, se trata de un fin de carácter secundario, subordinado en todo caso a la consecución del interés público que justifica la constitución de la sociedad de economía mixta: la más eficaz y eficiente prestación de un servicio público.

Finalmente, es importante resaltar que las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales, evidentemente, constituyen una fórmula de colaboración público-privada. La actualidad y relevancia del estudio de estas fórmulas, además de por el crecimiento numérico de su empleo que se acaba de comentar, se justifica también porque en el ámbito de la Unión Europea se ha profundizado en la disciplina de estas fórmulas de colaboración.

Respecto de las fórmulas de colaboración público-privada, hay que decir que, recientemente, se ha pronunciado la Comisión europea en su informe "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) (2008/C91/02)", solucionando algunas de las dudas que éstas planteaban y que, en su momento, dieron lugar a numerosas sentencias del TJUE.

Ha de recordarse que la expresión colaboración público-privada, de acuerdo con el Libro Verde de la Comisión de 30 de abril de 2004, se refiere a "las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio" .

Es necesario también precisar que la Comisión distingue, fundamentalmente, dos tipos de formas de colaboración público-privada: la contractual – basada únicamente en los vínculos contractuales existentes entre las partes –, y la institucionalizada – consistente en la creación de una entidad en la que participan conjuntamente el socio público y el privado y cuya misión es garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público. El paradigma de las formas de colaboración público-privada institu-

⁸ Por ejemplo, en España el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante, TRLS, dispone que "las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil".

⁹ Vid. *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Assonime, Roma, 2008.

cionalizada lo constituyen, precisamente, las sociedades de economía mixta .

Como muestra del auge que experimenta la utilización de esta forma de CPPI en la actualidad, hay que señalar que, en el momento en que se ponía fin a la redacción de estas líneas, se estaba tramitando parlamentariamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por el que se modifica la LCSP, introduciendo una regulación específica para las sociedades de economía mixta en cuanto modalidades de CPPI .

II. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En el presente apartado, tras exponer y analizar los distintos conceptos de sociedad de economía mixta manejados por la doctrina a lo largo de las últimas décadas, se realizará una propuesta de concepto de sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos locales. El disponer de un concepto claro y preciso de sociedad de economía mixta tiene una indudable relevancia práctica, en la medida en que, en el ámbito local, por una parte, existen una multitud de sociedades donde el capital público y el capital privado se unen, unas veces, para prestar servicios públicos y, otras veces, para operar simplemente en el mercado, y, por otra parte, ambos tipos de sociedades tienen un régimen jurídico sustancialmente diferente.

II.1. LA ELABORACIÓN DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

La doctrina, a lo largo de los años, ha intentado delimitar conceptualmente el fenómeno constituido por las sociedades de economía mixta. Las definiciones que se han formulado como consecuencia de esta labor, pueden ser agrupadas en tres conjuntos en función de la visión de la sociedad de economía mixta que subyace en ellas.

En primer lugar, un sector de la doctrina ha entendido la sociedad de economía mixta como una fórmula de coparticipación financiera entre el sector público y el privado en cuya gestión interviene la Administración. En este sentido, por ejemplo, Ernst Forsthoff consideraba que la sociedad de economía mixta está compuesta por dos elementos esenciales: el carácter público-privado de su capital y la voluntad de la Administración de participar en su gestión. En opinión de este autor, la Administración puede adquirir la titularidad de un paquete de acciones de una sociedad con dos fines distintos: por una parte,

con una finalidad exclusivamente patrimonial, supuesto en el que dicha sociedad pasaría a tener un capital social de composición pública y privada, pero no se convertiría en una sociedad de economía mixta; y, por otra parte, con la finalidad de intervenir en la gestión de dicha sociedad, a través de la obtención de facultades de dirección y control sobre la misma, supuesto en el que sí se convertiría en una sociedad de economía mixta¹⁰.

En este segundo supuesto, la participación de la Administración en la gestión de la sociedad puede fundarse simplemente en los derechos que a la misma le corresponden en cuanto accionista, en ocasiones reforzados de manera informal por la condición de *potentior personae* de la Administración, o bien en normas de Derecho público que garantizan un cierto control a la Administración sobre la sociedad.

En segundo lugar, otro sector de la doctrina ha concebido la sociedad de economía mixta como una forma de coparticipación financiera público-privada, en cuya gestión interviene la Administración pública, que tiene por objeto la gestión de servicios públicos. En este sentido, José Gascón y Marín definía la sociedad de economía mixta como un sistema intermedio entre la liberalización de servicios y su municipalización o socialización. El accionariado de dicha sociedad pertenecería en parte a particulares y en parte a entidades públicas, y los puestos del Consejo de Administración estarían distribuidos en relación con las aportaciones de los socios públicos y privados¹¹.

De acuerdo con esta posición doctrinal es necesaria la confluencia de los dos elementos identificados por la anterior corriente doctrinal: el capital mixto y la intervención pública en la gestión; si bien defiende que debe concurrir a mayores otra característica en las sociedades de economía mixta: su carácter de forma de gestión de servicios públicos.

Así, José Antonio García-Trevijano, al analizar las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales, expuso claramente cuáles debían ser sus caracteres necesarios – participación de la Administración en el capital social y en la gestión de la sociedad gracias a normas especiales y excepcionales –, los cuales, por lo demás, coincidían en gran medida con los estudiados por sus coetáneos europeos¹².

¹⁰ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción española, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 669.

¹¹ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación Española*, Tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935, pág. 239.

¹² Vid. “Aspectos de la Administración Económica”, *Revista de Administración Pública*, nº. 12, 1953, págs. 56-75.

En esta línea, Fernando Albi entendía que las sociedades de economía mixta son sociedades mercantiles cuyo capital pertenece en parte a una Administración pública y en parte a particulares, cuya dirección comparten ambos y cuyo fin es llevar a cabo la gestión de servicios públicos de contenido económico competencia de la antedicha Administración. El matiz que introduce Albi, dentro de este sector doctrinal, consiste en exigir que el servicio público que va a gestionar la sociedad de economía mixta tenga una finalidad económica¹³.

Esta concepción es, también, defendida por autores como Sosa Wagner¹⁴ o Santamaría Pastor¹⁵, quienes, al analizar las sociedades de economía mixta en cuanto forma de gestión de los servicios públicos, aluden, de un lado, a la necesaria composición público-privada de su capital social y, de otro lado, a las posibilidades de participación del Ente Local en la gestión de la sociedad en cuanto socio de la misma¹⁶.

Para un tercer sector de la doctrina, las sociedades de economía mixta serían entidades mercantiles cuyo capital social es en parte público y en parte privado y cuyo objeto es la gestión de un servicio público o la realización de una actividad económica¹⁷.

Esta definición consta de dos elementos esenciales: uno relativo a la composición de su capital social –la participación público-privada– y otro rela-

¹³ Vid. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 398.

¹⁴ Vid. Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, séptima edición, 2008, págs. 341 y 348.

¹⁵ Este autor define esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos como aquella en que “la Administración titular del servicio precisa de la colaboración de una empresa privada que le aporte el capital o el *know-how* y los medios tecnológicos para la prestación de servicios complejos, pero no quiere desentenderse de su gestión inmediata; con tal fin, constituye una sociedad en cuyo capital participa, pero en el que da entrada a un socio privado que, además de sus aportaciones en medios o dinero, se encarga materialmente de la gestión del servicio, pero bajo el control directo de la Administración titular, que se halla presente en los órganos sociales (y participa también, por tanto, en los beneficios que puede producir la explotación del servicio)” (*Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, segunda edición, Lustel, Madrid, 2009, pág. 334).

¹⁶ En el mismo sentido, vid.: Enrique CASTILLO ZUBIA, Alberto VERA FERNÁNDEZ, Pedro Antonio MARTÍN PÉREZ, *Manual de Contratación Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1990, pág. 121; José Vicente CATALÁ MARTÍ (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas, Cizur-Menor, 2008, pág. 669; José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 818 y Salvador ROMERO HERNÁNDEZ (coord.), *Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 419.

¹⁷ Vid.: Francis FABRE, Roland MORIN y Alain SERIEYX, *Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle*, Berger-Levrault, Paris, 1964, pág. 16; Francisco LLISSET BORREL, *La actividad empresarial de los entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990, pág. 147 y Luis Fernando PRIETO GONZÁLEZ, *Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, Madrid, 1996, pág. 44.

tivo a su objeto social –la realización de una actividad económica o bien la prestación de un servicio público. Como se puede observar, no se incorpora a este concepto uno de los elementos considerados esenciales en las anteriores definiciones: la dirección y control de la sociedad por la Administración. Esto es así porque, de acuerdo con esta postura, para poder hablar de una sociedad de economía mixta, es suficiente con que exista una participación público-privada en el capital social de una sociedad, abandonándose, por tanto, la idea de control sobre la misma¹⁸. Así, las facultades de dirección y control de la Administración sobre la sociedad podrán darse o no, de acuerdo con lo establecido en los estatutos de la misma, pero no han de existir necesariamente.

II.2. UNA PROPUESTA DE CONCEPTO DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA GESTORA DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

A la luz de las definiciones doctrinales estudiadas en el apartado anterior, el objeto del presente epígrafe es formular, partiendo del estudio del Ordenamiento comunitario y español, un concepto de sociedad de economía mixta en cuanto forma de gestión de los servicios públicos locales.

Desde el punto de vista comunitario, las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales se consideran una forma de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)¹⁹. La Comisión entiende por CPPI 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. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI²⁰.

En consecuencia, de acuerdo con la Comisión, para la existencia de una fórmula de CPPI, en concreto, de una sociedad de economía mixta, son nece-

¹⁸ En este sentido se pronunciaba ya, al estudiar las sociedades de economía mixta como forma gestora de los servicios públicos, Maurice HAURIOU (*Précis élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, pág. 554). En la moderna doctrina española, vid.: Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 433 o Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, vigésimo octava edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 391.

¹⁹ Vid. Luis MÍGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, nº. 175, 2008, págs. 157 y ss.

²⁰ Vid. 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) (2008/C 91/02, DOUE, de 12 de abril).

sarios dos elementos: en primer lugar, que haya contribución pública y privada en el capital de la entidad y, en segundo lugar, que el socio privado participe activamente en la gestión de la entidad y/o en la ejecución de la actividad que tiene encomendada dicho ente.

Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español, se pueden encontrar una serie de normas relacionadas con la gestión de los servicios públicos, en general, y de los locales, en particular, de las cuales se puede inferir una concepción que podría denominarse ordinamental de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos. Estos preceptos son: el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, en adelante LCSP, al que se remite, en materia de servicios públicos locales, el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en adelante, LBRL; los artículos 102 y 104 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, en adelante, TRRL y el artículo 104 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en adelante, RSCL. A continuación, se llevará a cabo el estudio de estos preceptos para tratar de identificar los rasgos que, de acuerdo con las normas vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico, caracterizan a las sociedades de economía mixta.

El artículo 253 LCSP establece que la contratación de la gestión de servicios públicos podrá adoptar la modalidad de sociedad de economía mixta "en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

Por su parte, el TRRL dispone, en su artículo 104, que para la gestión indirecta de los servicios públicos locales las Entidades locales podrán utilizar la forma de sociedad mercantil cuyo capital social sólo pertenezca, parcialmente, a las mismas.

Por último, el RSCL, en su artículo 102, establece que en las empresas mixtas, "los capitales de las Corporaciones locales y de los particulares, o de aquéllos entre sí, se aportarán en común, para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización". En los siguientes preceptos, artículos 103 a 112, el RSCL lleva a cabo una disciplina de las sociedades de economía mixta dentro de la cual destaca el artículo 104.1º que permite la creación de una sociedad de economía mixta a través de la "adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social". Este inciso final del artículo 104.1º se puede interpretar en el sentido de que el RSCL, al igual que

hacían algunos de los autores estudiados, configura la participación de la Administración pública en la gestión como un elemento esencial de las sociedades de economía mixta.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en los citados preceptos, las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales se caracterizan: por poseer un capital social de composición mixta – público-privado –; por tener como objeto social la gestión de uno o varios servicios públicos y por estar cogestionadas por el socio público y por el privado.

Una vez expuesta la regulación de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales desde el punto de vista del Ordenamiento comunitario y del Ordenamiento español, a continuación, se intentarán conjugar ambas perspectivas en la formulación de un concepto único e integrador de las mismas²¹. En esta línea, se pueden definir las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos como aquellas sociedades mercantiles en las que se cumplen cuatro requisitos: primero, su objeto social es la realización de actividades configuradas, o susceptibles de ser configuradas, como servicios públicos locales; segundo, su capital social se halla compuesto por aportaciones provenientes del sector público y del sector privado, en una proporción variable; tercero, su actividad consiste, al menos, en la erogación de un servicio público, y cuarto, en su gestión y administración participan de forma activa el socio privado y el socio público.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Este tercer apartado tiene por objeto el estudio y análisis de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales, tarea no exenta de problemas, tal y como se puede deducir de las distintas y contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina al tratar esta cuestión²².

Para abordar adecuadamente este tema, es necesario examinar dos cuestiones: por una parte, si las sociedades de economía mixta son entes ins-

²¹ Vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, “La construcción del Derecho Administrativo Europeo”, *Scientia Iuridica*, n.º. 314, 2008, págs. 193 y ss.

²² Acerca de las distintas posturas sostenidas por la doctrina italiana y francesa sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, vid. Claude DUCOULOUX, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1963, págs. 82-90.

trumentales de las Administraciones que participan en su constitución y, en consecuencia, si a las mismas se les podría confiar directamente la gestión de los servicios públicos sin seguir ningún tipo de procedimiento de concurrencia competitiva y, por otra parte, si estas sociedades, dada su constitución, composición y funcionamiento, tienen naturaleza de ente público o de ente privado.

III.1. EXAMEN DEL POSIBLE CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Para determinar si las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales pueden ser consideradas medios instrumentales de la Administración local titular del servicio que gestionan, es necesario analizar esta cuestión, en primer lugar, desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico comunitario y, en segundo lugar, desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico español²³.

III.1.1. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En el plano comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias "Teckal"²⁴, "Stadt Halle"²⁵ y "Parking Brixen"²⁶, ha establecido los requisitos mínimos que debe cumplir una sociedad mercantil para ser considerada medio instrumental propio de una Administración.

En primer lugar, en la citada sentencia "Teckal", el Tribunal declaró que, para que un determinado ente, en este caso una sociedad de economía mixta, pueda ser considerado como medio instrumental propio de una Administración es necesario que se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos: por una parte, que la Administración ejerza sobre la sociedad de que se trate

²³ Sobre esta materia, vid. José Ignacio VEGA LABELLA (coord.), *Obra pública: modelos organizativos y de ejecución*, DAPP, Pamplona, 2009, págs. 82 y ss. En esta obra se contiene un completo análisis de la normativa comunitaria, de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de las normas de Derecho interno donde se fijan los criterios necesarios para determinar si un determinado ente tiene o no carácter instrumental.

Asimismo, sobre las sociedades de economía mixta y la contratación *in house* en Italia, vid. Gerardo Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

²⁴ Sentencia del TJCE, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal Srl y Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

²⁵ Sentencia del TJCE, de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH contra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

²⁶ Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH. contra Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.

un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla²⁷.

Posteriormente, estos requisitos fueron interpretados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias "Stadt Halle" y "Parking Brixen", señalando, en cuanto al primero de los requisitos – el control análogo de la Administración sobre la sociedad al ejercido sobre sus propios servicios – qué características debe tener la sociedad que pretende ser considerada como un medio propio de la Administración y qué relación debe existir entre ésta y dicha sociedad para entender cumplido este primer requisito.

²⁷ Un interesante ejemplo de la aplicación de los "criterios Teckal" por el Tribunal de Justicia, en la medida en que afecta a una sociedad española y en que ha sido objeto de transposición al Derecho interno, es el de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), Administración del Estado.

En esta Sentencia el Tribunal de Justicia declara que TRAGSA, sociedad íntegramente pública participada por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas, es un medio instrumental propio de la Administración porque "las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades".

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia es fruto del planteamiento de una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo, en cuya posterior Sentencia de 30 de enero de 2008, asume el criterio sostenido por el Tribunal de Justicia y, en consecuencia, declara que TRAGSA es medio instrumental propio y que su régimen jurídico no resulta contrario al Derecho de la competencia. Sin embargo, son los votos particulares a esta sentencia los que presentan un mayor interés. En ellos no se cuestiona el pronunciamiento sobre la aplicación de la doctrina "Teckal" a TRAGSA, sino que se pone de manifiesto la necesidad de plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la existencia de limitaciones a los legisladores nacionales en la configuración de sus medios instrumentales propios y sobre la posibilidad de que cualquier empresa pública pueda ser considerada un medio instrumental y servicio técnico propio de cualquiera de las Administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica.

Por su parte, la LCSP ha recogido el régimen jurídico de TRAGSA y de sus filiales en su Disposición Adicional Trigésima. En ella se declara el carácter de medio instrumental propio de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas, tanto de TRAGSA como de sus filiales. Asimismo, se señala que "las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado".

Sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sobre la aplicación de los criterios del TJCE acerca de las relaciones *in house* a TRAGSA, vid.: Carlos AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004; Manuel PILLADO QUINTÁNS, "TRAGSA: un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las administraciones a sus medios instrumentales", *Documentación Administrativa*, nº. 274-275, 2006, págs. 279 y ss.; Miguel Ángel BERNAL BLAY, "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 137, 2008, págs. 115 y ss. y José Luis PALMA FERNÁNDEZ, "Medios propios de la administración y responsabilidad contractual", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 143, 2009, págs. 485 y ss.

Así, de una parte, en la sentencia "Stadt Halle" estableció que cuando una sociedad esté participada por una Administración y por una empresa privada, aunque la participación de esta última sea minoritaria, queda excluida la posibilidad de que dicha Administración pueda ejercer sobre la sociedad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios²⁸.

De otra parte, la sentencia "Parking Brixen" estableció las características que debe tener la relación Administración-sociedad para entender cumplido el primero de los criterios "Teckal". De acuerdo con esta sentencia, no es suficiente con la composición íntegramente pública de la sociedad sino que, además, la Administración debe ejercer sobre ella un fuerte control administrativo, es decir, debe tener una influencia determinante incluso sobre sus decisiones singulares más relevantes.

Asimismo, es necesario señalar que la reciente sentencia "Sea"²⁹ añade un criterio adicional para determinar en qué supuestos se debe entender que el ente matriz ejerce un control análogo sobre una sociedad al que tiene sobre sus propios entes: que la actividad de dicha sociedad se limite al territorio de la entidad matriz. Por tanto, de acuerdo con esta sentencia cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre una sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios cuando, por una parte, "la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas" y, por otra parte, "a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejerzan una influencia determinante tanto sobre los objetivos

²⁸ En este mismo sentido, vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel Brabant SA y Commune d'Uccle, Región de Bruxelles-Capitale, donde se establece que "entre las circunstancias pertinentes que se desprenden de la resolución de remisión, procede considerar, en primer lugar, la posesión del capital de la entidad concesionaria, en segundo lugar, la composición de los órganos de decisión de ésta y, en tercer lugar, el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector.

Sobre la primera de dichas circunstancias, recuérdese que la participación de una empresa privada en el capital de una entidad concesionaria excluye que la autoridad pública concedente pueda ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios".

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión de la Comunidad Europea contra República Italiana, se precisa que la participación privada ha de ser real (aunque no necesariamente actual) y no meramente hipotética. Así, en esta Sentencia se señala que "per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta".

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa.

estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad”.

En cuanto al segundo de los requisitos – la realización de la parte esencial de la actividad social para la Administración – a pesar de que el Tribunal no entra en su análisis en la sentencia “Parking Brixen”, es de gran interés la interpretación que de él hace la Abogado General en sus conclusiones. De acuerdo con ella, para entenderlo cumplido será necesario que la sociedad realice la parte fundamental de su actividad, cualitativa y cuantitativamente considerada, para la Administración que ejerce el control, valorando, a tal efecto, la actividad efectivamente realizada por ella y no sólo lo previsto en sus estatutos³⁰.

III.1.2 LAS RELACIONES DE INSTRUMENTALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el plano del Derecho interno, es la LCSP la norma donde se contienen los requisitos necesarios para poder hablar de la existencia de una relación de instrumentalidad entre la Administración y un ente.

La LCSP persigue, entre otros, el objetivo de adaptar la legislación española de contratos al contenido de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que tienen por objeto la interpretación de las mismas.

Respecto de esta cuestión, el artículo 24.6 de la LCSP establece que, a los efectos de la exclusión de la aplicación de las normas de contratación administrativa (artículos 24 y 4.1.n de la LCSP), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. En caso de que se trate de sociedades, este artículo 24.6 de la LCSP exige, además, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Asimismo, dicho precepto especifica el alcance del primer criterio “Teckal” – el ejercicio sobre el ente en cuestión de un control análogo al que la Administración posee sobre sus propios medios – estableciendo que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden

³⁰ Sobre los criterios para considerar a un determinado ente como medio instrumental de la Administración establecidos en la citada Sentencia del TJCE “Parking Brixen” vid.: Diana SANTIAGO IGLESIAS, “Comentario de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-58/03, Parking Brixen GmbH”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº. 15.2, 2006, págs. 173-181 y Miguel Ángel BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house”, cit., págs. 115 y ss.

conferirles encomiendas que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

En último lugar, el inciso final del artículo 24.6 de la LCSP establece que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios que se acaban de exponer deberá reconocerse expresamente por la norma de creación o por sus estatutos que tendrán que determinar las entidades respecto de las que tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, se les pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Así pues, a efectos de la consideración de un determinado ente como medio propio de una Administración, la LCSP no sólo recoge los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia analizados en el apartado anterior, sino que, además, añade una serie de especificaciones que los endurece como, por ejemplo, la exigencia de que reconozcan expresamente en sus estatutos o en su norma de creación su condición de medio propio y una serie de precisiones relativas al régimen de encomiendas que se les podrían conferir.

III.2. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Para determinar si las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales tienen naturaleza jurídica pública o privada, en el presente apartado, se estudiará la evolución de este tema en la literatura jurídica española, en la cual, como se expondrá, se pueden distinguir netamente dos etapas diferentes.

III.2.1. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En un primer momento, la doctrina española admitió la posibilidad de que las empresas de economía mixta pudiesen tener forma y naturaleza jurídico-pública o forma y naturaleza jurídico-privada. Así, Gallego y Burín, al analizar la regulación de las sociedades de economía mixta contenida en la Ley de Régimen Local en ese momento vigente, afirmó que "la Empresa mixta no se define

en ningún texto legal, mercantil ni administrativo. Concretamente, en cuanto a la inserción de esta figura jurídica en la Administración local, nada nos aclara sobre su naturaleza justa la legislación orgánica de este Ramo.

De dicha legislación deducimos lo siguiente:

1º No basta la utilización de la palabra Empresa para concluir forzosamente que haya de tener tal Entidad carácter mercantil [...].

3º Las finalidades de la Empresa mixta (expresión que no obliga por sí a someterse forzosamente, y totalmente al menos, a la legislación comercial) se cumplen con que tenga un órgano especial de gestión (que puede ser análogo, no similar, al de los Servicios de gestión directa que regula el artículo 173), una economía mixta, es decir, aportaciones de la Corporación y de otras Entidades o de los particulares, y una delegación de la personalidad del Ente local que le reconozca capacidad jurídica suficiente, en los Estatutos o Reglamentos correspondientes, que puede comprender la facultad de emitir Deuda, como la Corporación, para dar forma a la aportación ajena³¹.

En esta misma línea, Gascón y Marín, al abordar el tema de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, ya había señalado ambas posibilidades, manifestando, no obstante, cierta preferencia por la adopción, a la hora de crear este tipo de entes, de formas de personificación jurídico-pública³².

Por tanto, a pesar de que en la doctrina tradicional no existía un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, tenían cierta relevancia las posturas sostenidas por aquellos que las consideraban entes públicos.

III.2.2. LA CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

A partir de mediados de los años 50, en los textos doctrinales³³ y en la

³¹ Vid. Alberto GALLEGO Y BURÍN, *Formas de gestión administrativas y mercantiles*, tomo II, Gráficas F. Martínez- Barrafón, 1952, págs. 138-139.

³² En este sentido, señala que “como sistemas intermedios figura el de compartir la propiedad el estado y los particulares, estableciendo sociedades de economía mixta; la propiedad está distribuida entre el Estado y otras colectividades o accionistas. Las modalidades de este régimen son muy diversas, pudiendo utilizarse *incluso formas jurídicas del derecho privado* (sociedades de responsabilidad limitada), en las que las acciones pertenezcan en parte a entidades públicas y en parte a particulares o a diversas entidades públicas (Estado y Municipios), y los puestos del Consejo de Administración distribuidos en relación con la aportación de cada elemento” (la cursiva no es original), (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 239).

³³ Así, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS señala que “el Estado adopta la forma social por ser más apta para contener la acción intervencionista y por ser la que permite la flexibilidad comercial sin las lentitudes burocráticas. Lo que no hay que confundir es el aspecto económico y el jurídico; desde el primer punto de vista, no hay duda de que el Derecho público predomina, pero no así en el segundo.

jurisprudencia³⁴ se fue imponiendo, desde el punto de vista de la forma ju-

Por ello las sociedades de economía mixta son personas jurídicas de Derecho privado, y, por esto sometidas al mismo, a la quiebra, etcétera. Es claro que todas las normas de las sociedades no se les podrá aplicar, pero estas derogaciones no desnaturalizan a la institución... Las derogaciones vienen por la naturaleza de uno de sus socios: la Administración pública ("Aspectos de la Administración económica", cit., pág. 61).

En el mismo sentido se han pronunciado autores como André de LAUBADÈRE al afirmar que "le premier caractère de la société d'économie mixte qu'il convienne de mettre en relief est sa nature de personne morale de droit privé et plus spécialement de société. Quels que soient en effet, comme on va le voir, le caractère généralement fictif de cet habillage de droit privé et les dérogations apportés dans son cas au droit commun commercial, la nature de société de droit privé, issue de la forme même adoptée, est certaine et entraîne naturellement de très importantes conséquences juridiques que l'on peut résumer ainsi: dans toute la mesure où il n'y est pas dérogé par des textes. C'est la législation et le droit des sociétés qui régissent la société d'économie mixte et son fonctionnement" (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1971, pág. 572).

Por su parte, José GIRÓN TENA dice que "la posición exacta es la de ASQUINI. Este autor dice que no hay duda de que cuando el Estado ejercita una empresa mercantil bajo la forma de Sociedad, da lugar al nacimiento de una persona jurídica comercial, la cual queda sujeta al Estatuto común de las sociedades mercantiles. Las especialidades sólo deben servir para pensar en la conveniencia de incluir en la legislación de Sociedades la categoría de sociedades de interés nacional, a fin de darles una disciplina más adecuada que la que rige las Sociedades Anónimas ordinarias. Esta posición es indudablemente exacta, ya que, si el Estado se vale de las normas privadas ordinarias gozando de poder legislativo, no es posible, sin violencia, interpretar de otro modo su decisión de participar en Sociedades comerciales [...].

En principio, pues, lo no previsto en la ley de constitución (si existe), y salvo disposición en contrario, se ha de llenar con el Derecho privado de Sociedades" (*Las Sociedades de Economía Mixta*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Victoria, Madrid, 1943, pág.166).

³⁴ En el Considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987 se declara que "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 las 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...".

Asimismo, en el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, se niega la naturaleza pública de las sociedades de economía mixta cuando se dice que "las entidades del tipo de la actora son entidades «de» las administraciones públicas por la elemental consideración de que no ostentan funciones que impliquen el ejercicio de autoridad pública, como expresamente reconoce para las sociedades mercantiles estatales la disposición adicional décimo segunda de la Ley 6/97 de 14 de abril, y, de modo negativo, para el ámbito local, en el artículo tercero de la Ley 7/85 de 2 de abril. El hecho de que se gestione un servicio público, el de aguas, como alega el recurrente, no las convierte en «Administraciones públicas», como tampoco lo es el concesionario, salvo en aspectos puntuales referentes al régimen jurídico de los actos que inciden en ese servicio público".

rídica, la concepción de las sociedades de economía mixta como personas jurídico-privadas.

Desde la óptica del régimen jurídico, a estas sociedades, en cuanto personas jurídico-privadas, se les aplicaría el Derecho mercantil. No obstante, el hecho de que uno de sus socios sea una Administración pública, determinaría que a las mismas se le aplicasen también normas de Derecho administrativo³⁵.

En este sentido, Langle y Rubio señala que "es difícil que el Estado se adapte íntegramente a la disciplina dada por el Dro. Privado (sic) a ese tipo de sociedad merc. (sic), porque aun en este caso persigue fines de utilidad pública y porque no renuncia por completo al "ius imperii", ni puede igualarse en todo a los accionistas privados. Son necesarias, por tanto, reglas especiales: ellas habrán de fijar las derogaciones concretas del régimen normal de la s. a., el grado de predominio de la entidad pública participante. Bien se considere esta institución como una penetración o influencia del Dro. Público en el Dro. Privado, bien como un ensanche del campo de aplicación del Dro. Privado (que traslada sus instituciones a otras zonas), es lo cierto que en ella se intenta armonizar intereses públicos y privados, por lo cual hacen falta normas de equilibrio. Conservando en lo fundamental la estructura y organización de la s. a., se habrán de estudiar con criterio realista las variantes a introducir en su constitución y funcionamiento"³⁶.

Por tanto, en la actualidad y desde los años cincuenta, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar la naturaleza jurídica privada de las sociedades de economía mixta.

III.3. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

³⁵ En este sentido, Francisco LLISSET BORRELL considera que el hecho de que "existan aspectos de Derecho público a los que han de someterse las Sociedades de ente público no repugna a su naturaleza jurídico-privada" ("Las sociedades privadas de los entes locales", cit., pág. 620). En el mismo sentido se pronuncian otros autores de la doctrina moderna como Georges RIPERT y René ROBLOT cuando dicen que "la société d'économie mixte est une société commerciale soumise en principe à la compétence des tribunaux judiciaires. En tant que personne morale de droit privé, elle peut faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Mais, il n'est pas toujours possible de contenir le régime juridique de son activité dans les limites du droit privé" (*Traité de Droit Commercial*, Michel GERMAIN (dir.), Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2002, pág. 195).

³⁶ Vid. Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 622. En este sentido, Maurice HAURIUO ya había señalado, a propósito del estudio de la Société National des Chemins de Fer, las múltiples derogaciones que el Derecho privado sufre en su aplicación a este tipo de entes (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, págs. 554-559).

Por una parte, en relación con la posible naturaleza instrumental de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales, hay que señalar que, a la luz de jurisprudencia comunitaria y del Derecho interno, la determinación de si una determinada sociedad es o no medio instrumental de una Administración debe partir del análisis de cada caso en concreto para verificar si se cumplen los requisitos anteriormente expuestos.

En el caso de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales se puede afirmar que, en ningún caso, podrán tener la consideración de medio instrumental propio de la Administración titular del servicio, bastando para justificar dicha afirmación el hecho de que cuenten siempre y, por definición, con participación privada en su accionariado. Así, carece de relevancia, de acuerdo con la literalidad de la LCSP y con la opinión del Tribunal de Justicia, el hecho de que en ellas se verifique el requisito del control análogo de la Administración sobre la sociedad – tal y como puede ocurrir en sociedades participadas mayoritariamente por dicha Administración o controladas por la Administración de manera efectiva, por ejemplo, como consecuencia del establecimiento de potestades exorbitantes a favor de la Administración-socio – o el hecho de que realicen la parte esencial de su actividad para la Administración titular del servicio de que se trate.

Por otra parte, respecto de la naturaleza jurídica pública o privada de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales hay que recordar que la naturaleza jurídica de los entes instrumentales depende directamente de la forma en que estos se constituyan, es decir, si un ente instrumental es creado a través de un instrumento de Derecho administrativo como, por ejemplo, una ley, un reglamento o un convenio de colaboración interadministrativo³⁷, tendrá naturaleza jurídico-pública, mientras que si es creado a través de un instrumento de Derecho privado, como un contrato, civil o mercantil, tendrá naturaleza jurídica-privada³⁸.

³⁷ Sobre este instrumento jurídico, en España, vid. José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Sobre esta figura y su papel en el Derecho italiano, vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, cit. y sobre una posible adaptación de dicha regulación al sistema español, vid.: Marcos ALMEIDA CERREDA "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", *Revista de Administración Pública*, nº. 163, págs. 389 y ss. y "Los acuerdos de programa en el Derecho Local italiano", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº. 294-295, págs. 247 y ss.

³⁸ En Italia, en la última década, el tema de la naturaleza jurídica, pública o privada, de las sociedades de economía mixta ha sido objeto de estudio por la doctrina y, sobre todo, de debate ante los órganos jurisdiccionales. Sin ánimo de exhaustividad, y con el exclusivo fin de proporcionar una visión global de la situación en Italia, este intrincado asunto se puede sintetizar del siguiente modo.

En el caso de las sociedades de economía mixta, lo que sucede es que la Administración, ante el fracaso en la utilización de algunos de los instrumentos de los que ha dispuesto tradicionalmente para la gestión de sus servicios públicos en colaboración con los particulares, toma del Derecho privado la fórmula societaria, al considerarla un instrumento adecuado para este fin³⁹.

En primer lugar, hay que señalar que, en el ámbito de la jurisdicción administrativa, se ha defendido la naturaleza substancialmente pública de las sociedades con participación mayoritariamente pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, de 7 de noviembre de 2000), pese a su aspecto formalmente privado. En este sentido, de modo explícito el Consiglio di Stato ha dicho que “devono considerarsi enti pubblici anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute ad operare come pubbliche amministrazioni [...] nella considerazione dell’evoluzione della nozione di pubblica amministrazione [...] non ai regimi giuridico formale cui gli enti sottostanno quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l’attività e la funzione” (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 5830, de 17 de octubre de 2005). Esta idea había sido formulada una década antes por la doctrina. Así, en este sentido, vid. Giampaolo ROSSI, *Gli Enti Pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991. La profundización en esta línea argumental – a través del examen de la actividad y las funciones, de naturaleza pública, que desarrollan las sociedades de economía mixta mayoritariamente públicas y del estudio de su estructura y de su funcionamiento (poderes especiales, control público, etc...) –, ha llevado a la aplicación por parte de los tribunales administrativos italianos de normas de naturaleza pública a las sociedades de capital mayoritariamente público (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, de 7 de noviembre de 2000 y Cons. Stato, Sez. IV, nº. 315, de 21 de diciembre de 2004).

En consecuencia, y en virtud de una clara influencia del Derecho Comunitario (cfr. Claudio MIGNONE, “Il controllo della Corte dei Conti sull’impresa pubblica in forma privata”, *Studi in onore di Victor Uckmar*, tomo II, Cedam, Padova, 1997, pág. 912) en Italia se ha incluido a las sociedades con participación pública prevalente en la categoría de organismos de Derecho público, y, en virtud, de este hecho se les ha extendido la disciplina pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 2724, de 4 de junio de 2002). De este modo, ha comenzado a perfilarse para ellas “una disciplina especial” que deroga la contenida en el Código Civil. Y ello porque, de acuerdo con el Consiglio di Stato, estas sociedades, mientras sean de propiedad mayoritariamente pública, no podrán pretender ser ni actuar como las demás sociedades mercantiles (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 498, de 20 de mayo de 1995).

Esta disciplina especial se concreta en la aplicación a las mismas, entre otras, de las normas de contratación pública (Codice degli Appalti), e incluso del derecho de acceso a documentos públicos (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, nº. 5, de 5 de septiembre de 2005).

En segundo lugar, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por el contrario, en Italia esta calificación de las sociedades de economía mixta como entes públicos no ha sido admitida fácilmente. En un primer momento, la Corte di Cassazione entendió que “la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché [...] gli enti pubblici ne detengano le azioni” (SS. UU., nº. 7799, de 15 de abril de 2005). En consecuencia, este Tribunal defendió que en la medida en que no se prevean derogaciones a la disciplina común a las sociedades con participación pública a estas se les aplica el régimen general establecido en el Código Civil italiano. No obstante, con el paso del tiempo, primero con reticencia, y luego, de modo un poco más abierto, la Corte di Cassazione ha reconocido que ciertas sociedades por acciones constituyen instituciones públicas (SS. UU., nº. 9096, de 3 de mayo de 2005 y SS.UU., nº. 10443, de 23 de abril de 2008).

³⁹ Constituye este un perfecto ejemplo de cómo se ha generado el Derecho administrativo. Una institución preexistente, nacida en el seno del Derecho privado, es trasladada al ámbito del Ordenamiento jurídico-público, donde sufre las necesarias modulaciones para adaptarse a las características y a los principios que rigen este Ordenamiento. Así, tal y como señala Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “podemos entresacar un punto de referencia común, que es válido en toda su amplitud: la existencia de figuras e instituciones administrativas que se han construido, primero, y más tarde se han desarrollado sobre las líneas básicas que el Derecho privado les proporcionó. Se trata de un verdadero préstamo o traslado de estructuras, verdaderamente sustancial, y que no se reduce sólo,

Pero, una vez que una sociedad, que es un instrumento propio del Derecho mercantil, entra en la esfera pública su régimen jurídico – que está adaptado al mundo privado y que, en consecuencia, no se adecua perfectamente a los principios que rigen el funcionamiento de una Administración pública – sufre inexorablemente modificaciones. Dichas modificaciones en su régimen jurídico vienen determinadas, en primer lugar, porque el origen de las sociedades de economía mixta se halla en un contrato administrativo y porque uno de sus socios va a ser una Administración pública, lo que provoca la introducción de determinadas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades – como, por ejemplo, la posibilidad de que dicha Administración vete las decisiones del Consejo de Administración – y, en segundo lugar, porque existen una serie de normas imperativas de Derecho público que se aplican, en diferente medida, a todos los entes vinculados al sector público, lo que determina que se produzcan modificaciones en el régimen de personal o de contratación de estas sociedades⁴⁰.

En consecuencia, de acuerdo con lo que se acaba de explicar, se puede sostener que las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públi-

como Mayer opina, a la simple cesión de un nombre, circunstancia, al fin y al cabo exterior y sin consecuencias, reducida exclusivamente a la escueta aplicación de una expresión verbal.

[...] También del Derecho administrativo al Derecho civil se ha verificado el fenómeno análogo de cesión, de préstamo y traspaso de técnicas, e incluso de instituciones. Este fenómeno ha tenido, como era lógico, un ámbito más reducido; por supuesto, no tan amplio como el que hemos analizado. Ambas facetas, en definitiva, no constituyen sino una manifestación de la unidad intrínseca y sustancial del Derecho” (*El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 47-48 y 62).

Asimismo, sobre el nacimiento del Derecho administrativo español, vid. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006.

⁴⁰ En el Derecho portugués, las sociedades vinculadas a los Entes Locales, íntegramente públicas o mixtas, tienen un régimen jurídico propio, contenido en la Ley nº. 53-F/2006, de 29/12, por la que se aprueba el Régimen Jurídico del Sector Empresarial Local (RJSEL), que contiene importantes peculiaridades respecto de la disciplina general de las sociedades mercantiles, que se les aplica subsidiariamente (Pedro GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 14).

Así, Pedro GONÇALVES señala que “as empresas municipais constituídas nos termos da lei comercial são sociedades de regime especial. Ao contrário do que sucede em vários sistemas jurídicos estrangeiros, a autorização legal, conferida aos municípios, para o emprego de formas societárias não se consubstancia numa mera remissão para o direito comercial. [...] Neste ponto se revela, em termos nítidos, a natureza mista do regime jurídico a que as empresas municipais societárias ficam submetidas. Socorrendo-nos de uma nomenclatura da doutrina germânica, podemos considerá-lo um regime de direito societário administrativo: de facto, àquelas empresas aplica-se uma disciplina que mistura a regulação ordinária do CSC, que atende ao facto de se tratar de sociedades, com a regulação específica do RJSEL, que atende ao facto de se tratar de empresas societárias municipais” (*Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 89).

cos tienen una naturaleza jurídica privada⁴¹, pero un régimen jurídico mixto, público-privado: esencialmente de Derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de Derecho público⁴²

⁴¹ Así, en este sentido, en la doctrina italiana, a pesar del intenso debate suscitado sobre esta cuestión, no parece haber dudas sobre la naturaleza privada de las sociedades mixtas gestoras de servicios públicos locales. Vid.: Giuseppe PIPERATA, “Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali”, en *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Marco CAMMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 308-309; Guido CORSO, “La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato”, *Servizi Pubblici Locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffré, Milano, 1997, pág. 31 y Vittorio OTTAVIANO, “Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali”, *Rivista delle Società*, n.º. 44, vol. I, 1999, pág. 245.

⁴² En este sentido, Giuseppe PIPERATA señala que “in altri termini, le figure societarie introdotte dalla legge per la gestione dei servizi pubblici locali sono state considerate società di diritto privato a carattere speciale, in quanto soggette ad un regime differenziato e derogatorio appositamente previsto dal legislatore” (“Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali”, cit., págs. 308-309).

La gran cantidad de especialidades que las normas administrativas establecen ha suscitado también fuertes críticas por un sector de la doctrina que ha llegado a calificar este modelo como un “modelo societario sostancialmente insincero” (Renzo COSTI, “Servizi pubblici locali e società per azioni”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, I, pág. 800).