

Francisco
Sosa
Wagner

Catedrático de Derecho
Administrativo.

Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales

1. *Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público.*

Esta modalidad de gestión exige la creación de una sociedad “con financiación y predominio exclusivo de la Administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y fundacional y sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital”¹.

Las fuentes de su regulación hay que buscarlas en los preceptos de la LB (que se limita a citarla, art 85. 3 c); los preceptos del TR (especialmente, su art. 103); los del Reglamento de Servicios; las reglamentaciones propias de cada servicio; los preceptos del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones locales (en adelante, ROF) en materia de procedimiento y adopción de acuerdos; las leyes mercantiles relativas a las so-

ciudades anónimas y de responsabilidad limitada (básicamente las de 22 de diciembre de 1989 y 17 de julio de 1953, con las modificaciones introducidas por la ley 19/89, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación a las directivas comunitarias de la CEE).

Con la forma privada, el municipio excepciona la rigidez presupuestaria, las reglas de la contratación administrativa y las de selección del personal. El municipio ostenta el control de la empresa por la vía del nombramiento de los administradores y a través de la censura de cuentas². Rige igualmente el control financiero y de eficacia previsto en la ley de haciendas locales (artículos 201 y 202) y el interno efectuado por la propia empresa de acuerdo con las reglas de verificación contable contenidas en los artículos 203 y sgs de la ley de sociedades anónimas³. Por último, es de aplicación la responsabilidad de los administradores que regula ley de sociedades anónimas (arts 133 y sgs).

Es posible elegir entre la forma de sociedad anónima o la de responsabilidad limitada. La sociedad comanditaria, al exigir al menos dos socios, debe ser descartada en esta concreta forma de gestión de servicios. Las llamadas sociedades de capital riesgo no pueden ser utilizadas en esta modalidad de socio único ya que se exige siempre la presencia de más de un socio (cinco en el Decreto-ley de 14 de marzo de 1986 y más de uno en todo caso en la Orden de 26 de setiembre de 1986), aunque puede una empresa, al enumerar su objeto social, citar expresamente las operaciones de capital-riesgo como una más de sus actividades.

Estas sociedades son de fundación simultánea, con el municipio como único socio fundador (art. 14, 2 LSA), aunque también es posible la adquisición por la entidad local de las acciones o participaciones de una sociedad ya constituida con anterioridad, que puede hacerse por vías jurídico-privadas pero también por la vía expropiatoria. La Corporación interesada es la propietaria exclusiva del capital, que habrá de estar determinado y desembolsado por el ente público desde el momento de su constitución en una cuarta parte, por lo menos. Es posible la transmisión de acciones de acuerdo con el procedimiento que haya llevado a su creación si bien tales transmisiones habrán de hacerse siempre por subasta⁴.

La responsabilidad de la corporación se reduce estrictamente al capital que se aporta, lo que es consustancial con el régimen de este tipo de sociedades⁵. Es obligatoria la escritura pública y su contenido será el determinado en el art. 8 de la ley de sociedades anónimas.

Los Estatutos constituyen la norma básica de la vida interna de la sociedad por lo que deben fijar la competencia de cada uno de sus órganos, es decir, de la junta general, del consejo de administración y la gerencia y, además, la forma de designación y el funcionamiento de los dos últimos. Contendrán, además, la denominación de la entidad, el capital, su objeto y duración, el domicilio central y el número de acciones así como las posibles restricciones a su libre transmisibilidad.

El capital mínimo exigido es de diez millones de pesetas y las acciones de titularidad del Ayuntamiento son bienes patrimoniales, sujetos como tales al régimen jurídico propio de los mismos.

El objeto social se encuentra citado entre las determinaciones que deben contener los Estatutos y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado han insistido en que tal mención debe hacerse "en forma precisa y determinada, estableciendo con claridad su naturaleza pues es este el elemento esencial del contrato que permite, entre otras importantes funciones, fijar el límite de las atribuciones de los representantes de la sociedad" (así, entre otras, las de 5 de noviembre de 1956, 9 de febrero de 1979 y 4 de marzo de 1981).

La aprobación de los estatutos corresponde al Pleno del Ayuntamiento en sus funciones de junta general, no siendo necesario el voto reforzado del art. 47 LB que se refiere a la adopción del acuerdo sobre la forma de gestión. También corresponde al Pleno, como junta general, la modificación, cuando proceda, de los Estatutos, es decir y, de acuerdo con las previsiones mercantiles, cuando así lo entienda conveniente el accionista o lo pidan, mediante escrito, los administradores.

La junta general, órgano soberano, es el Pleno de la Corporación⁶, aunque el derecho al voto de los corporativos se regula y modula en la escritura social donde se permite determinar quiénes tienen derecho a emitir voto representando al capital social.

Las competencias de la junta se derivan de la legislación mercantil⁷ donde se contiene una lista de materias: modificaciones estatutarias, designación y revocación de administradores, exigencia de responsabilidad a los mismos, aumentos o reducciones de capital.

La junta se rige "en cuanto a procedimiento y adopción de acuerdos" por la LB y el ROF (art. 92. 1 RS) aunque no producen actos administrativos porque para que exista un acto de esta naturaleza es obligada la presencia de una Administración pública.

El consejo de administración, forma de órgano necesario, es nombrado por la junta general limitándose el número de corporativos que pueden formar parte del mismo hasta un máximo del tercio del propio Consejo⁸. La duración en el cargo está solo limitada por la duración del propio cargo de concejal o diputado provincial o por la concurrencia de causas de incapacidad o incompatibilidad. El mínimo de duración en el cargo es de dos años⁹.

El Consejo tiene plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil aunque son las normas estatutarias las que definen el ámbito de competencias del Consejo. La legislación mercantil confía a los administradores la representación de la sociedad y su ámbito se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Las retribuciones son fijadas por la junta general. Cuando el cargo de administrador recae en concejales, estos sólo pueden cobrar por participar en el consejo si no disfrutan del régimen de dedicación exclusiva, pues su percepción "es incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes" (art. 75, 1 LB).

El gerente, también órgano necesario, ostenta las atribuciones que los estatutos señalen aunque compartirá con el consejo de administración las facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa. Podrá ser un funcionario, si así se establece en los estatutos, o un contratado laboral.

Ha sido práctica registral frecuente la inscripción de sociedades municipales con un capital social constituido por la transferencia de bienes a las mismas de dominio público. Sin embargo, una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 12 de septiembre de 1985 ha cuestionado este modo de proceder. A mi juicio, más correcta parece la práctica de muchos estatutos de este tipo de sociedades que precisan que tales bienes, necesarios para el cumplimiento de sus fines, les son adscritos por las Administraciones titulares de los mismos, "conservando su calificación jurídica originaria" y correspondiendo tan sólo a la sociedad su utilización, administración, explotación y conservación. Y es que, en efecto, la sociedad puede ser titular de derechos reales no dominicales (un usufructo, la constitución de una servidumbre) y, en tal sentido, lo admite la nueva legislación de sociedades al establecer que "toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo" (art. 36.2).

En estas sociedades no hay presupuesto propiamente dicho sino previsiones de gastos e ingresos. Su aprobación corresponde a la junta general¹⁰ para pasar a integrarse en el presupuesto general de la entidad local sin el carácter limitativo propio de este¹¹.

2. La sociedad mixta. Referencia a las cooperativas y sociedades laborales.

A) La aplicación del derecho privado.

Prevista en el artículo 85. 4. e) LB que se refiere a la "sociedad mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local", se trata de una figura que permite excepcionar el régimen de contratación administrativa, el de personal y, además, modular el de contabilidad pública y el de fiscalización externa de cuentas.

Sin perjuicio de la aplicación básica del Derecho privado, el Ordenamiento jurídico-administrativo contiene algunas singularidades de su régimen y así en el acuerdo constitutivo de la sociedad, pueden establecerse las excepciones necesarias a la aplicación de la legislación societaria siempre que se refieran sólo a especialidades internas y se establezcan "sin perjuicio de tercero", es decir,

de los demás socios y “en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta o cooperativa”.

Pueden ser utilizadas las formas de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada; el problema se plantea, sin embargo, en relación con las sociedades comanditarias que suelen entenderse incompatibles con este tipo de sociedades porque la exclusión de la gestión social, típica del socio comanditario, se acomoda mal a la exigencia de la legislación local de obligar a la corporación a compartir dicha gestión y porque, además, rige el principio de responsabilidad ilimitada de las deudas sociales. Sin embargo, el razonamiento expuesto lo único que impide es que el municipio sea socio comanditario pero no que sea socio colectivo que es el que desempeña, en este tipo de sociedades, la dirección y la gestión social. Mayor consistencia ofrece el argumento de la responsabilidad ilimitada, que prohíbe el art. 105 TR y cuya aplicación conduciría a la responsabilidad de la propia entidad local.

Por lo que se refiere a las sociedades laborales¹², su ley reguladora (de 25 de abril de 1986) admite la participación en ellas de las entidades públicas modificando la regla general que afecta a este tipo de sociedades según la cual “ninguno de los socios podrá poseer acciones que representen más del veinticinco por ciento del capital social” (art. 18). Las entidades públicas pueden superar este tope y llegar hasta el cuarenta y nueve, con lo que se respeta la exigencia de que la participación de la corporación sea de la suficiente entidad para garantizarle “compartir la gestión social” pero sin que quede claro si, a su vez, este tope puede superarse en virtud de los mecanismos de transmisión de acciones previsto en el art. 8 de la ley.

Otro es el problema que suscitan las sociedades cooperativas admitidas como forma de gestión en la legislación local, según nos consta, como innovación de la LB. La ley general de cooperativas de 2 de abril de 1987¹³, sin embargo, no tiene muy presente a las entidades locales en su articulado aunque admite como socios “tanto a las personas físicas como a las jurídicas, públicas o privadas” (art. 29, 1 de la ley). En efecto, la condición de socio se limita a “las personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción y al

servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, dicción que entraña ya alguna dificultad para la utilización de esta forma por una Corporación local a menos que la misma viniera ya desarrollando una determinada actividad empresarial o económica. También cuando se refiere a los promotores, la ley habla de la "clase de explotación de que el promotor es titular" o de la "actividad profesional que ejerce" (art. 11. 2 de la ley). Aunque todo ello es cierto, estas dificultades no parecen insalvables porque está claramente expresada la referencia a las personas jurídico-públicas como posibles socios de la cooperativa salvo, como es lógico, aquellas pensadas exclusivamente para personas físicas, caso de las de trabajo asociado, de las de consumidores y usuarios o de las educativas¹⁴.

Es posible la participación de la entidad local como asociado o colaborador, pues aunque éste tiene limitada su participación en la gestión social ello no contradice el mandato de la legislación local que se limita a exigir que la participación de la corporación local sea suficiente para compartir la gestión social.

B) Creación

Es posible la creación de una sociedad mixta mediante la adquisición por el municipio de acciones o participaciones de una sociedad ya existente, a través del acuerdo con los titulares de acciones o participaciones sociales o, en su caso, mediante la compra del paquete de acciones en bolsa¹⁵. La competencia para decidir la ostenta el Pleno que adoptará el acuerdo con la mayoría cualificada del art. 47, 3 de la ley básica cuando se trate de operación cuya cuantía exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto (apartado g del citado precepto).

En segundo lugar, puede crearse una sociedad mixta mediante la participación en la fundación de la sociedad de la corporación local junto a otros sujetos privados. A tal efecto, los procedimientos admitidos son: la suscripción pública de acciones y el concurso de iniciativas.

La elaboración del "programa de fundación" corresponde al propio municipio cuando actúe, en el supuesto de fundación sucesiva de una sociedad anónima, co-

mo promotora. Aprobado dicho programa por la entidad local procede su depósito en la Comisión nacional del mercado de valores y en el Registro mercantil así como su publicación en el BOE; a continuación, tienen lugar las demás fases: suscripción de acciones, junta constituyente, otorgamiento de la escritura social y, por último, inscripción en el Registro mercantil. Por las dificultades de acomodación de esta fórmula a la legislación local parece que la Corporación local no puede actuar como simple suscriptora sino, en cualquier caso, como promotora. Es posible asimismo el "convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo" (art. 104.3 Reglamento de Servicios).

En estas sociedades mixtas, ya lo sabemos, el capital social sólo parcialmente pertenece al ente público local y podrá ser desembolsado en la forma que hoy autoriza el art. 12 de la ley de anónimas. La transmisión de acciones es posible así como imponer las restricciones a la libre transmisibilidad que admite el art.63 LSA¹⁷.

Se permite tanto la aportación dineraria como in natura por parte del ente local siempre que el bien aportado sea valorable, convertible en dinero y susceptible de ser llevado al balance. En los casos de aportación de bienes patrimoniales se impone el expediente de enajenación sin necesidad de subasta¹⁸. Cuando se trate de bienes de dominio público, me remito a lo dicho en la conferencia dedicada a las sociedades de capital íntegramente público.

El TR dice que "las entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión debidamente valorada..." ¿Qué se quiere decir con ello? A mi juicio, una concesión no puede ser objeto de aportación por el elemental argumento de que la concesión aparece únicamente cuando se ha instaurado una relación jurídica típica entre la Administración y un sujeto a favor del cual se ha creado un status. Sólo si éste sujeto existe, se ha instaurado ese específico modo de gestión; si por el contrario, este sujeto no existe, entonces no se ha trabado la relación concesional, que por su propia naturaleza requiere la presencia de dos personas.

Ahora bien, a la condición de concesionario se llega

por un determinado camino procedimental nunca por el atajo de crear una sociedad de economía mixta a la que se atribuiría la situación jurídica del concesionario porque, si así se obrara, se estaría produciendo una inadmisibile yuxtaposición de modos de gestión que el Ordenamiento ha querido diferenciar. Por tanto, la entidad local no puede “aportar” una concesión porque si existiera, ésta estaría atribuida ya a un concesionario. Tampoco puede “aportar” la concesión en el sentido de invertir a la empresa mixta con el status del concesionario porque para eso sería preciso seguir las reglas procedimentales contenidas en el RS.

Entonces ¿qué es lo que ha querido decir el legislador? A mi juicio, únicamente se admite la aportación de una antigua concesión que haya sido rescatada y que, por lo mismo, ya no es tal concesión sino una mera organización cuyo exacto valor económico se conoce por el expediente de justiprecio tramitado en el marco del procedimiento de “efectiva ejecución de actividades en régimen de monopolio” o, como se decía en la terminología antigua, del procedimiento de municipalización previo a la constitución de la sociedad mixta.

La corporación puede ostentar una situación privilegiada en la sociedad reservándose derechos propios de los fundadores o promotores por medio de las llamadas “cédulas o bonos de fundador”¹⁹ o acciones privilegiadas que le atribuyan un mayor dividendo, una mayor cuota liquidación; no, sin embargo, la percepción de un interés ni la atribución de un voto plural ni, por supuesto, la privación a las restantes acciones de los derechos mínimos inderogables establecidos por la legislación de sociedades.

Fuera de estas singularidades, la entidad local, en su posición de socio, no cuenta con especiales ventajas; sin embargo, tal como hemos visto, el art 104.2 TR admite que puedan establecerse “especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria”. Entre éstas pueden citarse, una relacionada con el principio de proporcionalidad entre participación en el capital y los derechos de voto de los accionistas, y otra referida al principio de separación entre socio y sociedad. Veamos cada una de ellas por separado.

En primer lugar, la contenida en el art 106.1 RS, a cuyo tenor en los Estatutos sociales podrá fijarse que “el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción de capital con que participare en la empresa” (lo que estaría en consonancia con el contenido del art.105,2 de la ley de anónimas), salvo los cinco años anteriores al fijado para su extinción, época para la que deberá establecerse que el número de votos de la entidad local sea igual o superior al que le corresponde según su participación en el capital²⁰.

En segundo lugar, el art 224.1 del Reglamento de organización y régimen jurídico de las Corporaciones locales señala que “cuando la entidad local explote una industria o empresa como persona jurídica de derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios”, lógicamente a la sociedad no a la entidad local. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1982, aunque existe también la responsabilidad en que puedan incurrir las personas que hayan sido designadas para representar a la entidad local en los órganos sociales quienes responderán cuando sigan sus instrucciones (analogía con el art. 121.2 LEF)²¹.

C) *Especialidades orgánicas.*

En estas sociedades mixtas, la representación que ostentan en su Junta general los representantes de la entidad local responde al régimen de representación legal propio de las personas jurídicas²². En cuanto al régimen de adopción de acuerdos, hay que tener en cuenta que en los Estatutos de las sociedades mixtas podrá establecerse que determinados acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la sociedad deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos, siempre que la legislación societaria aplicable a las mismas lo permita, lo que es el caso pues los quorums y mayorías legales pueden aumentarse con tal de que no quede desvirtuado el principio mayoritario (art.103,3 de la ley de anónimas)²³.

El Consejo de Administración es órgano cuya existencia deriva de lo previsto en el artículo 108 del Reglamento de Servicios²⁴.

Un problema clásico es el relativo a si el ente local puede dar instrucciones u órdenes a los consejeros. Creo que difícilmente se va a impedir que existan este tipo de relaciones directas, como corrobora, para el Estado, el art.101,2 de la ley del Patrimonio del Estado, que expresamente concede dicha facultad al Ministerio de Hacienda, al que a su vez se le atribuye el ejercicio de los derechos de socio.

Los consejeros son nombrados por la entidad local en la proporción de un cincuenta por ciento entre los miembros que la constituyan y los técnicos. Los acuerdos se adoptan por mayoría de votos, excepto lo previsto en el art. 107 del Reglamento de Servicios.

El gerente, órgano de carácter obligatorio, comparte con el Consejo de Administración las facultades de dirección y ejecución de la empresa correspondiendo a los Estatutos la precisión acerca de sus competencias y su forma de actuar, siempre en el marco de la legislación mercantil. Es órgano unipersonal cuyo nombramiento corresponde al Consejo de Administración, porque esta función no aparece entre las atribuidas a la Junta general. Deberá el nombramiento recaer en cualquier caso en persona especializada por lo que el cargo tiene un carácter técnico. La duda que suscita la configuración del Gerente como órgano social o simple apoderado debe resolverse en el sentido de su carácter de órgano pues así viene definido, para las sociedades íntegramente públicas, en el propio art. 90 RS²⁵. No existe en nuestro Ordenamiento la figura del Director general de la sociedad anónima aunque se da con frecuencia en la práctica al recogerla muchos Estatutos²⁶.

D) Los programas de actuación, inversiones y financiación.

Se incluyen como anexos del presupuesto general de la entidad pública, siempre que la participación de la entidad local sea mayoritaria. Las previsiones de estos programas no tienen el carácter limitativo propio de los presupuestos de las administraciones públicas. Su contenido implica tan sólo la aceptación de unos compromisos que serán de especial utilidad a la hora del ejercicio del control sobre la empresa. Estos programas comprenden el es-

tado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio; el estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones que hayan de ser recibidas de la propia entidad local o de sus organismos autónomos; la relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas a generar y memoria de las actividades que vayan a realizarse (art.114 del Reglamento aprobado por Decreto 500/30).

La formación de estos programas no excluye la obligación de las sociedades cuyo capital se encuentre mayoritariamente en manos públicas de remitir anualmente sus previsiones de gastos e ingresos, que deben incorporarse asimismo al presupuesto general de la entidad local, tal como ordena el art.149,3 y 4 de la ley de Haciendas locales.

La contabilidad de estas sociedades mercantiles será prácticamente la misma que la de cualquier sociedad mercantil privada no siéndoles por consiguiente de aplicación la Instrucción de contabilidad (aprobada por Orden de 17 de julio de 1990). La inspección de su contabilidad parece que se hará por la intervención de la entidad local (el art.185,2 de la ley de Haciendas se refiere a las "sociedades mercantiles dependientes de la entidad local"). Sí parece claro, en cambio, el sometimiento de estas sociedades a los controles financiero y de eficacia, que se refieren a la comprobación del funcionamiento de los aspectos económico-financieros de las sociedades y al análisis del cumplimiento de sus objetivos así como al control general del Tribunal de Cuentas.

E) *Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión.*

La disolución procede en los términos de la legislación mercantil. El Tribunal Supremo ha dicho en la sentencia de 24 de marzo de 1987 que "el Ayuntamiento carece de potestad para disolver, por sí mismo y por propia autoridad, una sociedad anónima en la que participa como socio, aunque se trate de una empresa mixta, porque para ello ha de acudir al acuerdo de la Junta general o a una resolución judicial, según establece el art 152 de la LSA..."

En la legislación local existe, además, la singularidad que deriva de la existencia del tope máximo de cincuenta

años. Cuando este plazo expira, revierte a la entidad local todo el activo y pasivo así como las instalaciones, bienes y material de la empresa. No parece que pueda aplicarse a la sociedad mixta el sistema del rescate pero sí la rescisión del contrato, previsión que ha de ser necesariamente consignada.

Por último, el capital privado presente en la sociedad debe quedar amortizado durante el período de vigencia de la sociedad por lo que no existe, en puridad, el llamado derecho a la cuota de liquidación²⁷. 

Notas

¹ Son las llamadas sociedades de un solo socio, lo que parece, a juicio de Albi, Tratado... cit. , páginas 347 y sgs, una *contradictio in adjecto* "porque es notorio que la pluralidad de elementos personales constituye precisamente la nota esencial de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza" [pero] una realidad por diversas razones de conveniencia que la legislación y la doctrina admiten". Con posterioridad a las obras que sobre este asunto cita Albi, puede verse Alonso Ureba, La sociedad unipersonal, en el vol. col. La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, páginas 217 y sgs. La existencia de sociedades que devienen de un solo socio está admitida igualmente en el caso de personas privadas. No me resisto a dar cuenta aquí de la excelente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990 en la que se contienen las siguientes afirmaciones (hechas, por cierto, con infrecuente buena pluma): "de ello cabe deducir que la reunión en la misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio, no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal que constituirá, probablemente, una *"contradictio in terminis"* pero no una *"contradictio in substantia"*. La pluralidad de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa pero no es una condición de subsistencia del ente que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines queda independizada de sus miembros... La personalidad jurídica como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación no se pone en entredicho por la *reductio ad unum*... ". Y más adelante: "la reunión en una sola mano de todas las acciones no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que atañen a intereses de terceros si-

no de las que disciplinan la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos legales y procedimentales relativos a la toma de decisiones y acuerdos”.

² En aquellas Comunidades autónomas que dispongan de órganos fiscalizadores parecidos al Tribunal de Cuentas del Estado y que son las de Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco se ha planteado el problema de la posibilidad de un doble control (estatal y autonómico) de las Corporaciones locales pues en el concepto de “sector público” (contenido en los arts 136 CE y 1 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982) se incluyen las empresas públicas (art. 4, 1 f de la ley orgánica citada). No existen criterios claros ni en esta norma orgánica ni en la posterior ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988, acerca de la articulación de competencias entre los Tribunales de Cuentas estatal y autonómicos, confusión que mantiene el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 17 de octubre de 1988 (sobre la ley catalana de Sindicatura de Cuentas) y de 31 de enero de 1991 (sobre la ley gallega del Consejo de Cuentas). Según este alto Tribunal se acomoda al reparto constitucional de competencias la existencia de un doble control (estatal y autonómico) sobre la actividad económica de las corporaciones locales y de sus organizaciones instrumentales. Una buena solución para que el sistema simplemente no funcione.

³ Y que ha generado una amplia bibliografía entre los mercantilistas. En tal sentido, Broseta, Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la ley de sociedades anónimas y sobre la verificación contable en el Código de comercio en el Homenaje a Uría, 1 978, páginas 59 y sgs y Vicent Chuliá, Las cuentas anuales en el vol. col. La reforma de la ley de sociedades anónimas, Madrid, 1 987, páginas 225 y sgs. En el Ordenamiento federal alemán disponen los municipios de un derecho a elegir entre distintas modalidades de control, bien estrictamente mercantiles o más propiamente públicas. Véanse los comentarios al art. 162 del *Rechnungslegung und Prufung der Aktiengesellschaft*, Handkommentar de Adler-Durig y Schmalt, edición de 1 983. En Italia, un análisis no estrictamente jurídico, pero de interés se contiene en el libro de Nibale, *L'efficienza economica nelle aziende pubbliche*, Milano, 1 978. Véase asimismo el trabajo de Andreani, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici* (y las referencias bibliográficas en él contenidas) en la *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 1 989, páginas 17 y sgs e id. *Profili giuridici del controllo interno degli enti pubblici*, en la *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 1987, páginas 1038 y sgs.

⁴ Hoy, además, con la intervención de la Comisión nacional del mercado de valores de acuerdo con lo establecido en el art. 61 de su ley reguladora.

⁵ Es preciso recordar de nuevo la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990 a cuyo tenor “la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura cor-

porativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación –poco importa si a cargo de uno o de muchos socios– de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A los terceros –y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros– les resulta del todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos... desde el punto de vista del derecho positivo, la confirmación de este razonamiento se halla en la ausencia de una norma que imponga al socio único la sanción de la responsabilidad ilimitada”.

⁶ Sin que en modo alguno puedan confundirse. En tal sentido es sumamente expresiva la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1989.

⁷ Al contrario de lo que ocurre en el RS donde se recoge una enumeración (art. 92, 2; no así en el PRS): nombrar al consejo de administración, fijar la remuneración de los consejeros, modificar los estatutos, aumentar o disminuir el capital, emitir obligaciones, aprobar el inventario y el balance anual.

Albi denunció tempranamente que un exceso de atribuciones de la junta general (es decir, del Pleno) acarrearía la negación misma de la forma autónoma de gestión que la sociedad local supone, Tratado... cit. pags 372 y sgs.

⁸ No puede el número de consejeros exceder de cinco en los municipios de población inferior a veinte mil habitantes ni de nueve en los de población superior según el art. 73 RS al que se remite el 93, 2 del mismo texto reglamentario.

⁹ Albi explica así esta regla del Reglamento: “este criterio de la revocabilidad ad nutum de los administradores se mantiene inalterablemente en todas las legislaciones mercantiles de todos los tiempos... Nosotros, al considerar el problema para la redacción del Reglamento, estimamos que el mismo debería apartarse, radicalmente, de la orientación tradicional, la cual, al aplicarse al pie de la letra a la empresa municipal o provincial, dejaría al consejo totalmente a merced de la corporación interesada y, por ende, convertiría a la empresa en una verdadera *régie* con órgano especial...”, véase Tratado... cit. página 379. En contra, sin ofrecer razones convincentes, Alonso Ureba, La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales, en el vol. col. Tratado de Derecho Municipal, tomo II, Madrid, 1988, página 1359. En la actualidad y por lo que se refiere a la afirmación de Albi, es preciso señalar que en el derecho alemán se exige para la destitución de los administradores en las sociedades privadas “*ein wichtiger Grund*”, véase el libro de López Medrano, La separación de los administradores en la sociedad anónima, Barcelona, 1985. Matiza la libre revocabilidad en el derecho italiano, Andreani, La responsabilidad... cit. págs 56 y sgs.

¹⁰ Conservan su independencia, como es lógico, respecto del de la entidad local. La Corporación se reserva, no obstante y en los

términos que ya conocemos, el control y la fiscalización interna (arts 147. 3, 149. 3; 185, 190 y 201 de la LHL).

¹¹ La técnica de la "integración" es una aplicación al ámbito que nos ocupa de la previsión contenida en el art. 134 CE a cuyo tenor es obligatoria la inclusión de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal en los presupuestos generales del Estado. De esta concepción deriva pues el art. 143 Ley de Haciendas locales. También, para el ámbito del Estado, los arts 48 y 50 de la ley general presupuestaria.

¹² Sobre las sociedades anónimas laborales, véase Serra Mallol-Cano Rico, *Las sociedades anónimas laborales*, Madrid, 1987 y Vega Vega, *Sociedades anónimas laborales: régimen jurídico*, Cáceres, la segunda edic. es de 1987.

¹³ Que por cierto convive en el Ordenamiento con normas autonómicas ya que algunas Comunidades autónomas ostentan competencias exclusivas en materia de cooperativas situadas en su territorio y en relación con las operaciones realizadas dentro de ella con sus socios (es así como ha entendido dicha competencia exclusiva la sentencia del TC de 29 de julio de 1983 en relación con el País Vasco, lo que vale asimismo para Cataluña, Andalucía y Comunidad valenciana que, en efecto, han dictado sus propias leyes) por lo que en ellas la norma estatal será supletoria en virtud del principio contenido en el art. 149, 3 CE. Las demás Comunidades autónomas ostentan tan sólo facultades de desarrollo reglamentario y ejecución.

¹⁴ Algún autor ha visto la mayor dificultad en el régimen de responsabilidad de los socios al ser estos responsables subsidiarios y sin límite de responsabilidad. En tal sentido, Alonso Ureba, en *La sociedad mercantil*. . . *Ioc. cit*, pag. 1317 y sgs. Sin embargo, ello olvida el principio (contenido en el art. 71 de la ley general de cooperativas) de no responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, salvo disposición contraria de los Estatutos. Vicent Chuliá es el autor que más detenidamente ha estudiado el régimen de las cooperativas en nuestro Derecho. Véase, entre otros trabajos, *El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974 en Est. Coop.*, 1975, números 36-38 así como *El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa en Rev. Jur. de Cataluña*, 1979, páginas 869 y sgs. Ahora también en la tercera edición de su *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, 1990, páginas 206 y sgs.

¹⁵ A la que será de aplicación el régimen contenido en la ley del mercado de valores de 28 de julio de 1988. No parece, sin embargo, que pueda ser de aplicación el actual régimen de ofertas públicas de adquisición (OPAs) toda vez que el Decreto de 26 de julio de 1991 cita entre los supuestos excluidos "aquellos que se realicen de conformidad con la ley de expropiación forzosa, y las demás que resulten del ejercicio por las autoridades competentes de facultades de derecho público previstas en la normativa vigente" (art. 4 b). Es preciso añadir que cosa bien distinta es que la entidad local adquiera en Bolsa acciones no con el fin de constituir una sociedad mixta sino con la finalidad de obtener unas rentas derivadas de la percepción de dividendos. Junto a la adquisición

en Bolsa, cabe igualmente la expropiación de acciones. En el caso del convenio o acuerdo con los titulares de acciones o participaciones, es justamente en él donde deben regularse las peculiaridades que en la vida de la sociedad sea necesario introducir como consecuencia de la presencia en ella de la entidad local. Si tal acuerdo no existe o hay en él lagunas, es preciso estar a lo dispuesto en el art. 105 del Reglamento de Servicios según el cual seguirán en vigor sus Estatutos "si ello es posible" aun cuando la Junta general podrá modificarlos.

¹⁶ Admitida por Albi cuando escribe: "esta modalidad de expropiación parcial, que el Reglamento no puntualiza exactamente, puede semejar dudosa al primer golpe de vista, pero un examen cuidadoso de la cuestión nos demostrará su posibilidad legal. Cabe, indudablemente, que a la Administración le interese intervenir parcialmente en una empresa ya constituida con carácter privado. Si no hay acuerdo con los interesados, no vemos inconveniente en que la Corporación, previo cumplimiento del trámite municipalizador, se haga cargo, en forma coactiva, de aquella parte del capital que considere necesario para sus fines", Tratado... loc. cit. , pág. 41.

¹⁷ Por todos, Broseta, Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, Madrid, 1964 (hay una segunda edición de 1985). En la práctica de las sociedades locales y en lo que he podido comprobar, las acciones son generalmente nominales.

¹⁸ Como ha defendido la mejor doctrina mercantilista, así, Duque, La sociedad privada municipal, Revista de Estudios de la Vida local, 1973, págs 57 y sgs.

¹⁹ Que incluirían "derechos especiales de contenido económico" en los términos del art.11,1 LSA, cuyo valor en conjunto no puede exceder el diez por ciento de los beneficios netos según balance una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período de diez años. Véase Otero Lastres, Las ventajas particulares en la fundación de las sociedades anónimas en Rev. Der. Mercantil, 1978, págs 7 y sgs.

²⁰ La legalidad de esta última posibilidad—es decir, la de disponer de un voto superior al derivado de la participación en el capital— ha sido cuestionada por Garrigues-Uría, Comentarios... cit. pag. 439 pues supone la creación de acciones de voto plural, expresamente prohibidas por la legislación mercantil, como hemos visto. Alonso Ureba entiende acertadamente, a mi juicio, que "el art.38 LSA, bajo la denominación de acciones de voto plural ha querido prohibir sin excepción cualquier combinación que directa o indirectamente rompa el principio de proporcionalidad entre la participación de capital y el derecho al voto, de forma que el artículo 106,1 RS habría configurado una importante especialidad respecto del derecho de sociedades anónimas. Sin embargo, se plantea aquí un problema de jerarquía de normas pues en la anteriormente vigente LRL no se preveía nada al respecto y entendemos que un reglamento no puede modificar la LSA. Resulta además significativo en este sentido el hecho de que en la nueva normativa local, concretamente en la LB y en el TR tampoco se prevé nada al

respecto, de modo que no existe precepto paralelo al artículo 106, 1 RS... “, La sociedad mercantil... cit. pág. 1348.

²¹ Aunque no es fácil, como ha señalado Alonso Ureba en *La sociedad mercantil ... cit.* pag. 1349, configurar una acción directa de los terceros frente a la entidad local, cuando existe una persona jurídica perfectamente diferenciada por medio y cuando uno de los objetivos de la actuación a través de sociedades es justamente el de configurar reglas especiales de responsabilidad. Igual ocurre en el Derecho alemán, véase Ossenbühl, *Daseinsvorsorge und Verwaltungs Privatrecht in Die off. Verwaltung*, 1971, pags 513 y sgs.

²² Por cierto que las restricciones o limitaciones derivadas del antiguo art. 60 LSA, aplicadas sólo a la representación voluntaria (y dirigidas contra los bancos), han desaparecido, lo que ha sido saludado positivamente por la doctrina que ha resaltado el “realismo” de la solución, así Broseta, *Manual...cit.*, pág.262.

²³ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1979 se enfrenta al problema de la constitución de las juntas generales de las empresas mixtas cuando existe una voluntad obstruccionista por parte de los socios privados permitiendo la asistencia de un solo socio, sin perjuicio de los supuestos de quorums especiales, que no se planteaban en el supuesto al que la citada Resolución se enfrenta.

²⁴ Y en la legislación autonómica: art.37 del estatuto de la empresa pública catalana y 66 de la ley de administración institucional de Madrid.

²⁵ Albi admite el posible nombramiento, además, de delegados y mandatarios siempre que no lo prohiban los Estatutos y que sus funciones se acomoden a las previstas en las normas mercantiles, véase *Tratado...cit.* pag 382; en tal sentido, véase el art.141 LSA. Para la distinción entre delegación de facultades y simple apoderamiento, escurridiza y confusa en la práctica, véase Iglesias Prada, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971 y Rodríguez Artigas, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración (la delegación en el órgano administrativo de la sociedad anónima)*, Madrid, 1971.

²⁶ Y referirse a ella expresamente el artículo 95 (y, correlativamente, 105 y 106) de la ley del mercado de valores que los define como “aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo”.

²⁷ Por otro lado, es muy dudoso que siga en vigor el art. 112 RS dado el sistema instaurado por el art. 86 LB y el art. 97 TR.