

UN MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA NA XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS: AS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA¹

Diana Santiago Iglesias

Profesora axudante doutor
Universidade de Santiago de Compostela

- **Resumo:** *As sociedades de economía mixta constitúen o modelo de colaboración público-privada por excelencia. Na actualidade, a súa utilización como forma de xestión de servizos públicos, especialmente no ámbito local, experimenta un grande incremento, debido ás interesantes vantaxes que presenta a súa utilización. Non obstante, o seu emprego implica importantes problemas, derivados da complexidade e obsolescencia das normas que as disciplinan, cuxa solución debe partir, inexorablemente, da determinación da súa natureza e do seu réxime xurídico..*
- **Palabras clave:** *Sociedades de economía mixta; xestión de servizos 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 Este traballo realizouse no marco da investigación desenvolvida coa execución do Proxecto de investigación da Xunta de Galicia “La colaboración público-privada en la gestión de los servicios públicos” (INCITE202174PR), e ten a súa orixe nos estudos iniciados no marco do Proxecto “La modernización de las Administraciones territoriales” (PGIDTo6PXIB202096PR) da Xunta de Galicia.

Neste, utilizáronse as seguintes abreviaturas: Cons. Stato: Consiglio di Stato; cfr.: confere; CPPI: colaboración público-privada institucionalizada; LBRL: Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local; LCSP: Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público; páx./ páxs.; páxina/páxinas; RSCL: Decreto do 17 de xuño de 1955 polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais; Sez.: sezione; ss.: seguintes; SS.UU: Sezioni Unite; TRLSC: Real decreto lexislativo 1/2010, do 2 de xullo, polo que se aproba o texto Refundido da Lei de sociedades de capital; TRRL: Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto Refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local; vid.: videre.

- **Índice:** *I. A relevancia actual das sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais. II. A delimitación conceptual das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. II.1. A elaboración doutrinal do concepto de sociedade de economía mixta. II.2. Unha proposta de concepto de sociedade de economía mixta xestora de servizos públicos locais. III. A natureza xurídica das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. III.1. Exame do posible carácter instrumental das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. III.1.1. Análise da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas. III.1.2. As relacións de instrumentalidade no ordenamento xurídico español. III.2. Determinación da natureza pública ou privada das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. III.2.1. As primeiras aproximacións doutriniais á natureza xurídica das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. III.2.2. A concepción contemporánea da natureza xurídica das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais. III.3. Reflexións conclusivas sobre a natureza xurídica das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais*

I. A RELEVANCIA ACTUAL DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DOS SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Esta forma de xestión dos servizos públicos, nacida hai aproximadamente un século no ámbito da Administración local, púxose novamente de actualidade.

Tal como se pode comprobar na Base de Datos Xeral de Entidades Locais do Ministerio de Economía e Facenda¹, en España a utilización das sociedades de economía mixta como forma de xestión dos servizos públicos experimentou, principalmente no ámbito local, unha forte expansión, abrangendo os máis diversos ámbitos, como a produción e distribución de enerxía eléctrica, a depuración e distribución de auga, a prestación de servizos mortuorios, a prestación de servizos de radiodifusión ou deportivos, entre outros².

Esta expansión tivo lugar, tamén, noutros países europeos. Por exemplo, en Italia durante os anos noventa tivo lugar un notable incremento do número

¹ De acordo cos datos contidos na Base de Datos Xeral de Entidades Locais, entre as comunidades autónomas cun grao de utilización maior deste tipo de sociedades, pódense destacar: Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid e Navarra (www.serviciosweb.meh.es/apps/ispl/).

² En relación co obxecto deste tipo de sociedades, o Tribunal de Contas sinalou 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 polo Pleno o 25 de setembro de 2008, <http://www.tcu.es/Layout/DesktopLayout/DetalleInforme.aspx?ID=805>).

das sociedades de economía mixta existentes no ámbito local³. Así o amosan os datos contidos no Informe da *Corte dei Conti* titulado “Stato dei controlli della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali” (Deliberazione n.º. 13/2008). Segundo o sinalado neste documento, actualmente, en Italia existen máis de dúas mil cincocentas sociedades de economía mixta, das cales, aproximadamente, un terzo dedícanse á xestión de servizos públicos⁴.

Son dúas as razóns polas cales se produciu, e continúa producíndose, este incremento na utilización das sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais: dun lado, os entes do sector público optaron por acudir ao financiamento privado para eludir as restricións orzamentarias derivadas do principio de equilibrio orzamentario e, doutro lado, as administracións públicas, co ánimo de melloraren a súa eficacia e eficiencia, pretenden utilizar os coñecementos e métodos de funcionamento do sector privado na xestión pública⁵.

Actualmente, a elección polos entes locais da sociedade de economía mixta como fórmula de xestión dos servizos públicos da súa titularidade responde a catro finalidades: manter un certo control directo sobre a xestión do servizo público de que se trate; contar coa experiencia empresarial e de xestión do socio privado no ámbito do obxecto material do devandito servizo público, co fin de mellorar a eficacia e eficiencia na erogación deste; obter unha fonte de financiamento complementario para a implantación ou prestación do citado servizo e, finalmente, a obtención de beneficios coa erogación deste⁶.

En primeiro lugar, hai que sinalar que a necesidade dos entes locais de manteren un certo control directo sobre a xestión dos seus servizos públicos deriva, como se explicará inmediatamente, da estreita relación que une os ditos entes cos seus servizos. Esta intensa vinculación fai que, aínda que o ente local opte pola xestión indirecta do servizo público, de modo que a xestión

³ Neste 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 e Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Turín, 2008, páxs. 64 e 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 Neste sentido, vid. Giuseppe PIPERATA, “Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali”, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Marco CAMELLI e Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, páxs. 312 e ss.

⁶ Non se pode excluír que, ademais, en parte, o éxito desta fórmula estea relacionado coa transformación que, desde o século pasado, está a sufrir o dereito administrativo, o cal paulatinamente abandonou as fórmulas unilaterais de actuación e xestión para empregar as fórmulas bilaterais de natureza pacticia. Vid., neste sentido, entre outros moitos: Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, Bologna University Press, Boloña, 2004; e Alfonso MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e modulli convenzionali*, Jovene, Nápoles, 1988, e *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Roma, 1988.

deste sexa cedida e prestada efectivamente por un suxeito distinto á Administración local, a colectividade local continúa vendo no ente local o xestor do sinalado servizo e, en consecuencia, responsable directo da súa correcta erogación. Polo tanto, este feito determina que as corporacións locais se atopen moi interesadas en manter as maiores cotas posibles de poder. Neste sentido, o control meramente externo que proporciona a concesión ao ente local, en canto titular do servizo, sobre o concesionario, en canto xestor deste, considérase insuficiente, polo que os entes locais optan pola fórmula da sociedade de economía mixta, na que, xunto ao mesmo control externo que existe na concesión, obteñen, como mínimo, as posibilidades de control interno que a súa normal condición de socios lles ofrece.

En canto á segunda das finalidades indicadas, hai que sinalar que o ente local, cando opta pola sociedade de economía mixta como forma de xestión dos servizos públicos, pretende beneficiarse da experiencia e dos coñecementos técnicos e empresariais de xestión que posúe o socio privado e, por iso, neste tipo de sociedades, as corporacións locais, en non poucas ocasións, prefiren deixar en mans daquel a dirección e administración ordinaria da sociedade, quedando reservada a estas unha función de control, ben como socio ou ben en virtude doutro título.

En terceiro lugar, respecto á finalidade relativa á obtención de financiamento, a sociedade de economía mixta foi e é un instrumento axeitado para compartir os custos da prestación dun determinado servizo público entre o ente local titular deste, afectado frecuentemente de problemas financeiros⁷, e os particulares, que, movidos polos posibles beneficios económicos que poden obter ao teren como socio a Administración na xestión dun servizo, desexen adquirir parte das accións ou participacións da sociedade de economía mixta e, en consecuencia, realizar achegas ao seu capital social. Así, os entes locais, adoitan configurar a composición do capital social da futura sociedade dependendo do apoio financeiro que precisen.

En cuarto e último lugar, en relación coa finalidade de busca de beneficios, hai que sinalar que este fin é, con carácter xeral, inherente á utilización do instrumento societario por parte dos entes locais⁸, non só polas administra-

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

⁸ Por exemplo, en España o artigo 2 do Real decreto lexislativo 1/2010, do 2 de xullo, polo que se aproba o texto Refundido da Lei de sociedades de capital (TRLSC), dispón que “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

cións públicas locais españolas, senón tamén polas doutros países europeos como Suecia, Francia e Reino Unido⁹. Iso si, trátase dun fin de carácter secundario, subordinado, en todo caso, á consecución do interese público que xustifica a constitución da sociedade de economía mixta: a máis eficaz e eficiente prestación dun servizo público.

Finalmente, é importante resaltar que as sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais, evidentemente, constitúen unha fórmula de colaboración público-privada. A actualidade e relevancia do estudo destas fórmulas, ademais de polo crecemento numérico do seu emprego, que se acaba de comentar, xustifícase tamén porque no ámbito da Unión Europea se afondou na disciplina destas fórmulas de colaboración .

Respecto das fórmulas de colaboración público-privada, hai que dicir que, recentemente, se pronunciou a Comisión Europea no seu informe "Comunicación interpretativa da Comisión relativa á aplicación do dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións á colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02)", solucionando algunhas das dúbidas que estas formulaban e que, no seu momento, deron lugar a numerosas sentenzas do TXUE.

Recordarase que a expresión colaboración público-privada, de acordo co Libro Verde da Comisión do 30 de abril de 2004, se refire 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".

É necesario tamén precisar que a Comisión distingue, fundamentalmente, dous tipos de formas de colaboración público-privada: a contractual –baseada unicamente nos vínculos contractuais existentes entre as partes–, e a institucionalizada –consistente na creación dunha entidade na que participan conxuntamente o socio público e o privado, e cuxa misión é garantir a entrega dunha obra ou a prestación dun servizo de beneficio público–. O paradigma das formas de colaboración público-privada institucionalizada constitúeno, precisamente, as sociedades de economía mixta.

Como mostra do auxe que experimenta a utilización desta forma de CPPI na actualidade, hai que sinalar que, no momento en que se puña fin á redacción destas liñas, se estaba a tramitar parlamentariamente o proxecto de Lei de economía sustentable, polo que se modifica a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (LCSP), introducindo unha regulación específica

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

para as sociedades de economía mixta en canto modalidades de CPPI .

II. A DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Neste punto, tras expor e analizar os distintos conceptos de sociedade de economía mixta manexados pola doutrina ao longo das últimas décadas, realizarase unha proposta de concepto de sociedade de economía mixta xestora de servizos públicos locais. Ao dispor dun concepto claro e preciso de sociedade de economía mixta ten unha indubidable relevancia práctica, na medida en que, no ámbito local, por unha parte, existen unha multitude de sociedades onde o capital público e o capital privado se unen, unhas veces, para prestar servizos públicos e, outras veces, para operar simplemente no mercado, e, por outra parte, ambos os dous tipos de sociedades teñen un réxime xurídico substancialmente diferente.

II.1. A ELABORACIÓN DOUTRINAL DO CONCEPTO DE SOCIEDADE DE ECONOMÍA MIXTA

A doutrina, ao longo dos anos, intentou delimitar conceptualmente o fenómeno constituído polas sociedades de economía mixta. As definicións que se formularon como consecuencia deste labor poden ser agrupadas en tres conxuntos en función da visión da sociedade de economía mixta que subxace nelas.

En primeiro lugar, un sector da doutrina entende a sociedade de economía mixta como unha fórmula de coparticipación financeira entre o sector público e o privado na xestión da cal intervéñ a Administración. Neste sentido, por exemplo, Ernst Forsthoff consideraba que a sociedade de economía mixta está composta por dous elementos esenciais: o carácter público-privado do seu capital e a vontade da Administración de participar na súa xestión. En opinión deste autor, a Administración pode adquirir a titularidade dun paquete de accións dunha sociedade con dous fins distintos: por unha parte, cunha finalidade exclusivamente patrimonial, suposto no que a dita sociedade pasaría a ter un capital social de composición pública e privada, pero non se convertería nunha sociedade de economía mixta; e, por outra parte, coa finalidade de intervir na xestión da devandita sociedade, a través da obtención de facultades de dirección e control sobre esta, suposto no que si se convertería nunha sociedade de economía mixta¹⁰.

¹⁰ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, tradución española, Instituto de Estudos Políticos, Madrid,

Neste segundo suposto, a participación da Administración na xestión da sociedade pódese fundar simplemente nos dereitos que a esta lle corresponden en canto accionista, en ocasións, reforzados de xeito informal pola condición de *potentior personae* da Administración, ou ben en normas de dereito público que garanten un certo control á Administración sobre a sociedade.

En segundo lugar, outro sector da doutrina concibiu a sociedade de economía mixta como unha forma de coparticipación financeira público-privada, na xestión da cal intervén a Administración pública, que ten por obxecto a xestión de servizos públicos. Neste sentido, José Gascón y Marín definía a sociedade de economía mixta como un sistema intermedio entre a liberalización de servizos e súa municipalización ou socialización. O conxunto de accionistas da dita sociedade pertencería en parte a particulares e en parte a entidades públicas, e os postos do consello de administración estarían distribuídos en relación coas achegas dos socios públicos e privados¹¹.

De acordo con esta posición, é necesaria a confluencia dos elementos identificados pola anterior corrente doutrinal: o capital mixto e a intervención pública na xestión, ben que defende que debe concorrer a maiores outra característica nas sociedades de economía mixta: o seu carácter de forma de xestión de servizos públicos.

Así, José Antonio García-Trevijano, ao analizar as sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais, expuxo claramente cales serían os seus caracteres necesarios –participación da Administración no capital social e na xestión da sociedade grazas a normas especiais e excepcionais–, os cales, polo demais, coincidían en boa medida cos estudados polos seus coetáneos europeos¹².

Nesta liña, Fernando ALBI entendía que as sociedades de economía mixta son sociedades mercantís cuxo capital pertence en parte a unha Administración pública e en parte a particulares, cuxa dirección comparten ambos os dous e cuxo fin é levar a cabo a xestión de servizos públicos de contido económico competencia da devandita Administración. O matiz que introduce ALBI, dentro deste sector doutrinal, consiste en exixir que o servizo público que vai xestionar a sociedade de economía mixta teña unha finalidade económica¹³.

1958, páx. 669.

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

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

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

Esta concepción é, tamén, defendida por autores como Sosa Wagner¹⁴ ou Santamaría Pastor¹⁵, os cales, ao analizaren as sociedades de economía mixta en canto forma de xestión dos servizos públicos, aluden, dun lado, á necesaria composición público-privada do seu capital social e, doutro lado, ás posibilidades de participación do ente local na xestión da sociedade en canto socio desta¹⁶.

Para un terceiro sector da doutrina, as sociedades de economía mixta serían entidades mercantís cuxo capital social é en parte público e en parte privado, e cuxo obxecto é a xestión dun servizo público ou a realización dunha actividade económica¹⁷.

Esta definición consta de dous elementos esenciais: un relativo á composición do seu capital social –a participación público-privada– e outro relativo ao seu obxecto social –a realización dunha actividade económica ou ben a prestación dun servizo público–. Como se pode observar, non se incorpora a este concepto un dos elementos considerados esenciais nas anteriores definicións: a dirección e control da sociedade pola Administración. Isto é así porque, de acordo con esta postura, para poder falar dunha sociedade de economía mixta, é suficiente con que exista unha participación público-privada no capital social dunha sociedade, abandonándose, polo tanto, a idea de control sobre esta¹⁸.

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

¹⁵ Este autor define esta modalidade do contrato de xestión de servizos públicos como aquela na 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, Iustel, Madrid, 2009, páx. 334).

¹⁶ Neste sentido, vid.: Enrique CASTILLO ZUBIA, Alberto VERA FERNÁNDEZ, Pedro Antonio MARTÍN PÉREZ, *Manual de Contratación Local*, Ministerio para as Administracións Públicas, Madrid, 1990, páx. 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, páx. 669; José Antonio MORENO MOLINA e Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, páx. 818, e Salvador ROMERO HERNÁNDEZ (coord.), *Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2008, páx. 419.

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

¹⁸ Neste sentido pronunciábase xa, ao estudar as sociedades de economía mixta como forma xestora dos servizos públicos, Maurice HAURIUO (*Précis élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1938, páx. 554). Na moderna doutrina española, vid.: Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volume II, Tecnos, Madrid, 2002, páx. 433, ou Ramón MARTÍN

Así, as facultades de dirección e control da Administración sobre a sociedade poderanse dar ou non, de acordo co establecido nos seus estatutos, pero non teñen que existir necesariamente.

II.2. UNHA PROPOSTA DE CONCEPTO DE SOCIEDADE DE ECONOMÍA MIXTA XESTORA DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Á luz das definicións doutriniais estudadas no punto anterior, o obxecto desta epígrafe é formular, partindo do estudo do ordenamento comunitario e español, un concepto de sociedade de economía mixta en canto forma de xestión dos servizos públicos locais.

Desde o punto de vista comunitario, as sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais considéranse unha forma de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)¹⁹. A Comisión entende por CPPI a cooperación entre socios do sector público e do sector privado que crean unha entidade de capital mixto para a execución de contratos públicos ou concesións. A achega privada aos traballos da CPPI, ademais da contribución ao capital ou outros activos, consiste na participación activa na execución das tarefas confiadas á entidade de capital mixto e/ou na xestión da devandita entidade. En cambio, a simple achega de fondos por un investidor privado a unha empresa pública non constitúe unha CPPI²⁰.

En consecuencia, de acordo coa Comisión, para a existencia dunha fórmula de CPPI, en concreto, dunha sociedade de economía mixta, son necesarios dous elementos: en primeiro lugar, que exista contribución pública e privada no capital da entidade e, en segundo lugar, que o socio privado participe activamente na xestión da entidade e/ou na execución da actividade que ten encomendada o dito ente.

Desde o punto de vista do ordenamento xurídico español, pódense atopar unha serie de normas relacionadas coa xestión dos servizos públicos, en xeral, e dos locais, en particular, das que é posible inferir unha concepción que se podería denominar ordinal das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos. Estes preceptos son: o artigo 253 da LCSP, ao que se

MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, vixésimo oitava edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, páx. 391.

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

²⁰ Vid. Comunicación interpretativa da Comisión relativa á aplicación do dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións á colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02, DOUE, do 12 de abril).

remite, en materia de servizos públicos locais, o artigo 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril (LBRL); os artigos 102 e 104 do Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto Refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL), e o artigo 104 do Decreto do 17 de xuño de 1955, polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais (RSCL). A continuación, levarase a cabo o estudo destes preceptos para tratar de identificar os trazos que, de acordo coas normas vixentes no noso ordenamento xurídico, caracterizan as sociedades de economía mixta.

O artigo 253 LCSP establece que a contratación da xestión de servizos públicos poderá adoptar a modalidade de sociedade de economía mixta na que a Administración participe, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas.

Pola súa banda, o TRRL dispón, no seu artigo 104, que para a xestión indirecta dos servizos públicos as entidades locais poderán utilizar a forma de sociedade mercantil cuxo capital social só pertenza, parcialmente, a estas.

Por último, o RSCL, no seu artigo 102, establece que nas empresas mixtas, os capitais das corporacións locais e dos particulares, ou daqueles entre se, se achegarán en común, para realizar servizos susceptibles de municipalización ou provincialización. Nos seguintes preceptos, artigos 103 a 112, o RSCL leva a cabo unha disciplina das sociedades de economía mixta dentro da cal destaca o artigo 104.1º, que permite a creación dunha sociedade de economía mixta a través da adquisición pola corporación interesada de participacións ou accións de empresas xa constituídas, en proporción suficiente para compartir a xestión social. Este inciso final do artigo 104.1º pódese interpretar no sentido de que o RSCL, igual que facían algúns dos autores estudados, configura a participación da Administración pública na xestión como un elemento esencial das sociedades de economía mixta.

Polo tanto, de acordo co disposto nos citados preceptos, as sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais caracterízanse: por posuíren un capital social de composición mixta –público–privado–; por teren como obxecto social a xestión dun ou varios servizos públicos e por estaren coxestionadas polo socio público e polo privado.

Unha vez exposta a regulación das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais desde o punto de vista do ordenamento comunitario e do ordenamento español, a continuación intentaranse conxugar ambas

as dúas perspectivas na formulación dun concepto único e integrador destas²¹. Nesta liña, pódense definir as sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos como aquelas sociedades mercantís nas que se cumpren catro requisitos: primeiro, o seu obxecto social é a realización de actividades configuradas, ou susceptibles de seren configuradas, como servizos públicos locais; segundo, o seu capital social atópase composto por achegas provenientes do sector público e do sector privado, nunha proporción variable; terceiro, a súa actividade consiste, polo menos, na errogación dun servizo público, e cuarto, na súa xestión e administración participan de forma activa o socio privado e o socio público.

III. A NATUREZA XURÍDICA XAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Este terceiro punto ten por obxecto o estudo e análise da natureza xurídica das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais, tarefa non exenta de problemas, tal como se pode deducir das distintas e contraditorias posicións adoptadas pola doutrina ao tratar esta cuestión²².

Para abordar axeitadamente este tema, cómpre examinar dúas cuestións: por unha parte, se as sociedades de economía mixta son entes instrumentais das administracións que participan na súa constitución e, en consecuencia, se a estas se lles podería confiar directamente a xestión dos servizos públicos sen seguir ningún tipo de procedemento de concorrencia competitiva e, por outra parte, se estas sociedades, dada a súa constitución, composición e funcionamento, teñen natureza de ente público ou de ente privado.

III.1. EXAME DO POSIBLE CARÁCTER INSTRUMENTAL DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Para determinar se as sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais poden ser consideradas medios instrumentais da Administración local titular do servizo que xestionan, é necesario analizar esta cuestión, en primeiro lugar, desde a perspectiva do ordenamento xurídico comunitario

²¹ Vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, “La construcción del Derecho Administrativo Europeo”, *Scientia Iurídica*, nº. 314, 2008, páxs. 193 e ss.

²² Acerca das distintas posturas sostidas pola doutrina italiana e francesa sobre a natureza xurídica das 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, páxs. 82-90.

e, en segundo lugar, desde a perspectiva do ordenamento xurídico español²³.

III.1.1. ANÁLISE DA XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DAS COMUNIDADES EUROPEAS

No plano comunitario, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, na súas sentenzas "Teckal"²⁴, "Stadt Halle"²⁵ e "Parking Brixen"²⁶, estableceu os requisitos mínimos que debe cumprir unha sociedade mercantil para ser considerada medio instrumental propio dunha Administración.

En primeiro lugar, na citada sentenza "Teckal", o Tribunal declarou que, para que un determinado ente, neste caso unha sociedade de economía mixta, poida ser considerado como medio instrumental propio dunha Administración, é necesario que se cumpran, acumulativamente, os seguintes requisitos: por unha parte, que a Administración exerza sobre a sociedade de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e, por outra parte, que a devandita sociedade realice a parte esencial da súa actividade coa Administración que a controla²⁷.

²³ Sobre esta materia, vid. José Ignacio VEGA LABELLA (coord.), *Obra pública: modelos organizativos y de ejecución*, DAPP, Pamplona, 2009, páxs. 82 e ss. Esta obra contén unha completa análise da normativa comunitaria, das sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas e das normas de dereito interno onde se fixan os criterios necesarios para determinar se un determinado ente ten ou non carácter instrumental.

Así mesmo, sobre as sociedades de economía mixta e a contratación *in house* en Italia, vid. Gerardo Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè Editore, Milán, 2009.

²⁴ Sentenza do TXCE, do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

²⁵ Sentenza do TXCE, do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH contra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

²⁶ Sentenza do TXCE do 13 de outubro de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH. Contra Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.

²⁷ Un interesante exemplo da aplicación dos "criterios Teckal" polo Tribunal de Xustiza, na medida en que afecta a unha sociedade española e en que foi obxecto de transposición ao dereito interno, é o da sentenza do Tribunal de Xustiza do 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) e Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), Administración do Estado. Nesta sentenza, o Tribunal de Xustiza declara que TRAGSA, sociedade integramente pública participada pola Administración xeral do Estado e polas comunidades autónomas, é un medio instrumental propio da 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 sentenza do Tribunal de Xustiza é froito da formulación dunha cuestión prexudicial polo Tribunal Supremo, en cuxa posterior sentenza do 30 de xaneiro de 2008, asume o criterio sostido polo Tribunal de Xustiza e, en consecuencia, declara que TRAGSA é medio instrumental propio e que o seu réxime xurídico non resulta contrario ao dereito da competencia. Non obstante, son os votos particulares a esta sentenza os que presentan un maior interese. Neles non se cuestiona o pronunciamento sobre a aplicación da doutrina "Teckal" a TRAGSA, senón que se pon de manifesto a necesidade de formular unha nova cuestión prexudicial ante o Tribunal de Xustiza sobre a existencia de limitacións aos lexisladores nacionais na configuración dos seus medios instrumentais propios e sobre a

Posteriormente, estes requisitos foron interpretados polo Tribunal de Xustiza nas súas sentenzas "Stadt Halle" e "Parking Brixen", sinalando, en canto ao primeiro dos requisitos –o control análogo da Administración sobre a sociedade ao exercido sobre os seus propios servizos–, que características debe ter a sociedade que pretende ser considerada como un medio propio da Administración e que relación debe existir entre esta e a devandita sociedade para entender cumprido este primeiro requisito.

Así, dunha parte, na sentenza "Stadt Halle" estableceuse que cando unha sociedade estea participada por unha Administración e por unha empresa privada, aínda que a participación desta última sexa minoritaria, queda excluída a posibilidade de que a devandita Administración poida exercer sobre a sociedade en cuestión un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos²⁸.

posibilidade de que calquera empresa pública poida ser considerada un medio instrumental e servizo técnico propio de calquera das Administracións públicas que posúan nela unha participación ínfima e meramente simbólica.

Pola súa parte, a LCSP recolleu o réxime xurídico de TRAGSA e das súas filiais na súa disposición adicional trixésima. Nela declárase o carácter de medio instrumental propio da Administración xeral do Estado, das comunidades autónomas e dos poderes adjudicadores dependentes delas, tanto de TRAGSA como das súas filiais. Así mesmo, sinálase 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 o réxime xurídico de TRAGSA e sobre a aplicación dos criterios do TJCE acerca das relacións *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, páxs. 279 e 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, páxs. 115 e ss., e José Luis PALMA FERNÁNDEZ, "Medios propios de la administración y responsabilidad contractual", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 143, 2009, páxs. 485 e ss.

²⁸ Neste mesmo sentido, vid. a STXCEa do 13 de novembro de 2008, asunto C-324/07, Coditel Brabant SA e Commune d'Uccle, Rexión de Bruxelles-Capitale, onde 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 outra parte, na sentenza do Tribunal de Xustiza do 17 de xullo de 2008, asunto C-371/05, Comisión da Comunidade Europea contra República Italiana, precísase que a participación privada ha de ser real (aínda que non necesariamente actual) e non meramente hipotética. Así, nesta sentenza sinálase 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

Doutra parte, a sentenza "Parking Brixen" estableceu as características que debe ter a relación Administración-sociedade para entender cumprido o primeiro dos criterios "Teckal". De acordo con esta sentenza, non é suficiente coa composición integramente pública da sociedade, senón que, ademais, a Administración debe exercer sobre ela un forte control administrativo, é dicir, debe ter unha influencia determinante incluso sobre as súas decisións singulares máis relevantes.

Así mesmo, cómpre sinalar que a recente sentenza "Sea"²⁹ engade un criterio adicional para determinar en que supostos se debe entender que o ente matriz exerce un control análogo ao que ten sobre os seus propios entes sobre unha sociedade: que a actividade da devandita sociedade se limite ao territorio da entidade matriz. Polo tanto, de acordo con esta sentenza, cabe considerar que o control exercido polas entidades accionistas sobre unha sociedade é análogo ao que exercen sobre os seus propios servizos cando, por unha parte, "la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas" e, por outra parte, "a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejerzan una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad".

En canto ao segundo dos requisitos –a realización da parte esencial da actividade social para a Administración–, a pesar de que o Tribunal non entra na súa análise na sentenza "Parking Brixen", é de grande interese a interpretación que del fai a avogado xeral nas súas conclusións. De acordo con ela, para entendelo cumprido, será necesario que a sociedade realice a parte fundamental da súa actividade, cualitativa e cuantitativamente considerada, para a Administración que exerce o control, valorando, para tal efecto, a actividade efectivamente realizada por ela e non só o previsto nos seus estatutos³⁰.

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 Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa.

³⁰ Sobre os criterios para considerar un determinado ente como medio instrumental da Administración establecidos na citada Sentenza do 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, páxs. 173-181, e 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., páxs. 115 e ss.

III.1.2. AS RELACIÓNS DE INSTRUMENTALIDADE NO ORDENAMENTO XURÍDICO ESPAÑOL

No plano do dereito interno, é a LCSP a norma onde se conteñen os requisitos necesarios para poder falar da existencia dunha relación de instrumentalidade entre a Administración e un determinado ente.

A LCSP persecue, entre outros, o obxectivo de adaptar a lexislación española de contratos ao contido das directivas comunitarias sobre contratación pública, tendo en conta os pronunciamentos do Tribunal de Xustiza que teñen por obxecto a interpretación destas.

Respecto desta cuestión, o artigo 24.6 da LCSP establece que, para os efectos da exclusión da aplicación das normas de contratación administrativa (artigos 24 e 4.1.n da LCSP), os entes, organismos e entidades do sector público poderán ser considerados medios propios e servizos técnicos daqueles poderes adjudicadores para os que realicen a parte esencial da súa actividade cando estes posúan sobre eles un control análogo ao que poden exercer sobre os seus propios servizos. No caso de que se trate de sociedades, este artigo 24.6 da LCSP exige, ademais, que a totalidade do seu capital sexa de titularidade pública.

Así mesmo, o dito precepto especifica o alcance do primeiro criterio "Tecnical" –o exercicio sobre o ente en cuestión dun control análogo ao que a Administración posúe sobre os seus propios medios–, establecendo que, en todo caso, se entenderá que os poderes adjudicadores posúen sobre un ente, organismo ou entidade un control análogo ao que teñen sobre os seus propios servizos se lles poden conferir encomendas que sexan de execución obrigatoria para eles de acordo coas instrucións fixadas unilateralmente polo encomendante e cuxa retribución se fixe por referencia ás tarifas aprobadas por la entidade pública da que dependan.

En último lugar, o inciso final do artigo 24.6 da LCSP establece que a condición de medio propio e servizo técnico das entidades que cumpran os criterios que se acaban de expor deberán ser recoñecidos expresamente pola norma de creación ou polos seus estatutos, que terán que determinar as entidades respecto das que teñen esta condición e precisar o réxime das encomendas que se lles poidan conferir ou as condicións nas que se lles poderán adjudicar contratos, e determinará para elas a imposibilidade de participar en licitacións públicas convocadas polos poderes adjudicadores dos que sexan medios propios, sen prexuízo de que, cando non concorra ningún licitador, se lles poida encargar a execución da prestación obxecto destas.

Así pois, para os efectos da consideración dun determinado ente como medio propio dunha Administración, a LCSP non só recolle os criterios establecidos polo Tribunal de Xustiza analizados no punto anterior, senón que, ademais,

engade unha serie de especificacións que os endurece, como, por exemplo, a existencia de que recoñezan expresamente nos seus estatutos ou na súa norma de creación a súa condición de medio propio e unha serie de precisións relativas ao réxime de encomendas que se lles poderían conferir.

III.1.2. AS RELACIÓNS DE INSTRUMENTALIDADE NO ORDENAMENTO XURÍDICO ESPAÑOL

No plano do dereito interno, é a LCSP a norma onde se conteñen os requisitos necesarios para poder falar da existencia dunha relación de instrumentalidade entre a Administración e un ente.

A LCSP segue, entre outros, o obxectivo de adaptar a lexislación española de contratos ao contido das directivas comunitarias sobre contratación pública, tendo en conta os pronunciamentos do Tribunal de Xustiza que teñen por obxecto a interpretación destas.

Respecto desta cuestión, o artigo 24.6 da LCSP establece que, para os efectos da exclusión da aplicación das normas de contratación administrativa (artigos 24 e 4.1.n da LCSP), os entes, organismos e entidades do sector público poderán ser considerados medios propios e servizos técnicos daqueles poderes adjudicadores para os que realicen a parte esencial da súa actividade cando estes posúan sobre os eles un control análogo ao que poidan exercer sobre os seus propios servizos. En caso de que se trate de sociedades, este artigo 24.6 da LCSP exige, ademais, que a totalidade do seu capital sexa de titularidade pública.

Así mesmo, o devandito precepto especifica o alcance do primeiro criterio "Teckal" –o exercicio sobre o ente en cuestión dun control análogo ao que a Administración posúe sobre os seus propios medios–, establecendo que, en todo caso, se entenderá que os poderes adjudicadores posúen sobre un ente, organismo ou entidade un control análogo ao que teñen sobre os seus propios servizos se lles poden conferir encomendas que sexan de execución obrigatoria para eles de acordo coas instrucións fixadas unilateralmente polo encomendante e cuxa retribución se fixe por referencia a tarifas aprobadas pola entidade pública da que dependan.

En último lugar, o inciso final do artigo 24.6 da LCSP establece que a condición de medio propio e servizo técnico das entidades que cumpran os criterios que se acaban de expor deberá ser recoñecido expresamente pola norma de creación ou polos seus estatutos, que terán que determinar as entidades respecto das que teñen esta condición e precisar o réxime das encomendas que se lles poidan conferir ou as condicións nas que se lles poderán adjudicar contratos, e determinará para elas a imposibilidade de participaren en licitacións públicas convocadas polos poderes adjudicadores dos que sexan medios

proprios, sen prexuízo de que, cando non concorra ningún licitador, se lles poida encargar a execución da prestación obxecto destas.

Así pois, para os efectos da consideración dun determinado ente como medio propio dunha Administración, a LCSP non só recolle os criterios establecidos polo Tribunal de Xustiza analizados no punto anterior, senón que, ademais, engade unha serie de especificacións que os endurece, como, por exemplo, a exigencia de que recoñezan expresamente nos seus estatutos ou na súa norma de creación a súa condición de medio propio e unha serie de precisións relativas ao réxime de encomendas que se lles poderían conferir.

III.2. DETERMINACIÓN DA NATUREZA PÚBLICA OU PRIVADA DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Para determinar se as sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais teñen natureza xurídica pública ou privada, neste punto estudarase a evolución deste tema na literatura xurídica española, na cal, como se exporá, é posible distinguir netamente dúas etapas diferentes.

III.2.1. AS PRIMEIRAS APROXIMACIÓNS DOUTRINAIS Á NATUREZA XURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Nun primeiro momento, a doutrina española admitiu a posibilidade de que as empresas de economía mixta puidesen ter forma e natureza xurídico-pública ou forma e natureza xurídico-privada. Así, GALLEGO Y BURÍN, ao analizar a regulación das sociedades de economía mixta contida na Lei de réxime local nese momento vixente, afirmou 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 ajena"³¹.

Nesta mesma liña, GASCÓN Y MARÍN, ao abordar o tema da natureza xurídica das sociedades de economía mixta, xa sinalara ambas as dúas posibilidades, manifestando, non obstante, certa preferencia pola adopción, á hora de crear este tipo de entes, de formas de personificación xurídico-pública³².

Polo tanto, malia que na doutrina tradicional non existía un criterio uniforme sobre a natureza xurídica das sociedades de economía mixta, tiñan certa relevancia as posturas sostidas por aqueles que as consideraban entes públicos.

III.2.2. A CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DA NATUREZA XURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

A partir de mediados dos anos 50, nos textos doutriniais³³ e na xurispruden-

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

³² Neste sentido, sinala 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" (a cursiva non é orixinal), (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., páx. 239).

³³ Así, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS sinala 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. 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., páx. 61).

No mesmo sentido pronunciáronse autores como André de LAUBADÈRE ao 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, páx. 572).

Pola súa parte, José GIRÓN TENA di que "la posición exacta es la de ASQUINI. Este autor dice que no hay duda de que cuando el Estado ejerce 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

cia³⁴ foise impondo, desde o punto de vista da forma xurídica, a concepción das sociedades de economía mixta como persoas xurídico-privadas. Desde a óptica do réxime xurídico, a estas sociedades, en canto persoas xurídico-privadas, aplicaríaselles o dereito mercantil. Non obstante, o feito de que un dos seus socios sexa unha Administración pública, determinaría que a estas se lle aplicasen tamén normas de dereito administrativo³⁵.

Neste sentido, LANGLE Y RUBIO sinala 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:

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 No considerando segundo da sentenza do Tribunal Supremo do 24 de marzo de 1987 declárase 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..."

Así mesmo, no fundamento xurídico segundo da sentenza do Tribunal Supremo do 31 de xaneiro de 2006, négase a natureza pública das sociedades de economía mixta cando se di 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".

³⁵ Neste sentido, Francisco LLISSET BORRELL considera que o feito 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).

Neste mesmo sentido pronúncianse outros autores da doutrina moderna como Georges RIPERT e René ROBLOT cando din 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, París, 2002, pág. 195).

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.

Polo tanto, na actualidade e desde os anos cincuenta, a doutrina maioritaria coincide en afirmar a natureza xurídica privada das sociedades de economía mixta.

III.3. REFLEXIÓNS CONCLUSIVAS SOBRE A NATUREZA XURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA XESTORAS DE SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Por unha parte, en relación coa posible natureza instrumental das sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais, hai que sinalar que, á luz de xurisprudencia comunitaria e do dereito interno, a valoración de se unha determinada sociedade é ou non medio instrumental dunha Administración debe partir da análise de cada caso en concreto para verificar se se cumpren os requisitos anteriormente expostos.

No caso das sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos locais, pódese afirmar que, en ningún caso, poderán ter a consideración de medio instrumental propio da Administración titular do servizo, abondando para xustificar a devandita afirmación o feito de que contén sempre e, por definición, con participación privada no seu accionariado. Así, carece de relevancia, de acordo coa literalidade da LCSP e coa opinión do Tribunal de Xustiza, o feito de que nelas se verifique o requisito do control análogo da Administración sobre a sociedade –tal como pode acontecer en sociedades participadas maioritariamente pola devandita Administración ou controladas pola Administración de xeito efectivo, por exemplo, como consecuencia do establecemento de potestades exorbitantes a favor da Administración–socio– ou o feito de que realicen a parte esencial da súa actividade para a Administración titular do

³⁶ Vid. Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1950, páx. 622.

Neste sentido, Maurice HAURIUO xa sinalou, a propósito do estudo da Société National des Chemins de Fer, as múltiples derogacións que o dereito privado sofre na súa aplicación a este tipo de entes (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1938, páxs. 554-559).

servizo de que se trate.

Por outra parte, respecto da natureza xurídica pública ou privada das sociedades de economía mixta xestoras dos servizos públicos locais, hai que recordar que a natureza xurídica dos entes instrumentais depende directamente da forma en que estes se constitúan, é dicir, se un ente instrumental é creado a través dun instrumento de dereito administrativo, como, por exemplo, unha lei, un regulamento ou un convenio de colaboración interadministrativo³⁷, terá natureza xurídico-pública, mentres que, se é creado a través dun instrumento de dereito privado, como un contrato, civil ou mercantil, terá natureza xurídica-privada³⁸.

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

Sobre esta figura e o seu papel no dereito italiano, vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, cit. e sobre unha posible adaptación da dita regulación ao sistema español, vid.: Marcos ALMEIDA CERREDA "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", *Revista de Administración Pública*, nº. 163, páxs. 389 e ss. e "Los acuerdos de programa en el Derecho Local italiano", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº. 294-295, páxs. 247 e ss.

³⁸ En Italia, na última década, o tema da natureza xurídica, pública ou privada, das sociedades de economía mixta foi obxecto de estudo pola doutrina e, sobre todo, de debate ante os órganos xurisdiccionais. Sen ánimo de exhaustividade, e co exclusivo fin de proporcionar unha visión global da situación en Italia, este intrincado asunto pódese sintetizar do seguinte xeito.

En primeiro lugar, hai que sinalar que, no ámbito da xurisdición administrativa, se defende a natureza substancialmente pública das sociedades con participación maioritariamente pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, do 7 de novembro de 2000), malia o seu aspecto formalmente privado. Neste sentido, de modo explícito o Consiglio di Stato dixo 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 regime 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, do 17 de outubro de 2005). Esta idea foi formulada unha década antes pola doutrina. Así, neste sentido, vid. Giampaolo ROSSI, *Gli Enti Pubblici*, Il Mulino, Boloña, 1991.

O afondamento nesta liña argumental –a través do exame da actividade e das funcións, de natureza pública, que desenvolven as sociedades de economía mixta maioritariamente públicas e do estudo da súa estrutura e do seu funcionamento (poderes especiais, control público, etc.)– levou á aplicación por parte dos tribunais administrativos italianos de normas de natureza pública ás sociedades de capital maioritariamente público (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, do 7 de novembro de 2000 e Cons. Stato, Sez. IV, nº. 315, do 21 de decembro de 2004).

En consecuencia, e en virtude dunha clara influencia do dereito 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, Padua, 1997, páx. 912), en Italia incluíronse as sociedades con participación pública prevalente na categoría de organismos de dereito público, e, en virtude, deste feito aplicóuselles a disciplina pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 2724, do 4 de xuño de 2002). Deste modo, comezou a perfilarse para elas "unha disciplina especial" que derroga a contida no Código civil. E iso porque, de acordo co Consiglio di Stato, estas sociedades, mentres sexan de propiedade maioritariamente pública, non poderán pretender ser nin actuar como as demais sociedades mercantís (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 498, do 20 de maio de 1995).

Esta disciplina especial concrétese na aplicación a estas, entre outras, das normas de contratación pública (Codice degli Appalti), e mesmo do dereito de acceso a documentos públicos (Cons. Stato,

No caso das sociedades de economía mixta, o que sucede é que a Administración, ante o fracaso na utilización dalgúns dos instrumentos dos que dispuxo tradicionalmente para a xestión dos seus servizos públicos en colaboración cos particulares, toma do dereito privado a fórmula societaria, ao considerala un instrumento axeitado para este fin³⁹. Pero, unha vez que unha sociedade, que é un instrumento propio do dereito mercantil, entra na esfera pública, o seu réxime xurídico –que está adaptado ao mundo privado e que, en consecuencia, non se adecua perfectamente aos principios que rexen o funcionamento dunha Administración pública– sofre inexorablemente modificacións. As devanditas modificacións no seu réxime xurídico veñen determinadas, en primeiro lugar, porque a orixe das sociedades de economía mixta se acha nun contrato administrativo e porque un dos seus socios vai ser unha Administración pública, o que provoca a introdución de determinadas especialidades no réxime de funcionamento destas sociedades –como, por exemplo, a posibilidade de que a devandita Administración vete as decisións do consello de administración– e, en segundo lugar, porque existen unha serie de normas imperativas de dereito

Adunanza Plenaria, nº. 5, do 5 de setembro de 2005).

En segundo lugar, no ámbito da xurisdición ordinaria, polo contrario, en Italia esta cualificación das sociedades de economía mixta como entes públicos no foi admitida sinxelamente. Nun primeiro momento, a Corte di Cassazione entendeu 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, do 15 de abril de 2005). En consecuencia, este tribunal defendeu que na medida en que non se prevexan derogacións á disciplina común das sociedades con participación pública a estas se lles aplica o réxime xeral establecido no Código civil italiano. Non obstante, co paso do tempo, primeiro con reticencia e, logo, de modo un pouco máis aberto, a Corte di Cassazione recoñeceu que certas sociedades por accións constitúen institucións públicas (SS. UU., nº. 9096, do 3 de maio de 2005 e SS.UU., nº. 10443, do 23 de abril de 2008).

³⁹ Constitúe este un perfecto exemplo de como se xerou o dereito administrativo. Unha institución preexistente, nacida no seo do dereito privado, é trasladada ao ámbito do ordenamento xurídico-público, onde sofre as necesarias modulacións para adaptarse ás características e aos principios que rexen este ordenamento. Así, tal e como sinala 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, 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, páxs. 47-48 e 62). Así mesmo, sobre o nacemento do dereito administrativo español, vid. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006.

público que se aplican, en diferente medida, a todos os entes vinculados ao sector público, o que determina que se produzan modificacións no réxime de persoal ou de contratación destas sociedades⁴⁰.

En consecuencia, de acordo co que se acaba de explicar, pódese soste que as sociedades de economía mixta xestoras de servizos públicos teñen unha natureza xurídica privada⁴¹, pero un réxime xurídico mixto, público-privado: esencialmente de dereito privado, aínda que con importantes peculiaridades de dereito público⁴².

⁴⁰ No dereito portugués, as sociedades vinculadas aos entes locais, integramente públicas ou mixtas, teñen un réxime xurídico propio, contido na Lei nº. 53-F/2006, de 29/12, pola que se aproba o réxime xurídico do sector empresarial local (RJSEL), que contén importantes peculiaridades respecto da disciplina xeral das sociedades mercantís, que se lles aplica subsidiariamente (Pedro GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coímbra, 2007, páx. 14). Así, Pedro GONÇALVES sinala 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, aquelas 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., páx. 89).

⁴¹ Así, neste sentido, na doutrina italiana, a pesar do intenso debate suscitado sobre esta cuestión, non parece haber dúbidas sobre a natureza privada das sociedades mixtas xestoras de servizos públicos locais. 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 e Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, páxs. 308-309; Guido CORSO, “La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato”, *Servizi Pubblici Locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1997, páx. 31, e Vittorio OTTAVIANO, “Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali”, *Rivista delle Società*, nº. 44, vol. I, 1999, páx. 245.

⁴² Neste sentido, Giuseppe PIPERATA sinala 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., páxs. 308-309). A gran cantidade de especialidades que as normas administrativas establecen suscitou tamén fortes críticas por un sector da doutrina que chegou a cualificar este modelo como un “modelo societario sostancialmente insincero” (Renzo COSTI, “Servizi pubblici locali e società per azioni”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, I, páx. 800).