



Revista de Estudios de la Administración
Local y Autonómica

E-ISSN: 1989-8975

reala@inap.es

Instituto Nacional de Administración
Pública
España

Ballina Díaz, Diego

Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital
íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su
impugnación

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 2, julio-diciembre,
2014, pp. 155-176

Instituto Nacional de Administración Pública
Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576461206010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación

Diego Ballina Díaz

Secretario de Administración Local, categoría superior
dballina79@gmail.com

Recibido: 24 de febrero de 2014

Aceptado: 20 de junio de 2014

Resumen

Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal constituyen instrumentos en manos de los poderes locales para el desarrollo de actividades económicas y para la prestación de servicios. Su naturaleza las separa, en determinados aspectos, del régimen jurídico de las sociedades privadas. Dentro de esas particularidades destaca en primer lugar el control de sus decisiones que va a ser compartido por distintos órdenes jurisdiccionales, en segundo la peculiar posición de los concejales para recurrir las actuaciones societarias.

Palabras clave

Sociedad Mercantil, Acuerdos, Jurisdicciones, Concejales

Claims against the actions of corporations of full municipal capital: jurisdiction and authority of the council to challenge

Abstract

Municipal corporations are instruments in the hands of local authorities for the development of economic activities and the provision of services. Due his nature the legal regime of these companies is different in some ways of the strictly private ones. Most relevant are two: control decisions are shared by different jurisdictions and the peculiar position of councilors in order to challenge corporate actions.

Keywords

Municipal corporations, Corporate Actions, Jurisdictions, Councilors.

1. INTRODUCCIÓN

En este estudio nos vamos a centrar en las sociedades mercantiles, anónimas o limitadas, cuyo capital social pertenece en su totalidad a los ayuntamientos a las que podemos denominar sociedades mercantiles de capital municipal. En concreto nos centraremos en el análisis de ciertos aspectos del régimen de revisión de los acuerdos de estas sociedades poniendo el foco en el sometimiento de las mismas en determinadas cuestiones, en contra de la regla general, al Derecho público.

Las sociedades mercantiles de propiedad municipal, aquellas cuyo capital social pertenece de forma íntegra a la corporación municipal, constituyen tanto una forma de gestión directa de los servicios municipales como un medio para el desarrollo de actividades económicas dentro de las competencias locales.

Las sociedades públicas surgen como un instrumento de la Administración para el desarrollo de sus actividades sin someterse al estricto régimen del Derecho administrativo. La necesidad de marcos jurídicos más flexibles motivado por los propios fines y actividades de estas sociedades, vinculadas tradicionalmente a la prestación de servicios, determina el sometimiento al Derecho privado de estos peculiares entes instrumentales.

No hay para las sociedades de capital municipal un contrato de sociedad originario que dé lugar a la personificación jurídica en el que varias personas se ponen de acuerdo para alcanzar unos fines. Son fruto de una decisión de la Administración que decide asumir una personalidad privada para el mejor ejercicio de sus competencias. Lo hace con respeto al principio de legalidad, porque la Ley se lo permite. Como pone de manifiesto el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA¹ frente al principio corporativo o asociativo de las sociedades privadas en las que existe una puesta en común por varios socios, en las sociedades públicas la sociedad es simple forma o método para encubrir la creación de un ente filial manifestándose de esta forma el principio institucional de representación.

En el ámbito local esa habilitación legal se recoge en la LBRL que en su artículo 85 considera a estas sociedades como forma de gestión directa de los servicios municipales. Su funcionamiento de conformidad con la propia ley básica se somete al ordenamiento privado salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

Las sociedades mercantiles públicas como técnica instrumental de las Administraciones surgen para permitir que la actividad prestacional se pueda someter al régimen privado, más ágil y menos formal que el del Derecho administrativo. Consecuentemente sus actos siempre tienen naturaleza privada sometiéndose como regla general a los jueces civiles y, dentro del ámbito laboral, al orden social.

Aunque puedan someterse a regulaciones de normas públicas tal y como excepciona la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) en relación con la materia contractual o presupuestaria e incluso en los últimos tiempos se observe que el Derecho público va aumentando su control sobre estos entes instrumentales esto no supone que vayan a dictar actos administrativos ni que sus decisiones vayan a ser objeto de revisión en vía contenciosa.

Con SOSA WAGNER² entendemos erróneo el planteamiento de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990³ que considera la aprobación del balance, de la cuenta de explotación y de la memoria anual de la explotación del servicio de basuras por una sociedad de capital íntegramente municipal como

1 García de Enterría *Curso de Derecho Administrativo I*, 2002, pp. 416 y ss.

2 Sosa Wagner *La gestión de los servicios públicos locales*, 2008, pág. 159.

3 Tribunal Supremo, Sentencia de 5 de diciembre de 1990: "Procede desestimar el primero de los motivos en que el recurrente don Rafael C. R. fundamenta el recurso de casación de que se trata, formulado, al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto la Sala sentenciadora de instancia se abstiene de conocer de las pretensiones formuladas en la demanda iniciadora del juicio en cuestión, porque afectando el acuerdo que dicho recurrente trata de impugnar a la aprobación de la Gestión-balance, memoria y cuenta de explotación de la prestación de servicio público de recogida de basuras, con carácter de servicio mínimo obligatorio impuesto a los ayuntamientos según el artículo 102, párrafos f) y g) de la Ley de Régimen Local, con prestación en gestión adecuada adoptada en forma de sociedad mercantil con capital perteneciente al Ayuntamiento de Terrasa que presta dichos servicios obligatorios, cual autoriza el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, unido a que de conformidad con lo prevenido en el artículo 92-1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, promulgado por Decreto de 17 de junio de 1955, el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General de Empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos a los preceptos de la Ley y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, es significativo que el referido acuerdo, objeto de la actual controversia jurídica, tiene el indudable carácter de acto administrativo y en consecuencia impugnabile no ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, sino ante la competente Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y siendo a tal fin inoperante que el indicado servicio público se preste a medio de una forma de sociedad anónima municipalizada, dado que el carácter de socio es atribuido en exclusiva a favor del ayuntamiento que tiene a su cargo la prestación del indicado servicio público mínimo obligatorio, con aportación del capital social por dicho ente público, y no a los concejales que lo integran, entre los que figura el demandante, ahora recurrente, don Rafael C. R., en cuyo carácter de Concejales pudo y puede ejercitar, en su caso, las acciones correspondientes de índole corporativa municipal, mediante el ejercicio de su actividad edilicia, y concretamente mediante las correspondientes acciones de índole administrativa que estimase procedentes con relación a la cuestión planteada".

un acto administrativo. En esta sentencia se parte de una confusión entre el socio único que es el ayuntamiento y la sociedad mercantil que es un sujeto de Derecho privado.

Debe distinguirse de forma clara ambas personificaciones, entre la de Derecho público propia del ayuntamiento y la de la sociedad que es de naturaleza privada. Los actos de la sociedad no son actos imputables al socio único que es la corporación sino a la propia sociedad y por tanto no son actos administrativos⁴.

Consecuentemente, como regla general, la revisión de sus acuerdos societarios que tienen la naturaleza de actos privados corresponderá a la jurisdicción civil. No obstante existen determinados acuerdos que excepcionalmente van a quedar sometidos a la jurisdicción contenciosa. El sometimiento a uno u otro orden jurisdiccional conlleva importantes consecuencias en torno a la legitimación de los concejales para la impugnación de estos acuerdos.

Recapitulando y para una mejor comprensión procede realizar una triple distinción en el funcionamiento de las sociedades de capital municipal:

- Normativa que regula su actuación: por regla general será de Derecho privado a excepción de algunas materias⁵.
- Acuerdos societarios: que son decisiones de Derecho privado, nunca actos administrativos.
- Revisión jurisdiccional de sus acuerdos: Que corresponderá por regla general, independientemente de que las normas que se apliquen sean de Derecho público o privado, al orden civil. Solo excepcionalmente corresponderá a los jueces y tribunales contenciosos.

2. LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA REVISIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

Ha de partirse de que la regla general en cuanto a la revisión de los acuerdos de las sociedades mercantiles es la competencia de los jueces y tribunales del orden civil. Las sociedades mercantiles públicas, incluidas las de capital municipal, no se excepcionan de ese régimen general.

Conforme al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC en lo sucesivo), norma de Derecho privado que disciplina las sociedades mercantiles, son impugnables ante la jurisdicción civil los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Dentro de estos acuerdos se diferencian a su vez:

- Los acuerdos contrarios a la ley que serán nulos.
- Los demás acuerdos que serán anulables.

La acción impugnatoria contra los actos de la junta general, que se ejercerá frente a la sociedad, caducará en el plazo de un año a excepción de la impugnación de los actos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. En el caso de los actos anulables la acción caducará a los cuarenta días computando ambos plazos desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Contra los actos del consejo de administración o de cualquier órgano colegiado de administración el plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria es de treinta días.

Por su parte la jurisdicción social será competente en relación con los acuerdos societarios que incidan en la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social⁶.

4 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 29 diciembre 1989: “En cuanto al fondo de la cuestión planteada, necesario es distinguir entre las cuestiones puramente formales de lo que fue la reunión plenaria del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas los acuerdos de tal pleno en cuanto Junta General de la Sociedad cuya constitución se había acordado autorizando al Ilmo. Sr. Alcalde de la ciudad a otorgar la escritura constitutiva; los mencionados acuerdos, obviamente, por la aplicación de la teoría de los actos separables, quedan fuera de esta impugnación, ya que ellos tienen, en su caso, su tratamiento en una vía distinta, no siéndole permitido a esta Jurisdicción entrar en ellos”.

5 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 85 ter

1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

6 Las materias incluidas y excluidas del conocimiento de este orden jurisdiccional se recoge en los artículos 2 y 3 de la Ley 36/2011, de

La competencia del orden social alcanza incluso a los procedimientos de selección de personal de estas sociedades que, si bien están sometidos a los principios del Estatuto Básico del Empleado Público⁷ y por tanto a normas de naturaleza pública, no son sino actos societarios sujetos al Derecho laboral⁸.

2. 1. Supuestos de competencia del orden contencioso

Las sociedades de capital municipal, aunque se rijan por algunas normas de Derecho público, no dictan actos administrativos. Consecuentemente el control de sus acuerdos es propio de los órdenes jurisdiccionales civil y laboral. Los supuestos de competencia del orden contencioso para controlar estos actos puramente privados son excepcionales.

El punto de partida para conocer en qué casos los tribunales administrativos pueden controlar los actos privados de las sociedades de capital íntegramente municipal lo encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Afirma esta norma que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la propia LOPJ o por otras leyes. Igualmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) se remite en cuanto a la competencia de los jueces y tribunales del orden contencioso a sus propias previsiones así como a las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Existe por tanto una reserva de ley en relación al reconocimiento de competencia a los juzgados y tribunales pero la misma no tiene que ser específicamente una ley reguladora de la jurisdicción de los tribunales. Puede atribuirse la competencia para el control de los acuerdos privados de las sociedades públicas tanto en las normas que regulan el orden jurisdiccional contencioso como en leyes sectoriales. Son en todo caso supuestos excepcionales puesto que la jurisdicción contenciosa es por naturaleza revisora de actos administrativos.

2. 1. 1 Acuerdos de las sociedades municipales concesionarias de servicios

De la propia LJCA se extrae la primera excepción. Se afirma en el artículo 2. d) que serán competentes los tribunales contenciosos para conocer sobre “los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

Para que pueda aplicarse esta excepción a una sociedad de capital municipal se precisa como requisito inicial que dicha sociedad se encargue de la gestión de un servicio público. Adicionalmente debemos estar bien ante un acuerdo societario que expresamente pueda ser recurrido en vía contenciosa por estar previsto en una norma legal o bien ante un acto de control por parte del ayuntamiento titular de los servicios públicos de la actuación de la sociedad de capital municipal en ejercicio de una potestad administrativa.

Es por tanto una excepción al régimen general de competencia de los tribunales civiles que debe ser interpretada en sus justos términos. Desde el ámbito civil, en interpretación de este precepto, se ha intentado considerar de naturaleza administrativa los conflictos relativos a la gestión del patrimonio por parte de las sociedades mercantiles de capital municipal.

10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

7 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Disposición Adicional Primera Ámbito específico de aplicación

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.

8 Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia de 4 May. 2012, rec. 785/2012:

“De lo expuesto resulta que la empresa demandada si bien es una sociedad mercantil constituida con capital público municipal sin embargo está sometida al Derecho Privado y en estos casos ha de aplicársele la condición y régimen jurídico propio de las empresas privadas. Por lo tanto y tratándose la empresa demandada de una entidad sometida al derecho privado, la competencia del orden jurisdiccional social resulta clara, pues tal y como se señala por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 2007 ‘configurándose la demandada como una entidad sometida al derecho privado, aún cuando en los sistemas de selección de personal haya de ajustarse a los principios de mérito y capacidad por su función híbrida de ente público y sociedad privada, en relación con la competencia judicial para conocer de las cuestiones laborales que puedan surgir en la misma, se ha entendido que están sujetas al régimen laboral común y por ello a la competencia del orden jurisdiccional social’. En términos similares, el Alto Tribunal en sentencia de 12 de julio de 2007 en relación a las empresas ‘con participación mayoritaria del capital público y las entidades de derecho público que por Ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado’ manifiesta cómo ‘la convocatoria impugnada no constituye una potestad administrativa ejercida por un poder público sino un acto de gestión empresarial, sometido al Derecho privado y revisable ante el orden social de la jurisdicción’, competencia del orden jurisdiccional social igualmente declarada en la sentencia de 29 de septiembre de 2006 dictada en unificación de doctrina y en relación con demandas presentadas por quienes aspiraban a ocupar una plaza laboral en una sociedad anónima de carácter público para impugnar, de una forma u otra, el proceso selectivo iniciado por tales empresas”.

En este sentido la Audiencia Provincial de Málaga en su reciente sentencia de 7 de mayo de 2013⁹ afirma que los conflictos que se generen entre una sociedad municipal y terceros en relación con la gestión del puerto deportivo deben ser recurridos en vía contenciosa por ser la sociedad municipal titular de una concesión de dominio público.

Se trata, a nuestro juicio, de un planteamiento erróneo que va en el mismo sentido de la tan criticada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990. Nuevamente se confunde a la sociedad con el socio. Que la sociedad municipal sea titular de una concesión administrativa y que su único socio sea un ayuntamiento no empece que el contrato de arrendamiento de parte de sus instalaciones sea un contrato patrimonial de naturaleza privada, excluido de la normativa sobre contratación pública en todo caso, que debe ser controlado por la jurisdicción civil y no por la contenciosa. No cabe por tanto entender este supuesto incluido en la excepción del artículo 2 d) de la LJCA.

Acertadamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de diciembre de 2002¹⁰, en aplicación del mismo precepto de la LJCA, rechazaba la competencia de la jurisdicción contenciosa en un caso similar al entender que un concesionario de un bien demanial en ningún caso asume potestades públicas vinculadas a la prestación de un servicio público. No entraría dentro de este concepto un mero acto de gestión patrimonial como es el alquiler de algún bien integrante de una concesión.

El problema que subyace en la aplicación de este precepto es el relativo a qué debe entenderse por servicio público en el ámbito local. La indefinición del concepto puede llevarnos desde una visión estricta limitada a aquellos servicios esenciales a una visión amplia al amparo del artículo 85.1 de la LBRL. Sostiene este precepto que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias. Esta última posición puede conllevar que cualquier actuación municipal pueda ser considerada de servicio público.

En esta última visión, en un concepto amplio de servicio público, se alinea la sentencia del Tribunal Superior

9 Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia de 7 de mayo de 2013FJ 3: “sino por considerarse ‘motu proprio’ que el asunto sometido a decisión del órgano enjuiciador sobre una materia de la que corresponde conocer a tribunales integrados en otro orden jurisdiccional diferente, concretamente al contencioso-administrativo, ya que, sea como fuere, el terreno sobre el que desarrolla la prestación de servicios la demandante tiene la naturaleza de dominio público, pues el Puerto Deportivo de Benalmádena es fruto de concesión administrativa otorgada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 1972, a favor del Ayuntamiento de dicha localidad, con objeto de construir y explotar puerto deportivo en zona marítimo terrestre, competencias que fueron transferidas a la Junta de Andalucía a partir de la aprobación de los artículos 64.1.5º del Estatuto de Autonomía de Andalucía, funciones que son ejercidas a través de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, la cual autorizó al Ayuntamiento de Benalmádena a ceder el uso y explotación de la concesión a la empresa municipal ‘Puerto Deportivo de Benalmádena S.A.’ participada al 100% por el Ayuntamiento, siendo su Presidente el Alcalde de la localidad y constituida su Junta General de Accionistas por la totalidad de los Concejales de dicha Corporación Municipal, lo que determina que, sin necesidad de entrar en examinar si concurre en el caso ‘animus spoliandi’ en quienes han sido demandados, el hecho cierto e incuestionable no es otro que el de entender que la cuestión controvertida excede del estricto marco jurisdiccional civil, debiendo pasar al correspondiente contencioso-administrativo al versar el debate sobre concesionario que desarrolla unos servicios públicos portuarios todo ello regido por normativa de contenido administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.b) de la Ley 29/1998 de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que impone como respuesta la desestimación del recurso de apelación y, por ende, el que se confirme el fallo judicial de primera instancia por ser plenamente ajustado a derecho”.

10 Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sentencia de 18 de diciembre de 2002: “La parte demandante considera que el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa porque se impugna un acto de un concesionario, dictado en el ejercicio de potestades públicas. En apoyo de su posición, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio del 1991 por la que se declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la impugnación de un acto emanado de una empresa mixta gestora de un servicio público municipal, y la STS de 9 de mayo del 1989, que se refiere igualmente a actos de un concesionario de servicios públicos.

El caso de los concesionarios de servicios públicos es distinto del que nosotros tratamos, pues estamos en presencia de una sociedad mercantil concesionaria del dominio público, pero no de un servicio público. La razón por la que para los primeros se designe como competente a la jurisdicción contencioso-administrativa es que son delegados de la Administración, que ejercen funciones públicas para gestionar un servicio de titularidad pública, por lo que se les atribuye el carácter de Administración cuando actúan en el ejercicio de esas potestades públicas. En cambio, el titular de una concesión sobre el dominio público no ejerce potestades administrativas, porque no gestiona ningún servicio de titularidad pública que la Administración esté obligada a garantizar, y, por tanto, no actúa como delegado de la Administración.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril del 1987 - también citada por el recurrente- no es aplicable a este caso, pues se refiere a la impugnación de un acto de la Administración local de desahucio del ocupante de un puesto del mercado municipal. Además, la sentencia de instancia, cuyos fundamentos jurídicos son aceptados por el Tribunal Supremo, señalaba que “si el concesionario tiene derecho a una protección, adecuada para que pueda prestar el servicio público concedido, es evidente que el ejercicio de las facultades coercitivas en qué consiste el desahucio es legítimo...” por lo que queda claro que consideró al concesionario delegado de la Administración por entender que lo era de un servicio público.

En consonancia con lo expuesto, la nueva Ley jurisdiccional, en su artículo 2 d), al delimitar la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere a “los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

En consecuencia, como no estamos en presencia de una concesión de un servicio público, no podemos aplicar la Jurisprudencia citada a efectos de resolver la cuestión sobre la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer del presente caso”.

de Justicia de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 en relación con el acuerdo del consejo de administración de una sociedad municipal sobre la convocatoria pública de adjudicación de viviendas de protección oficial.

En ningún caso nos parece acertada la posición del tribunal de considerar la promoción de viviendas como un servicio público sobre el que el ayuntamiento¹¹, como titular de la sociedad, tiene una facultad de control o fiscalización. Es cierto que existe una competencia municipal pero eso no supone ni la existencia de un servicio público ni que se esté ejerciendo una potestad administrativa.

Aplicándose la posición de este tribunal y desde una visión amplísima del servicio público el ayuntamiento podría controlar los acuerdos de todas las sociedades de su propiedad. La sociedad municipal siempre se va a presentar como una forma de actuación municipal amparada por una competencia sea propia o impropia. Como corolario de esa argumentación todos los actos de las sociedades mercantiles serían controlables por la Administración municipal siendo y en última instancia revisables por el orden contencioso.

Más ponderada nos parece la postura del Tribunal Supremo¹² que ha asumido la competencia del orden contencioso administrativo exclusivamente en supuestos mucho más precisos. Así entiende competente a la vía contenciosa en relación con los actos de reclamación frente a las cantidades abonadas en concepto de derecho de acometida por una sociedad que presta el servicio de abastecimiento de agua.

En este caso estamos ante un indudable servicio público entendido como actividad esencial para la vida vecinal. Y lo que se están reclamando son cantidades exigidas en función de una regulación municipal sobre la base de la Ley de Haciendas Locales. El concesionario está materializando con el cobro la potestad tributaria municipal, por eso dichos actos deben ser controlados por los tribunales contencioso-administrativos.

2.1. 2 Contratación pública

La intervención del orden contencioso en determinados ámbitos de la contratación de las sociedades municipales tiene su fundamento en la doctrina de los actos separables que supone la técnica administrativa más importante frente a la huida del Derecho administrativo.

Conforme a esta doctrina, algunos de los actos *ad intra* de la sociedad tendentes a la articulación interna de su voluntad son regulados por el Derecho administrativo. Esto conlleva que la posible vulneración de las normas públicas deba ser impugnada ante la jurisdicción contenciosa conforme a su normativa procesal.

Esta técnica tiene un reconocimiento expreso tanto dentro de la LJCA¹³ como del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados de

11 Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sentencia de 31 de mayo de 2006:

“En el presente caso estamos ante una sociedad mercantil de capital íntegramente suscrito por una entidad local para la gestión de un servicio público local- en tanto se ejerce la competencia del artículo 25.2 d) y k) de la Ley de Bases del Régimen local - que es considerada por el artículo 85.2 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, como una forma de gestión directa de tales servicios públicos, es decir, gestión por la propia Administración local, por lo que con mayor razón debemos afirmar que corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativo decidir el asunto”.

12 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 9 Feb. 2007:

“Los derechos económicos de que se trata, constituyen la contraprestación exigida a los usuarios del servicio público municipalizado de distribución y abastecimiento del agua potable para sufragar los gastos que debe realizar la entidad gestora del servicio, en la ejecución de las acometidas solicitadas y para compensar el valor proporcional de la inversión que han de efectuar para mantener la capacidad de abastecimiento del sistema. Se está, por tanto, y por un lado, ante un servicio público municipalizado gestionado de forma directa por una empresa mixta, y por otro, por una exacción cuyo fundamento se encuentra en la contribución por el beneficiario de la actuación administrativa al sostenimiento de los gastos e inversiones realizados en la prestación de esa gestión, ya se conceptúe como tasa -artículos 2.1,b) y 20.4-t) de la Ley 39/88, Reguladora de las Haciendas Locales -, ya se considere precio público -artículos 2.1,e) y 41 de la misma Ley -, siendo, en cualquier caso, un ingreso de derecho público -artículo 2 de la meritada Ley-.

La pretensión encaminada a lograr la declaración de la inexistencia de la obligación de pago de tales conceptos, primero, y a obtener la condena de la devolución de las cantidades abonadas, después, constituye una cuestión que, lejos de operar como antecedente lógico, como cuestión previa o prejudicial a una reclamación deducida ante los órganos de la jurisdicción civil, con fundamento en la figura cuasicontractual del cobro de lo indebido, conforma el objeto mismo del proceso, por lo que su indiscutible naturaleza administrativa la sustrae del conocimiento de los tribunales del orden civil para situarla en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que corresponde su examen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 y 2 -d) de la Ley reguladora de esa Jurisdicción, en la medida en que conlleva el control o la fiscalización de la actuación realizada por quien gestiona de modo directo un servicio público municipalizado”

13 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 2

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...]

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.

las Administraciones y de determinados tipos contractuales de los poderes adjudicadores se rigen por las normas de la contratación pública y se someten al control de la jurisdicción contenciosa.

De conformidad con los criterios fijados por las directivas comunitarias¹⁴ en contratación pública que traspone al ordenamiento español el TRLCSP establece que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal forman parte del sector público. Cuando además concurren las circunstancias recogidas en el artículo 3.2. b)¹⁵ estas sociedades van a tener la condición de poderes adjudicadores lo que supone una sujeción más intensa a la normativa contractual.

Por regla general, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶, prácticamente todas las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal van a tener la condición de poder adjudicador entrando determinados contratos que celebren en la categoría de sujetos a regulación armonizada. En esta categoría se incluyen los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de determinadas categorías del contrato de servicios que superen unas determinadas cuantías.

Dentro del ámbito contractual se va a reconocer al orden contencioso competencia en relación con la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada así como del resto de contratos de servicios que celebren los poderes adjudicadores cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

También conocerán los jueces y tribunales de lo contencioso de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos especiales. El recurso especial en materia contractual se regula como un recurso de naturaleza administrativa de carácter potestativo previo a la vía contenciosa. Dicho recurso cabe contra los actos de la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada y del resto de contratos de servicios que superen los 207.000 euros que celebren las sociedades mercantiles municipales¹⁷.

La resolución de este recurso, sin perjuicio del régimen transitorio fijado por la Ley 34/2004, se deja en manos de órganos administrativos sin dependencia del órgano de contratación. Las resoluciones de dichos órganos son impugnables en vía contenciosa.

De esta forma determinados acuerdos de naturaleza indudablemente privada de las sociedades mercantiles de capital municipal, como son la licitación y adjudicación de determinados contratos, quedan sometidos al orden contencioso como taxativamente ha reconocido el Tribunal Supremo¹⁸.

¹⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

¹⁵ b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

¹⁶ En este sentido vid. sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de febrero de 2003, de 22 de mayo de 2003 y de 10 de abril de 2008.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

Artículo 40.2

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

¹⁸ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 21 Nov. 2012, rec. 5049/2011:

“En este sentido los Autos recurridos se centran en los conceptos tradicionales de Administración, contratos y acto administrativo, artículos 1 y 2. b) de la Ley 29/1998, sin tomar en consideración que, además de a esa ley, debe atenderse a lo que resulta de lo dispuesto en la Ley 30/2007, cuyo ámbito objetivo tiene un alcance más amplio que el mero contrato administrativo, pues, como dice el art. 1 de dicha Ley, «tiene por objeto regular la contratación del sector público».

Es básico, para decidir cuál sea el orden jurisdiccional al que corresponde la competencia para el conocimiento del presente recurso, lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley 30/2007 y 10.2 de la LJCA, modificados por la Ley 34/2010. Dispone el citado artículo 21:

«1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el

Estos acuerdos estarán sujetos al orden contencioso bien porque se impugnen directamente o bien porque recurridos en vía administrativa a través del recurso especial las resoluciones de los tribunales contractuales en relación a estos recursos son revisables en vía contenciosa. De esta forma el orden contencioso está revisando decisiones de naturaleza privada.

En el caso de las resoluciones de los tribunales contractuales en relación con los recursos especiales la técnica utilizada por el legislador ha sido administrativizar los acuerdos privados a través del recurso especial contractual. El acto privado se controla por un órgano administrativo. Posteriormente se impugna la decisión de ese órgano ante la jurisdicción contenciosa. En este sentido la LJCA atribuye a la jurisdicción contenciosa competencia expresa para el control de las resoluciones de los recursos contractuales¹⁹.

2.1.3 Reclamaciones patrimoniales

De la LJCA²⁰ también se concluye que, en los casos de que se produzcan reclamaciones patrimoniales por supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual en los que junto con la sociedad mercantil de capital municipal figure como demandada una Administración Pública, la competencia para conocer de estas reclamaciones corresponderá al orden contencioso²¹.

conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el artículo 311 de esta Ley.»

El artículo 10 de la LJCA dispone por su parte, que:

«Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

K) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.»

Basta la simple lectura de estos dos preceptos para poner de manifiesto el error de los autos recurridos, que consideramos carentes por completo de fundamento adecuado, imponiéndose así la estimación del motivo analizado, y por ende la del recurso de casación sin necesidad de analizar el motivo segundo, cuya fundamentación, en realidad, está ínsita en la del primero».

¹⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 10 Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia

1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: [...]

k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

Artículo 11

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: [...]

f) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k).

²⁰ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Artículo 2

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...]

E) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

²¹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 693/2005 de 26 mayo.

Si se imputa responsabilidad a la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)», debe recordarse que este Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la cuestión ya que el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece las atribuciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, al establecer que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Y añade que se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales. Es decir se precisa que la actuación sea imputable a la administración pública, conformando también la misma las Entidades de Derecho público, pero la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)», no es una entidad de derecho público sino una sociedad mercantil sometida al derecho privado, por más que su accionista único sea el Ayuntamiento de Madrid. En igual sentido el artículo 2 establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: «.....» La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas

Ha de partirse de que la responsabilidad de las sociedades en sus actuaciones con terceros se va a regir por las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual propias del Derecho privado.

A los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad continúa plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico una concepción subjetiva. Lo relevante es la personalidad jurídica del sujeto. Al tener las sociedades mercantiles, incluso aquellas en que el capital pertenece en su totalidad a un ayuntamiento, una personificación jurídica de Derecho privado su régimen de responsabilidad se rige por el ordenamiento jurídico privado.

Cierto es que por determinado sector doctrinal, e incluso jurisprudencial, se propone en cuanto a la responsabilidad una concepción material para determinar el régimen jurídico al que deben someterse. Desde este punto de vista se debe considerar no tanto la personalidad jurídica sino el contenido de la actividad en la cual se ha generado la responsabilidad. Desde esta concepción en las actividades de servicio que desarrollan las sociedades públicas, alejadas de la pura gestión mercantil o industrial, deberían someterse al régimen de responsabilidad patrimonial objetiva regulado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta postura ha recibido un importante espaldarazo por parte de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en Auto de 20 de noviembre de 2007²². En relación a la reclamación de una aseguradora frente a una sociedad mercantil de capital íntegramente local concluye que al estar prestándose un servicio público mediante una personificación mercantil el régimen jurídico de la responsabilidad no puede ser otro que el propio de la Administración. Consecuentemente la competencia para enjuiciar la reclamación corresponderá a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Los hechos determinantes para el Tribunal Supremo son principalmente dos: que se está utilizando la personificación privada para la prestación de un servicio público y que el capital de la sociedad es íntegramente público.

Sobre estas cuestiones, el carácter público del capital social y que la actividad que desarrolla sea de servicio público, como requisitos esenciales para el sometimiento al régimen objetivo de responsabilidad y al sometimiento de los tribunales contenciosos se ha ratificado posteriormente el Tribunal Supremo.

aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Y la modificación de este precepto operado por la disposición adicional 14ª. 1ª) de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 diciembre, mantiene la misma redacción si bien añadiendo que se mantiene la atribución en favor del orden Jurisdiccional contencioso-administrativo aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. El actual artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados y Tribunales del Los del orden contencioso-administrativo conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas. Es decir para que el asunto se atribuya a este orden jurisdiccional se precisa que siempre sea demandada una administración pública y no conformando la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)» la administración pública local, el asunto no es competencia de este orden jurisdiccional sino de los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. (Artículo 9 apartado 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

²² Tribunal Supremo. Auto de 20 de noviembre de 2007 “Pues bien, de lo antedicho se desprende que la sociedad anónima contra la que se dirige la pretensión resarcitoria no es una mera concesionaria del Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora para la prestación del servicio público, de competencia municipal, de abastecimiento de agua, sino, conforme al art. 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, una persona jurídica para la gestión directa de un servicio público local (por más que el art. 103 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Legvo. 781/1986, de 18 de abril, impusiera la forma de sociedad limitada y por más que en la escritura de constitución se citara el art. 104 y no el 103 de dicho Texto Refundido), ya que el capital social pertenece íntegramente a todas las entidades locales fundadoras, a diferencia de lo previsto en el Ap. 4 e) de ese mismo art. 85 para la gestión indirecta, y no hay resquicio alguno para la intervención de ninguna persona o entidad que no sea Administración Pública. En definitiva, tanto en su origen, un convenio entre la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Almería, como en su fundación, por la propia Diputación y doce Ayuntamientos, y por su régimen de gobierno, siempre por personas que ostenten el cargo de diputados provinciales y de ediles de dichos Ayuntamientos, la personalidad administrativa de la sociedad, su carácter de Administración Pública, es indiscutible en todo cuanto se refiere a la prestación del servicio público y, por tanto, también en cuanto a su responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en realidad la constitución de una sociedad anónima fue la fórmula adoptada para aunar los esfuerzos de todas las entidades públicas fundadoras en la prestación del servicio público que a cada una de ellas incumbía por separado, pero sin que ello les permitiera eludir el régimen específico de su responsabilidad patrimonial tras una serie de importantes modificaciones normativas que, iniciadas con la Ley 30/92 y culminadas con las reformas de la LOPJ y de la LJCA en 2003, pretenden hacer realidad el principio de unidad de jurisdicción para la Administración Pública, que resultaría eludido mediante ese revestimiento puramente formal del mismo modo que cuando la persona física pretende salvar su propia responsabilidad patrimonial universal ocultándose en una persona jurídica y haciendo precisa la aplicación de la técnica del ‘levantamiento del velo’”.

En aplicación de estos criterios, poniendo principalmente el acento en la propiedad pública de la sociedad, el Auto de 22 de septiembre de 2008²³ niega la posibilidad de acudir a la vía contenciosa frente a una concesionaria de un servicio público al faltar el requisito de la integridad del capital público. Criterio seguido asimismo en sentencias sucesivas como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2009²⁴ que asume, en base al posicionamiento del Tribunal Supremo, la competencia de la jurisdicción civil para enjuiciar la responsabilidad de una sociedad mixta por no ser su carácter íntegramente público.

No obstante el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2009²⁵ vuelve a matizar la postura al negar la posibilidad de reclamar en vía contenciosa a una entidad pública empresarial puesto que si bien su capital es íntegramente público la actividad por la que reclama no atiende a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública.

Se observa por tanto cierta indefinición en la postura jurisprudencial. La integridad del capital público resulta un requisito imprescindible pero parece que no único. Resulta necesario que la actuación societaria tenga una finalidad pública.

Sin perjuicio de la complejidad de definir los límites del servicio público y la dificultad de utilizar este concepto como parámetro para establecer uno u otro régimen de responsabilidad, público o privado, con la normativa actualmente vigente no parece posible asumir dicha postura.

La normativa local²⁶ se remite al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tomando en consideración la claridad con que se expresa esta norma y su desarrollo reglamentario que afirma que el sistema de responsabilidad patrimonial objetivo es aplicable a las Administraciones Públicas deben hacernos concluir que no cabe su aplicación, en ningún supuesto, a una sociedad mercantil de capital municipal sin que previamente se realice una modificación legislativa.

En estos mismos términos, aunque con anterioridad a los pronunciamientos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que hemos analizado, se han manifestado en determinadas ocasiones los tribunales²⁷ excluyendo la aplicación de la normativa de responsabilidad patrimonial de las Administraciones atendiendo a la naturaleza privada de las sociedades mercantiles.

23 Tribunal Supremo. Auto de 22 de septiembre de 2008 “Como el Ministerio Fiscal recuerda, esta Sala de Conflictos, en Auto de 20 de noviembre de 2007 (conflicto de competencia 23/2007), tuvo en cuenta la naturaleza jurídico-pública de la entidad concesionaria del servicio para llegar a un solución contraria a la del caso de autos. En aquella resolución, el factor determinante de la decisión adoptada fue que el capital social de la entidad concesionaria del servicio era, en su integridad, de procedencia pública; de ahí que, a los efectos de determinar su responsabilidad patrimonial, se entendiera que actuaba como un verdadero ente administrativo más y, por tanto, la jurisdicción competente era la Contencioso-Administrativa. El verdadero criterio delimitador que justificó la elección de esa Jurisdicción no fue tanto la gestión de un servicio público, sino, sobre todo y fundamentalmente, que aquella Entidad fuera de titularidad pública aunque con una configuración formal de sociedad anónima”.

24 Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2009 “En el supuesto presente, el capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., no es enteramente público del Ayuntamiento de Madrid, por lo que no existe razón alguna para calificarla administración pública a los efectos analizados”.

25 Tribunal Supremo. Auto de 19 de junio de 2009 “No obsta que EMGIASA sea una entidad empresarial pública con la totalidad de su capital social suscrito por el Ayuntamiento porque si en todo contrato administrativo ha de ser una de las partes una Administración Pública, no todos los contratos que celebra una Administración Pública son administrativos. La actividad contractual desplegada por EMGIASA, aunque tiene aspectos administrativos y responda a un propósito de favorecer a una parte de la población por un laudable interés social, no atiende a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública -obra pública o servicio público- de su específica competencia, y, con independencia de si realmente existe una responsabilidad como promotora en la función de fiscalización de la obra, o como vendedora, resulta evidente que, dada la naturaleza de la obligación jurídica exigida, se trata de materia sustantiva civil, regulada por preceptos de esta naturaleza”.

26 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 54: Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.

Artículo 224 ROF: Cuando la entidad local explote una industria o Empresa como persona jurídica de Derecho privado, le será aplicable las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios.

27 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 26 May. 2005, rec. 1070/2003: La Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A., no es Administración pública, sino que es una sociedad privada municipal, es una sociedad anónima mercantil, siendo indiferente, al determinar su naturaleza, quién sea socio de la misma ni el fin a la que está destinada. En el sector público actúan tres categorías principales de personas, no pudiendo ni debiendo confundir persona con Administración pública, que son las Administraciones públicas en sí mismas, es decir, los entes puros de Derechos administrativo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica pública que son los organismos autónomos, y empresas con personalidad jurídica pública, y por último las empresas mercantiles con personalidad jurídica privada. Que actúen los tres tipos en la esfera pública no significa que estén sujetas al Derecho administrativo, y la resolución de los litigios en los que sean partes como demandadas hayan de ser resueltos por la jurisdicción contenciosa, sólo será competente ésta cuando estemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En consecuencia, sin desconocer la posición del Tribunal Supremo, a nuestro parecer las sociedades municipales deben someterse exclusivamente a la normativa privada en cuanto a la responsabilidad frente a terceros perjudicados²⁸.

Tan solo cuando en aplicación de la técnica del levantamiento del velo, motivado por una actuación fraudulenta o en abuso de derecho, se imputen a la Administración los actos de la sociedad podrán someterse conductas societarias al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Pero en estos casos el hecho determinante es que la conducta societaria se atribuye como propia de la Administración y por ello debe responder conforme a las normas del Derecho administrativo.

Esta regla general del sometimiento al Derecho privado puede no obstante matizarse en algunos aspectos. Sin perjuicio de que su régimen de responsabilidad es de Derecho privado las sociedades municipales son formas de gestión directa de servicios y de prestación de actividades económicas utilizando para ello bienes y derechos de titularidad municipal. El ayuntamiento es siempre el titular del servicio o de la actividad, e incluso del patrimonio que se utiliza para los fines societarios, siendo la sociedad el instrumento a través del cual se materializa la voluntad municipal. Por ello el ayuntamiento no puede escudarse sin más en la personalidad privada de la sociedad instrumental. Su posición debe estudiarse caso por caso a los efectos de exigirle responsabilidad.

En este sentido la sentencia Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 en la resolución de un recurso de casación en interés de Ley pone el acento en que para fijar la posible responsabilidad del ayuntamiento en unión a la de la sociedad municipal resulta relevante no la titularidad de las acciones sino la del servicio que presta esa sociedad.

Es una postura mucho mejor fundamentada, según nuestro criterio, que la expuesta de la Sala de Conflictos del propio Tribunal Supremo. Mientras que esta Sala equiparaba a la sociedad de capital íntegramente público que desarrolla servicios públicos a una Administración y consecuentemente la sometía a un régimen de responsabilidad patrimonial objetivo con competencia de la jurisdicción contenciosa en este supuesto el Tribunal Supremo introducía un nuevo matiz.

Afirma que la Administración no puede declararse ajena puesto que es la titular tanto de la actividad como de los bienes que se utilizan para su prestación con lo cual puede concurrir como codemandada a efectos de exigir su responsabilidad pero sin objetivizar la responsabilidad de las sociedades mercantiles en la prestación de los servicios públicos.

Al no existir para estos supuestos en que el daño puede imputarse tanto al ayuntamiento como a la sociedad mercantil de capital municipal un procedimiento administrativo previo destinado a determinar a quién resulta imputable el daño entendemos que el resulta posible que el perjudicado opte por reclamar junto con la sociedad municipal al propio ayuntamiento.

En este caso la competencia para conocer ese asunto corresponderá conforme a las normas que hemos visto a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹ que según tiene declarado la jurisprudencia tiene competencia plena en la materia. Si se concluye que la Administración no es responsable debe enjuiciar la responsabilidad del resto de codemandados aunque sean sujetos de Derecho privado³⁰.

²⁸ En este sentido SSTs de 8 de mayo de 2001 y de 9 de febrero de 1999.

²⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 2 El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...]

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

³⁰ Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de noviembre de 2007: "Ello supone que corresponde al orden Contencioso-Administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden Contencioso-Administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares.

Y no es obstáculo a tal conclusión, la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución.

Así lo hemos entendido recientemente en sentencia de 26 de septiembre de 2007 (recurso de casación núm. 4872/2003); en el caso allí enjuiciado, después de excluir la responsabilidad de la Administración, el Tribunal de instancia había efectuado condena de particulares, y cuestionada ésta en vía casacional, se rectificó la cuantía indemnizatoria, pero sin excluir la posibilidad de que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo se pronunciara sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de

Pero insistimos en que en todo caso la responsabilidad de la sociedad no debe determinarse conforme a las normas propias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones que no les son de aplicación ni siquiera en vía contenciosa, sino las propias de los sujetos privados reguladas en la normativa mercantil. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo³¹ afirmando que cuando sujetos privados son llevados al procedimiento contencioso administrativo como codemandados su eventual responsabilidad debe ser enjuiciada conforme a las normas propias del ordenamiento privado.

Por ello nos parece erróneo el planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en sentencia de 27 de diciembre de 2012³² intenta equiparar a una sociedad de capital íntegramente público como es Metro de Madrid SA a un concesionario de un servicio aplicándole la normativa prevista en el TRLCSP. Imponiendo a la Comunidad de Madrid como propietaria de la sociedad la obligación de tramitar un expediente previo y al no haberlo hecho admite que se demande a la Administración junto con la sociedad pública aplicándoles a ambas el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No resulta admisible esta postura puesto que una sociedad pública que gestiona un servicio no es un concesionario en los términos de la normativa contractual y ante una reclamación la Administración no tiene por qué tramitar un expediente en los términos del TRLCSP. En todo caso exista o no reclamación previa en vía administrativa y diga lo que diga la Administración que puede afirmar que la responsabilidad es exclusiva de la sociedad pública, la vía contenciosa queda abierta para el perjudicado. Los tribunales determinarán si existe deber de indemnización y a quién corresponde el mismo. Para determinar la responsabilidad de la Administración aplicarán la Ley 30/1992 y su normativa de desarrollo. Para la sociedad pública, las normas del ordenamiento privado.

la Administración, puesto que el recurso Contencioso-Administrativo se había planteado contra una decisión administrativa apreciando el recurrente que coexistía responsabilidad de la Administración junto con la de los particulares”.

31 Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de noviembre de 2007: “En tales circunstancias es evidente que no cabe entender producida una actuación merecedora de la pretendida condena por parte de las entidades y personas privadas traídas como codemandadas al proceso, ni siquiera invocando la teoría del riesgo, de origen civilístico, ni tampoco en función de las posibles irregularidades existentes en la grúa y en su instalación o en la deficiente conservación del poste del tendido eléctrico que cayó sobre el particular, porque es evidente que la responsabilidad de los particulares cuando sean traídos al proceso como consecuencia de una responsabilidad imputable, junto a ellos, a la Administración, no permite enjuiciar dicha responsabilidad si no es con arreglo a las normas del orden civil, contenidas en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sin que exista base alguna para poder aplicar a dichos sujetos privados los principios de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que resulta únicamente predicable de la Administración y su responsabilidad.

En el orden civil recuerda la Sala Segunda de este Tribunal, en sentencia de 9 de febrero de 2007 que “corresponde la carga de la prueba de la base fáctica del (nexo causal), y por ende las consecuencias favorables de su falta al demandante”, añadiendo que “la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido constatar (sentencia de 3 de mayo de 1995 citada en la de 30 de octubre de 2002, precisando, “como ya ha declarado con anterioridad esta Sala, la necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, que es lo que determina su obligación de repararlo y que no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 en determinados supuestos, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso”.

32 Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 27 de diciembre de 2012: En concreto en la citada sentencia se afirma:

“Como luego se verá, entre la Comunidad de Madrid y “METRO DE MADRID SA” existe una relación contractual de gestión de servicio público que determina el carácter solidario de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa” [...]

“Como se ha dicho, no es éste un caso en el que la Administración haya reconocido cualquier relación con el ámbito en el que pudo originarse la responsabilidad que se reclama: no ha dictado una resolución declarando la responsabilidad de “METRO DE MADRID, S.A.” e imponiéndosela, aplicando las disposiciones legales en materia de contratación administrativa que le permitan imputar al concesionario de un servicio público la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros en la gestión del servicio concedido; es decir, no es que haya inadmitido la reclamación por considerarse exonerada de toda responsabilidad debido a que la intervención de la entidad que presta el servicio público, cuya titularidad le corresponde a la Administración demandada, ha dado lugar a la ruptura del nexo causal, sino por considerarse absolutamente ajena al tema” [...]

“La circunstancia de la distinción entre la titularidad y la prestación del servicio público no exonera de responsabilidad a la Comunidad de Madrid, como tampoco el hecho de que la responsabilidad derive de una relación privada entre “METRO DE MADRID, S.A.” y el recurrente, pues es pacífica la doctrina jurisprudencial que, al hilo del alcance general y unitario del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución, considera indiferente el contexto en que haya tenido lugar la actividad administrativa, incluida la de las autoridades o personal a su servicio - artículo 145.1 de la Ley 30/1992 -, bien lo haya sido en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, en forma de una mera actividad material, en omisión de una obligación legal, en actuaciones de autoridades o personal a su servicio, y siendo también indiferente la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive pues, en caso de relaciones de Derecho Privado, las Administraciones públicas también responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, ya que la actuación del mismo se consideran legítimamente como actos propios de la Administración, debiendo exigirse la responsabilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - artículo 144 de la misma”.

2.1.4 Acceso a información societaria

Dentro de la normativa sectorial la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno también permite el control por parte del orden contencioso de los acuerdos de las sociedades municipales en relación con las solicitudes de acceso a información.

Esta norma incluye dentro de su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta de los ayuntamientos sea superior al 50 por 100. Por tanto las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal se encuentran sometidas a esta regulación.

Solicitado por los ciudadanos el acceso a documentación societaria en el caso de que se desestime por parte de una sociedad de capital íntegramente municipal esta decisión se convierte en un acto materialmente administrativo en tanto el mismo puede ser recurrido en vía contenciosa.

Con carácter potestativo y previo a la vía contenciosa, y si así prevé en la normativa autonómica, se podrá impugnar la denegación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o equivalente autonómico pudiendo recurrirse posteriormente esta decisión en vía contenciosa.

Pero ha de tenerse en cuenta que el recurso ante el Consejo u órgano autonómico es potestativo lo que supone que las decisiones de sociedades privadas de capital público superior al cincuenta por ciento en relación con el acceso a información en los términos de la Ley 19/2013 pueden controlarse por el orden contencioso.

A efectos de evitar confusiones consideramos conveniente modificar la LJCA para realizar una atribución de competencia expresa indicando los jueces o tribunales que van a conocer estos asuntos. Pero no resulta imprescindible puesto que la atribución de competencia del orden jurisdiccional contencioso puede realizarse, de acuerdo con la LOPJ³³, por cualquier norma con rango de Ley que es precisamente lo que ha hecho la Ley de Transparencia.

2.1.5 Actos de formación de la voluntad de la junta general societaria

La doctrina de los actos separables tiene también aplicación dentro del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos de las sociedades mercantiles de capital municipal.

En concreto en relación con la junta general en tanto órgano decisorio de la sociedad que expresa la voluntad del propietario único. No así en cuanto a la actuación del consejo de administración o los órganos de dirección que se someten en exclusiva a la normativa privada excepción hecha de la materia contractual o de acceso a la información en los términos expuestos.

Ha de tenerse en cuenta que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal son sociedades unipersonales puesto que su capital pertenece en exclusiva al ayuntamiento.

En las sociedades unipersonales el socio único adopta las decisiones de la sociedad asumiendo formalmente la condición de acuerdos de la junta general. Esta solución constituye una ficción para mantener la estructura orgánica societaria en tanto ni existen convocatorias ni quóruns ni mayorías que respetar. Si el socio es una persona física su mera voluntad se convierte en acuerdo. Si es una persona jurídica debe respetar el procedimiento que le impone su normativa para formar su voluntad pero una vez formada se convierte en acuerdo de la sociedad unipersonal sin más trámite procedimental que recogerla en acta³⁴.

33 Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 21 Nov. 2012, rec. 5049/2011:

“La concepción de los límites del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en que se sustentan los autos recurridos, fundada exclusivamente en los artículos 9.4 LOPJ y 1 LJCA, supone una concepción inaceptablemente reduccionista, en cuanto prescinde de un elemento esencial del propio artículo 9 LOPJ, en función del cual el límite de su apartado 4 puede ser ampliado. En efecto, el artículo 9 de la LOPJ, que constituye la clave de arco de la definición de los ámbitos de los distintos órdenes jurisdiccionales, precisa en su apartado 1 que «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.» Es preciso observar que la definición de esos ámbitos de los distintos órdenes jurisdiccionales no se acota en exclusiva en el propio artículo 9, que es la tesis implícita en los autos recurridos, sino que se abre a otras leyes, como expresamente se indica en el inciso final. Al respecto debe marcarse énfasis especial en la expresión legal de “por esta u otra ley.”

La llamada desde la LOPJ, clave de la ordenación total, a otras leyes permite así, sin riesgo alguno de colisión con el apartado 4º, que otras leyes amplíen el ámbito jurisdiccional del orden contencioso administrativo a supuestos que con arreglo a aquel apartado no entrarían en él. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/2007, reformada por la Ley 34/2010, que, de modo inadecuado, los Autos recurridos han omitido considerar, al estar anclados exclusivamente en los preceptos que en ellos se citan”.

34 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Artículo 15 Decisiones del socio único

1. En la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general.

2. Las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas

¿En qué situación se encuentran los ayuntamientos? Son unos particulares socios únicos, puesto que por su condición de Administraciones Públicas deben formar su voluntad conforme al Derecho administrativo.

La previsión del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS) que impone como forma de organización societaria la existencia de junta general, consejo de administración y gerencia y que obliga a que todos los integrantes del Pleno formasen la junta no puede entenderse ya como imperativa.

La normativa básica local solo impone como órganos necesarios la junta general y el consejo de administración dejando su composición y estructura a lo que determinen los propios estatutos. Por tanto existe discrecionalidad para que el Pleno, con los límites de la LBRL, organice internamente la sociedad.

Es por tanto indiferente que se haga coincidir en composición a la junta general con el Pleno o con la Junta de Gobierno Local o incluso con un órgano unipersonal. Pero en todo caso han de respetarse las reglas públicas de formación de la voluntad necesarias para que el ayuntamiento en su condición de socio único adopte sus decisiones.

Como punto de partida para aplicar esta doctrina de los actos separables en el ámbito societario ha de citarse el artículo 92 del RS que afirma que el funcionamiento de la Corporación constituida en junta general de la empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales.

Como decíamos los preceptos contenidos en el RS en relación con las sociedades municipales han de considerarse en términos generales inaplicables. Tras la reforma del año 2003 la LBRL³⁵ se remite a los estatutos societarios para regular el gobierno de las sociedades pero este concreto precepto, el artículo 92 del RS, hemos de considerarlo vigente puesto que está reiterando una norma básica del funcionamiento de los entes locales: la adopción de acuerdos por los órganos municipales debe realizarse conforme al Derecho administrativo.

Vale por tanto para las sociedades municipales lo antes expresado para las personas jurídicas propietarias únicas a su vez de una sociedad. Cuando el socio único de una sociedad mercantil es una persona jurídica la adopción de decisiones en su condición de socio único debe respetar las reglas de formación de voluntad de esa persona jurídica. En el caso de los ayuntamientos esas normas se contienen en la ley básica local y en el ROF, en ausencia de reglamento orgánico municipal.

Evidentemente si se atribuyen las funciones de la junta general societaria a un órgano unipersonal como la alcaldía o una concejalía delegada las reglas de formación de la voluntad serán muy sencillas pues coinciden con la voluntad del órgano titular.

Si se hace con el Pleno o la Junta de Gobierno Local³⁶ deberán respetarse las normas de estos órganos en relación con los quórum de las convocatorias y con las mayorías para la adopción de acuerdos. Cualquier infracción de estas normas supone una infracción de normas de Derecho público que debe ser controlado por los tribunales contenciosos.

Se trata por tanto de respetar las reglas de formación de la voluntad propias de los órganos locales que

por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

35 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 85 ter [...]

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

36 En este sentido el Ayuntamiento de Madrid hace coincidir la junta general de sus sociedades municipales con la junta de gobierno local.

V. Gr.: Estatutos de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.

Artículo 11. La Junta General.

La Junta General es el órgano soberano de la Sociedad. Debidamente convocada y constituida decidirá los asuntos propios de su competencia.

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid asumirá las funciones y competencias de Junta General de la Sociedad.

Será Presidente de la Junta General el Alcalde como presidente de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, y el Secretario el Concejal Secretario de la Junta de Gobierno, o quienes les sustituyan de acuerdo a lo establecido para el funcionamiento de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

A la Junta General podrán asistir con voz pero sin voto los miembros del Consejo de Administración, el Gerente y otro personal técnico que ésta determine, a propuesta del Presidente o del Consejo de Administración

se rigen por normas administrativas. La jurisprudencia viene aplicando la doctrina de los actos separables sometiendo al Derecho administrativo determinados actos de las sociedades mercantiles distinguiendo entre los actos relativos a la gestión comercial o mercantil que se rigen por normas privadas y los actos organizativos internos y los necesarios para la formación de la voluntad, que se rigen por el Derecho administrativo. En este sentido pueden citarse las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de febrero de 2000³⁷ y de 25 de febrero de 2002.

Interesa detenerse en esta materia en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 30 de noviembre de 2000 que aplican esta doctrina en el ámbito de la designación del consejo de administración como competencia de la junta general en aplicación de las normas contenidas en el RS.

Esa normativa del RS resultaba aplicable en ese momento pero ha perdido vigencia tras la reforma de la LBRL del año 2003 que introdujo el artículo 85 ter. de la LBRL en el que se contiene una remisión en bloque al Derecho privado. Conviene analizar esas sentencias para delimitar con claridad el ámbito de aplicación de la doctrina de los actos separables en relación con las sociedades de capital municipal.

La del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997 considera dentro del ámbito interno del funcionamiento de las sociedades mercantiles, controlable por la jurisdicción contenciosa, el nombramiento del consejo de administración en tanto debe respetarse en su nombramiento por la junta general las normas fijadas en el RS³⁸. Con la normativa actualmente vigente no nos parece posible defender esta posición. La remisión a los estatutos y a la normativa mercantil es plena en la LBRL que únicamente impone la existencia del consejo de administración como órgano necesario correspondiendo a la junta general su nombramiento de conformidad con los requisitos fijados en la normativa de sociedades de capital.

Por tanto entendemos que esta cuestión no puede ser objeto de revisión en vía contencioso-administrativa. Tan solo en los municipios de gran población en los que tras la reciente reforma de la LBRL corresponde a la Junta de Gobierno Local³⁹ la designación de los integrantes de la junta general podrá revisarse dicho acuerdo en vía administrativa.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 18 de febrero de 2000: “En cuanto a la Junta General, cuando sea desempeñada esta función por la propia Corporación, no cabe olvidar que ésta actúa como tal Junta y no como órgano administrativo, pese a lo cual el art. 92.1º del RS establece que el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General se acomodará, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley de Bases y ROF, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales”.

Para un sector doctrinal se excluye, en principio, toda aplicación del Derecho administrativo en cuanto a la impugnación de acuerdos. Otro, por contra, entiende que existen aspectos formales separables, de naturaleza administrativa, en cuanto al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos y que, en consecuencia, la impugnación de acuerdos se sujeta al Derecho Administrativo y es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Parece más acertada esta última posición, pues no se olvide que aquí la Administración, Mancomunidad de Municipios, interviene en cuanto tal como Junta General, y el principio de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas deben mantenerse, y constituyen un aspecto separable. Además, las fuentes normativas que deben regir el funcionamiento de la sociedad, tal y como hemos visto, evidencian una separación entre el funcionamiento de la misma «ad extra», esencialmente mercantil, y algunos aspectos de funcionamiento interno, que el legislador «separa» de la Ley mercantil e invoca las normas que rigen la administración local. Si a esto añadimos que el interés público está fuertemente representado en la gestión de la sociedad, pues satisface un servicio público esencial con reserva en favor de las Entidades locales («ex» art. 86.3 de la Ley 7/1985), y que para los supuestos de contratación por este tipo de sociedades, también se acude a la doctrina de los actos separables para el enjuiciamiento en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, el resultado será, en principio, la posibilidad de revisar la actuación de esta sociedad en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos («ex» art. 92 del RS)”.

³⁸ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 25 de febrero de 2002 Considera la Sala que para determinar la sujeción a una u otra jurisdicción de los acuerdos sociales de las sociedades de capital público hay que distinguir entre los acuerdos sociales concernientes a lo que integra la actividad propia de la sociedad, es decir, todos los actos o acuerdos relativos a la gestión mercantil o empresarial de la misma (aunque se trate, en definitiva, de actos de gestión de un servicio público), y aquellos otros acuerdos que hacen referencia a su organización y que deben ajustarse a las normas de derecho administrativo que los reglamenta.

No cabe duda de que los primeros de los acuerdos a los que se ha hecho referencia son acuerdos de una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia y distinta de la entidad local, y por ello esos acuerdos son impugnables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas ante la jurisdicción civil.

En este caso, sin embargo, el acuerdo impugnado se refiere al nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad, nombramiento que ha de ajustarse a las previsiones y requisitos establecidos en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, ya citado, de modo que se trata de una cuestión sujeta al Derecho Administrativo y cuyo enjuiciamiento pertenece, por tanto, a esta jurisdicción

³⁹ Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 127 Atribuciones de la Junta de Gobierno Local

1. Corresponde a la Junta de Gobierno Local:

m) Designar a los representantes municipales en los órganos colegiados de gobierno o administración de los entes, fundaciones o sociedades, sea cual sea su naturaleza, en los que el Ayuntamiento sea partícipe.

Por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de noviembre de 2000 con apoyo de la doctrina de los actos separables⁴⁰ concluye que es controlable en vía contenciosa el incumplimiento de los límites fijados en el RS en relación al consejo de administración que imponían que no podrían ser corporativos más de un tercio de sus miembros⁴¹.

Por la remisión que hace la ley básica a los estatutos y a las normas mercantiles las previsiones materiales del RS deben entenderse inaplicables no siendo ni de obligado cumplimiento ni controlables por la jurisdicción contenciosa. Como venimos diciendo dentro del RS solo puede considerarse de aplicación el artículo 92 en cuanto a la formación de la voluntad de los órganos societarios en tanto reitera lo previsto en la normativa básica y en el ROF.

Sobre este marco que distingue entre formación de la voluntad de la junta general y decisión adoptada existen sentencias que han ido perfilando aspectos concretos del sometimiento a las normas administrativas del procedimiento de adopción de acuerdo.

En primer lugar a sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002⁴² hace referencia, para el caso de que el régimen de la junta general se haga coincidir con el Pleno, al derecho de solicitar convocatoria extraordinaria de la junta general de la sociedad por los concejales de la oposición al amparo de lo previsto en la normativa local.

⁴⁰ Frente al recurso la Corporación demandada en el escrito de contestación articula su defensa principalmente esgrimiendo la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción al amparo del art. 82.a) de la [Ley Jurisdiccional del año 1956](#), al considerar que los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades municipales sólo son susceptibles de impugnación según las normas de la ley de Sociedades Anónimas (arts. 115 al 122) nunca en esta vía contencioso administrativa. Basa esta alegación en la consideración de que los acuerdos de los órganos de la sociedad anónima municipal son actos de un ente de derecho privado. Pero conforme a lo expuesto en el apartado anterior de esta resolución, este argumento no se puede aceptar ya que hay actuaciones de los entes institucionales constituidos bajo formas privadas de personificación, en nuestro caso bajo la forma de sociedad anónima, que son las que afectan a su constitución interna, y al ámbito interno de las relaciones que cohesionan a dichos entes con la Administración de la que dependen, que al corresponderse al ejercicio concreto hacia el exterior de ciertos poderes jurídico públicos se rigen por el Derecho Administrativo. La forma mercantil de dichos entes significa que las relaciones surgidas en el tráfico jurídico externo de los mismos con terceros se van a regular por el Derecho Privado. Par consiguiente de las actividades de dichos entes institucionales surgen relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado; por otra parte la teoría de los actos separables permite que aspectos de una misma actividad de dichos entes sean enjuiciados por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos (normas de procedimiento y régimen de adopción de acuerdos de la Junta General) o por la jurisdicción civil.

Por tanto si los actos de constitución de dichos entes instituciones son el ejercicio unas relaciones jurídico públicas sometidas al Derecho Administrativo, los acuerdos impugnados en este recurso que versan sobre la modificación de los Estatutos en cuanto regulan la composición del Consejo de Administración, el nombramiento de dichos administradores y la habilitación al Sr. Alcalde para otorgar los documentos públicos y privados necesarios a fin de dar cumplimiento a dichos acuerdos participan inexcusable de una naturaleza jurídico público y constituyen actos administrativos cuyo examen de legalidad ha de efectuarse en esta jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴¹ Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Artículo 93 [...]

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

⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 28 octubre 2002:

“En esencia debemos repetir que, conforme a los Estatutos de ACOSOL, SA, estamos ante una sociedad de ámbito local y carácter mercantil constituida bajo la forma de sociedad anónima (artículo 1), cuyo capital está suscrito íntegramente por la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, no pudiendo ser transferido ni destinado a finalidad distinta del objeto de la empresa (artículo 5). Su objeto es inequívocamente la prestación de un servicio público (servicios relativos al ciclo integral del agua descritos en el artículo 2). La Comisión Gestora de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (órgano administrativo) asume las funciones y competencias de la Junta General (artículo 10).

Nos encontramos pues ante una sociedad mercantil constituida para la gestión directa de un servicio público, según autoriza el artículo 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El artículo 10, párrafo segundo, de los Estatutos de ACOSOL, SA establece que la convocatoria de las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias se acomodará a las disposiciones vigentes en materia de régimen local. Se remita por tanto este precepto estatutario al artículo 78.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROFRJ), según el cual, las sesiones extraordinarias de los órganos necesarios de los entes territoriales locales deberán ser convocadas por el Presidente a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación (solicitud de la cuarta parte de los miembros de la Junta General de ACOSOL, SA, que no se discute que haya tenido lugar).

Por tanto, la relación jurídica en litigio consiste en la convocatoria de una sociedad mercantil en que la Junta General se identifica con un órgano administrativo y en que los propios Estatutos de la sociedad se remiten a las normas de Derecho administrativo para regular dicha convocatoria. Existiendo una finalidad de servicio público, la intervención de un órgano administrativo que asume las funciones de la Junta General, y la aplicación de unas normas de Derecho administrativo, que tienen su fundamento en los intereses generales que gestiona la sociedad, de ello se deriva que el litigio sobre la procedencia de la cuestionada convocatoria, y sobre si su denegación ha vulnerado el artículo 23.1 de la Constitución, corresponde al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Con ello, además, se evita la llamada huida del Derecho administrativo y de los consiguientes controles por parte de entidades que gestionan servicios públicos, en las que debe hacerse efectivo el derecho de participación en los asuntos públicos que garantiza el artículo 23.1 de la Constitución”.

La del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de junio de 2001⁴³ reconoce el derecho de conformidad con la normativa local, en el caso que exista coincidencia entre integrantes del Pleno municipal y de la junta general societaria, tanto a promover la convocatoria de sesiones extraordinarias si lo solicita la cuarta parte de miembros de la junta general como a disponer con antelación suficiente de la documentación relativa a los acuerdos a tratar. De esta forma, resulta evidente que el régimen administrativo desplaza al mercantil en las convocatorias del órgano societario.

En sentido análogo se pronuncia desde el orden civil la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 9 de junio de 2011⁴⁴ que declara la incompetencia del orden civil para conocer la impugnación de la negativa a la convocatoria de una junta general societaria por parte de la oposición. Entiende el tribunal que ese derecho dimana de la regulación administrativa, concretamente del artículo 92 del RS, debiendo reclamarse en el orden contencioso. Añade además acertadamente que no puede esgrimirse el ordenamiento privado puesto que los concejales carecen de legitimación de conformidad con la ley de sociedades de capital para pedir esa convocatoria extraordinaria en tanto no son ni socios ni accionistas.

Por último, además de aplicar la doctrina de los actos separables la jurisprudencia viene sancionando con su consideración de actos administrativos aquellos adoptados por las sociedades municipales en infracción de sus normas de formación de la voluntad de las sociedades mercantiles. Ante esta infracción se considera que tales actos no pueden imputarse a las sociedades mercantiles sino que son actos propios de la Administración, como socio único, e impugnables ante el orden contencioso.

3. LEGITIMACIÓN DE LOS CONCEJALES PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL MUNICIPAL

En el ámbito administrativo el artículo 63 de la LBRL afirma que los actos y acuerdos de las entidades locales podrán ser impugnados por los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de los mismos.

Esta norma constituye una especialidad propia del ámbito local en relación con la norma contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁵ que prohíbe la interposición de recurso contencioso contra una

43 Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sentencia de 6 de junio de 2001 “De cuanto antecede resulta que no procedía la petición de Junta Ordinaria solicitada por los Grupos Municipales antes dichos al tratarse de una obligación del Alcalde, a celebrar dentro de los seis primeros meses, pudiendo aquellos requerir su cumplimiento una vez transcurrido el indicado plazo o en su caso interesar la celebración de una Junta Extraordinaria a petición de más de una cuarta parte de los miembros, artículo 18 del Reglamento de Organización, al no estar previsto en los Estatutos y referirlo el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas a la titularidad del 5% del capital social de la que carecen los concejales, petición que no se ha producido en el caso de autos, por lo que no cabe hablar de falta de motivación de la convocatoria por no existir identidad entre lo pedido y lo acordado, y más como pone de manifiesto el Sr. Secretario en su informe, cuando la única diferencia viene determinada por el examen de las cuentas y gestión económica, referidas a los ejercicios anteriores y aprobadas en las respectivas Juntas celebradas al efecto, sin que conste hubiesen sido impugnadas.

44 Audiencia Provincial de Islas Baleares de 9 de junio de 2011: “El argumento que pretenden esgrimir los recurrentes es que nos enfrentamos a una sociedad anónima y que, como tal, se trata de una persona jurídica cuyo funcionamiento queda bajo la égida de la jurisdicción civil. Pero ese razonamiento queda ayuno de fundamento si se tiene en cuenta un conjunto de normas que, enlazadas, determinan la naturaleza administrativa de esta materia que determina su sumisión a la jurisdicción contenciosa. En efecto, el artículo 85 ter, 1 de la Ley de Bases de Régimen Local deja en manos de los estatutos de la sociedad creada “la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de la misma”; el artículo 10.1 de los estatutos de Emaya, al referirse a la convocatoria y funcionamiento de la junta general de la sociedad declara que “se rige por las normas establecidas legal o reglamentariamente para el Pleno del Ayuntamiento de Palma”; mientras que el artículo 92.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales acaba cerrando el círculo cuando establece que “el funcionamiento de la corporación constituida en junta general de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos a los preceptos de la ley y reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales”, cuestiones que quedan excluidas de la remisión que, con carácter general, hace a la ley de sociedades anónimas “en las restantes cuestiones sociales”. Como acertadamente señala el Auto recurrido, se trata de una sociedad de naturaleza mixta en la que se dejan en manos del derecho administrativo diferentes materias, como son el funcionamiento de sus órganos y por ello las sesiones de la junta general no se rigen por las normas privadas sino por las administrativas, como demuestra el hecho de que los acuerdos que en ellas se adoptan sólo pueden ser impugnados en vía administrativa y no ante la jurisdicción civil. [...]

Un segundo aspecto que determina la imposibilidad de acoger el recurso de los apelantes es que, aunque la jurisdicción civil pudiera ser competente, como mera hipótesis de trabajo, resultaría que quienes solicitan la convocatoria de la junta general de Emaya carecen de legitimación para hacerlo. En este sentido debe recordarse que la norma teóricamente aplicable, el artículo 101 de la Ley de Sociedad Anónimas, exige que se solicite por un número de socios que sean titulares, al menos, de un cinco por ciento del capital social. Resulta que Emaya es una sociedad anónima unipersonal, siendo que el 100% del capital social es titularidad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca. Por tanto, los concejales no son titulares de las acciones y carecen de legitimación para solicitar la convocatoria de la junta general. Como se ha señalado certeramente, para formar la voluntad de ese ente público y socio único, el Pleno del Ayuntamiento se constituye en junta general, que es el órgano supremo de la sociedad, pero sin que pueda identificarse con la junta de una sociedad anónima mercantil en la que participa del capital social un número múltiple de accionistas.

En virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación del Auto recurrido, haciendo suyos la Sala los argumentos que desgana la juez a quo en la resolución apelada.

45 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

actividad de una Administración por los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Esta posibilidad de excepción legal es la que utiliza la LBRL.

La interpretación de este precepto, que en principio parecía limitar la legitimación para recurrir a los concejales a los acuerdos de los órganos colegiados de los que formasen parte, dio un vuelco con las Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2004⁴⁶ y 210/2009 cuyo criterio ha adoptado el Tribunal Supremo⁴⁷.

Artículo 20

No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración.

46 Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 173/2004 de 18 Oct. 2004, rec. 2909/2002:

“Sentado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, al lado de esa legitimación –que en definitiva es la general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA–, existe una legitimación *ex lege*, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, independiente del derivado del régimen general –y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio, conforme antes se destacó en el fundamento 3, apartado a)–, encaja claramente en una interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.

En efecto. El primero de los preceptos apuntados, después de disponer que «no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados», salva de inmediato el caso de que «una ley lo autorice expresamente». Esta Ley, en cuanto ahora interesa, sería, precisamente, el meritado art. 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desarrollado en el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986 que aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que, de modo significativo, comienza estableciendo: junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo (y por tanto con separación de sus requisitos, léase de la caracterización del interés como relación entre sujeto y objeto de la pretensión) «podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos».

La interpretación del precepto acabado de transcribir no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio (Ayuntamiento y Comisión de Gobierno, allí donde exista) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado –y hasta podría decirse que insólito– título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece (porque ya se ha dicho que se trata de un título legitimador distinto del derivado del «interés legítimo» que caracteriza la legitimación general –la del art. 19.1.a LJCA–), ha de presuponer lógicamente el *prius* de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias a Ordenamiento en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal –la del art. 63.1.b LBRL sería una consecuente aplicación.

No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el «interés en el correcto funcionamiento de la corporación» que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

Por consiguiente, el precepto analizado –el tan repetido art. 63.1.b LBRL– parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales, que luego resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando no se hubiera puesto objeción alguna al acuerdo o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción.

La especificación a que acaba de hacerse referencia no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos –art. 24.1 CE –, en el sentido de que si la Ley únicamente alude a los miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás. Más bien lo lógico es entender lo contrario: que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación”.

47 Sentencias de 23 de octubre de 2009 y 10 de mayo de 2012. Incluso ampliando su ámbito de aplicación, Sentencia de 20 May. 2013

Conforme a la interpretación del TC, la legitimación activa de los concejales como representantes populares, por su interés en controlar el correcto funcionamiento de la entidad local, alcanza dentro del ámbito administrativo a todos los actos de la Corporación local.

Tan solo se exceptúan los adoptados por los órganos colegiados de los que los corporativos formen parte y siempre que hayan votado a favor de los mismos o se abstengan, es decir, cuando no hayan manifestado su oposición a los mismos en vía administrativa en el momento en que tuvieron oportunidad de hacerlo.

Resulta cierto, como hace el magistrado Vicente Conde Martín de las Hijas en su voto particular a la STC 173/2004, que la argumentación del Tribunal resulta un tanto artificiosa. Parece más sencillo entender que en el interés legítimo al que se hace referencia en la LJCA⁴⁸ se incluye el que ostentan los concejales en relación al adecuado funcionamiento a la legalidad de la Corporación. Pero el TC no lo ha interpretado así sino que lo que ha hecho es dotar a los concejales de una legitimación cuasi general que no se fundamenta en ser titulares de un interés legítimo si no en una excepción legal amparada por la LJCA y recogida en la LBRL.

En relación con los acuerdos de las sociedades mercantiles municipales que sean objeto de control de la jurisdicción contenciosa la legitimación de los concejales no plantea problema alguno. Según nuestro parecer y conforme a la interpretación jurisprudencial, debemos considerar legitimados a los concejales para la impugnación de dichos acuerdos societarios. La argumentación del TC y el contenido de los preceptos analizados no se limitan a los actos emanados de las Administraciones Públicas sino que alcanza a todos los actos de los entes u organismos dependientes de la Administración local. La condición impuesta es que los concejales que pretendan recurrir, de haber podido por estar integrados en los órganos decisorios, se hubieran opuesto a los acuerdos.

El problema se plantea con aquellos acuerdos societarios que quedan sometidos al control de la jurisdicción civil o social. Si los concejales no son titulares de intereses legítimos y directos van a carecer de legitimación activa. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7 de marzo de 2008⁴⁹ que señala la falta de legitimación de los concejales para impugnar ante la jurisdicción civil las decisiones de una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal puesto que ni son socios, ni administradores ni terceros que ostenten un interés legítimo directo y personal no siendo suficiente el mero interés en la defensa de la legalidad.

Específicamente la normativa de sociedades admite que terceros titulares de intereses legítimos puedan impugnar los acuerdos nulos de la junta general. Pero los tribunales vienen entendiendo que los concejales no son titulares de esos intereses en los términos de la normativa societaria negándoles su legitimación activa. Además, en ningún caso, podrían impugnar ni los acuerdos meramente anulables de la junta general ni los acuerdos del consejo de administración o de la gerencia si los mismos se someten al Derecho privado.

48 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 19

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo

49 Audiencia Provincial de Las Palmas. Sentencia de 7 de marzo de 2008: "La segunda cuestión es si los Concejales tienen legitimación activa para impugnar los acuerdos de la Junta General.

El art. 117.1LSA (establece que están legitimados para impugnar los acuerdos nulos todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Los Concejales no son accionistas pues el carácter de socio (art. 48 LSA) es atribuido en exclusiva a favor del Ayuntamiento de Teror, y no de los Concejales que lo integran (STS 1ª, de 5 de diciembre de 1990), en palabras de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de julio de 1997, Pte, Moscoso Torres, citada por la recurrente en su bien fundado recurso de apelación, "no cabe asimilar una sociedad mercantil aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la gestión directa de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego, cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquellos formen parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los Concejales.

El socio legitimado para impugnar los acuerdos es el Ayuntamiento, y no se puede confundir la sociedad mercantil unipersonal con el socio Corporación municipal, pues tienen personalidad jurídica propia e independiente. Los Concejales es obvio que no son accionistas y por tanto socios, ni por otra parte los Concejales demandantes son administradores de la sociedad demandada. La legitimación activa también corresponde al administrador (art. 117 LSA) y éste no requiere que tenga la condición de socio, pero los apelados no forman parte del Consejo de Administración de la sociedad municipal apelante.

También estaría legitimado activamente para impugnar los acuerdos de la Junta cualquier tercero que acredite interés legítimo como los acreedores sociales, el nudo propietario, el usufructuario, los obligacionistas, el acreedor pignoraticio o aquellas personas que puedan sufrir algún daño o perjuicio, personal o patrimonial, por consecuencia del acto impugnado, pero el daño o el interés impetrado por los actores para accionar es de carácter público, el interés general y no el privado o particular debiendo el primero buscar amparo en el ámbito del derecho administrativo a través de las acciones edilicias de índole corporativa municipal y ante jurisdicción de esta índole. Y careciendo los actores apelados de legitimación activa para impugnar los acuerdos de la Junta general de la sociedad apelante se hace ocioso resolver sobre los restantes motivos de apelación de la sentencia de primera instancia".

A nuestro parecer resulta rechazable esta denegación de legitimación activa en tanto las sociedades mercantiles son entes instrumentales dependientes de las entidades locales con lo que la imposibilidad de recurrir sus acuerdos cuando se entiendan contrarios al ordenamiento supone un vaciamiento de la capacidad de control de los concejales.

A esta capacidad propia de los concejales se refiere el TC como “condición de representante popular que ostentan los concejales de un ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Si dejamos fuera la legitimación el orden civil los concejales no pueden impugnar numerosos actos de gestión de los servicios públicos locales que incluso pueden estar prestándose en régimen de monopolio⁵⁰.

Parece conveniente promover una interpretación amplia de las normas procesales en relación a la condición de interés legítimo en este ámbito para que alcance a los concejales con la finalidad de dar cumplimiento al reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva. Una interpretación estricta del concepto de interés legítimo, vinculado a la obtención inmediata de un beneficio directo y cierto en caso de estimarse la petición, conlleva en todo caso la denegación de la legitimación de los concejales.

En el ámbito social igualmente se exige como requisito de la legitimación activa la tenencia de un interés legítimo o de un derecho subjetivo⁵¹. Concretamente el Tribunal Supremo⁵² ha distinguido tres niveles de legitimación en relación con el objeto del proceso:

- Uno primero consistente en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, pero sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación pues nadie, ni tampoco un sindicato, puede comparecer en un proceso como un guardián abstracto de la legalidad.
- Un segundo nivel calificado por el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador.
- Un tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito”.

En atención a estos criterios la normativa laboral reconoce específicamente legitimación a sindicatos y asociaciones empresariales para determinadas impugnaciones pero no así a favor de los concejales.

⁵⁰ V gr. La licitación de un contrato de obras por una sociedad mercantil de capital municipal que se encarga de la gestión del servicio de basuras por importe de cuatro millones de euros no podría ser impugnada por los concejales.

⁵¹ Ley 36/2001 de 10 de octubre de la Jurisdicción Social

Artículo 17 Legitimación

1. Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes.

2. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

En especial, en los términos establecidos en esta Ley, podrán actuar, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular, por tal cauce podrán actuar en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social.

En el proceso de ejecución se considerarán intereses colectivos los tendentes a la conservación de la empresa y a la defensa de los puestos de trabajo.

3. Las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellas firmados.

4. El Ministerio Fiscal estará legitimado para intervenir en todos aquellos supuestos previstos en la presente Ley.

5. Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

⁵² Tribunal Supremo. Sentencia de 28 de octubre de 2004.

De esta forma frente a cuestiones con evidente trascendencia pública como puede ser la selección de personal laboral de una sociedad mercantil pública que se somete a los principios contenidos en el EBEP o la aprobación de un convenio colectivo de una sociedad⁵³ cuya impugnación debe realizarse ante la jurisdicción social los concejales van a encontrarse con la inadmisión de su reclamación por falta de legitimación activa.

Es cierto que los miembros de las corporaciones locales no pueden actuar como guardianes abstractos de la legalidad. Pero su condición de representantes democráticamente elegidos los sitúa, como ha manifestado el TC, en una posición singular y no como meros garantes de la legalidad sino como titulares de un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento como garantía para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

No obstante no resulta menos cierto que la interpretación constitucional se limita al ámbito administrativo reconociéndoseles la legitimación por la vía de la excepción legal de la LBRL y no como titulares de un interés legítimo. Teniendo en cuenta que no existen pronunciamientos judiciales en ámbitos distintos al administrativo que reconozcan su legitimación la realidad es que los concejales no van a poder acudir a los tribunales civiles y sociales para impugnar las decisiones de las sociedades mercantiles de capital municipal.

Nuestra postura, en base a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, es contraria a esta conclusión. Debe considerarse legitimados a los concejales para recurrir los actos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca de forma íntegra a la Corporación de la que forman parte. En caso contrario la mera elección de una forma de gestión de un servicio público supone que determinados actos de estas sociedades no puedan ser recurridos por los corporativos. Se cercena así su deber de control del funcionamiento municipal que resulta independiente de la rama de derecho por la que se rijan dichos actos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Almonacid Lamelas, Víctor (coord.), *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración local*, 1ª ed., Barcelona, Editorial Bosch. 2008.

Ballesteros Fernández, Ángel y Ballesteros Fernández, Manuel; *Manual de gestión de servicios públicos locales*, 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005.

Carbonell Porras, Eloísa. “El municipio como socio único de sociedades mercantiles: naturaleza y control de las decisiones del Pleno”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 120, 2003. Madrid, Editorial Civitas. Págs. 539-565

Carbonero Gallardo, José Miguel, coord., *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*, 1ª ed., Madrid, Editorial La Ley, 2010.

Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “La cláusula general del competencia municipal” *Anuario del Gobierno Local*, N°. 1, 1999-2000, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local. Págs. 37-60.

Fernández Farreres, Germán. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía” *Justicia Administrativa* n° 18, 2003, Madrid, Editorial Thomson-Reuters. Págs. 7-21

Fernandez Rodríguez, Tomás Ramón. “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 89, 1996, Madrid, Editorial Civitas. Págs.37-48.

Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel y Fernández Rodríguez, Carmen (coords.), *Manual de Derecho Local*, 1ª ed., Madrid, Editorial Iustel, 2010, (2ª ed. 2012).

García de Enterría, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los municipios españoles”, *Revista de Administración Pública*, número 17, Mayo/Agosto 1955, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁵³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Artículo 165 Legitimación

1. La legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde:

a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

b) Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado. No se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 1ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1974 (11ª ed., 2002).

García Rubio, Fernando, *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2011.

González-Varas Ibáñez, Santiago. “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA), nº 274-275, 1997, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 361-400

Martí Sánchez, Jesús Nicolás, “Naturaleza e impugnación de los acuerdos de la Junta General de las Sociedades Anónimas Municipales” . *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 75, 1992, Madrid, Editorial Civitas. Págs.449-465

Martín Mateo, Martín. “Los servicios locales: Especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA). Nº 255-256, 1992, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs.457-480.

Mozo Amo, Jesús, “Legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los actos y acuerdos procedentes de aquellas entidades de las que forman parte”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 Feb. 2008, Editorial La Ley. Págs. 381 y ss.

Lago Núñez, Guillermo “El acceso a la información en las entidades locales” en *VVAA Procedimiento Administrativo Local*, Castro Abella, Fernando, González i Ballesteros, Josep y Muñoz Amor, María del Mar (coord.), 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2010.

Parejo Alfonso, Luciano

- *Garantía Institucional y Autonomías Locales*. 1ª ed. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1981.
- “El municipio y su autonomía”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 288, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas: Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 133-150.
- “Una visión sobre el gobierno local” *Anuario del Gobierno Local* Nº. 1, 2004, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local. Págs. 55-96

Sarasola Gorriti, Silvia. “En torno a la reserva de servicios esenciales en la legislación local básica”. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 52, 1998. Gobierno Vasco: Instituto Vasco de Administración Pública Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea. Págs. 217-264

Sosa Wagner, Francisco

- *La gestión de los servicios públicos locales*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra) Editorial Aranzadi, 1999. (7ª ed., 2008).
- “La Autonomía Local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA) Nº 239, 1989, 2009, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 1351-1362.
- “La Autonomía Local (II)”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA) Nº 240, 1989. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 1623-1636
- “La Autonomía Local (III)”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA) Nº 241, 1989 , Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 9-30.
- “Impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (REALA), Nº 255-256, 1992, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 481-500.