

La sociedad urbanística local como medio propio para la promoción de vivienda

Enrique Bueso Guirao

Abogado. Doctor en Derecho

Asesor Jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS)

Práctica Urbanística, Nº 151, Sección Estudios, Marzo-Abril 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

I. Caracterización legal de la sociedad urbanística local

1. Introducción a la Sociedad urbanística

Las «Sociedades Urbanísticas» son esencialmente sociedades mercantiles dependientes de las distintas administraciones locales, que en su capacidad de autoorganización han constituido un ente con personalidad jurídica diferenciada con el objeto de desarrollar su política de suelo y de vivienda de dichas administraciones.

Es una figura suficientemente asentada y acreditada en nuestra normativa pues de ellas se han validado las distintas administraciones territoriales para el desarrollo de dicha política desde la segunda mitad del siglo XX, aun cuando ya existen antecedentes de ellas en los primeros años del referido siglo.

Estas sociedades debido al papel relevante que han tenido en la segunda mitad del siglo XX, como elementos fundamentales para el desarrollo urbanístico y la promoción de viviendas, han sido objeto de regulación más específica y completa que el resto de sociedades públicas. Por ello, su concepto y régimen jurídico no solo está mucho más definido que el de cualquier otro tipo de sociedades públicas, sino que han servido de modelo y pauta a seguir para la regulación o constitución de todo tipo de estos entes instrumentales.

Previamente a la Constitución de 1978 (LA LEY 2500/1978) el Estado era el único competente para legislar en materia de urbanismo. Por ello su regulación de forma específica se inicia en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (LA LEY 611/1976) como aquellas sociedades públicas mercantiles constituidas para la ejecución y gestión del planeamiento. Posteriormente esta regulación se desarrolla por el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 (LA LEY 1601/1978) y, especialmente, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (LA LEY 807/1978), sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales», que reguló específicamente y de forma amplia y profunda las sociedades urbanísticas.

Dicho Decreto que se encuentra actualmente en vigor ha servido de referencia y modelo de muchas regulaciones autonómicas como la asturiana o la castellano-manchega. Decreto que ante la falta de regulación de las sociedades urbanísticas o su realización de forma incompleta por las CC.AA., se aplica actualmente como supletorio por reiterada Jurisprudencia.

Esta amplia regulación y extenso objeto de dichas sociedades, el urbanismo y la vivienda y la prestación de servicios y actividades relativas al mismo, así como la gestión de los equipamientos provenientes de dichas actividades, ha dado lugar a que, ante la necesidad de constituir una sociedad pública, especialmente en el ámbito local, se acudiese a esta tipología y se recomendase buscando la gran seguridad jurídica que otorga un régimen jurídico perfectamente consolidado. Por ello, desde AVS, se ha recomendado esta tipología

cuando se nos ha consultado sobre la constitución de un ente instrumental.

Las Sociedades Urbanísticas han pasado un delicado momento por la crisis

Recientemente las Sociedades Urbanísticas han pasado por un delicado momento debido a la crisis económica, pero también y en gran medida, por las tendencias neoliberales actuales. La crisis ha hecho que la actividad promotora de suelo y vivienda de este tipo de sociedades se haya visto muy atenuada, habiendo sobrevivido muchas de ellas en base a la administración del patrimonio existente de los parques públicos de viviendas y de los equipamientos públicos existentes (párquines, jardines, residencias, cementerios), la gestión de equipamientos y de todo tipo de servicios vinculados.

A través de la normativa estatal la sociedades locales urbanísticas han sufrido un duro embate que se ha logrado atenuar en gran medida por las modificaciones a los textos iniciales propuestos, en concreto, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) (LA LEY 21274/2013) pretendía no solo el cierre indiscriminado de sociedades gestoras de servicios como las urbanísticas, sino también la supresión de la competencia de vivienda de los ayuntamientos.

Por otro lado la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017) (1) (LCSP) pretendió aplicar un criterio cuantitativo de idoneidad del medio propio que, en base a una pretendida exigencia de la normativa europea, que las sociedades públicas urbanísticas tuvieran que ejecutar materialmente el 60% de las obras encargadas confundiendo el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de «gestionar un servicio» que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, como forma de gestión directa de los servicios públicos. Si se hubiera aprobado el proyecto como inicialmente se presentó el *encargar* una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca hubiera podido ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar, por lo que nunca hubiera podido llevarse a cabo. Siendo una previsión que además es contraria a la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC.AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente.

Afortunadamente, ambas cuestiones fueron modificadas tras distintas enmiendas presentadas por Grupos Políticos, en estrecha colaboración con la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS)

2. Concepto y caracteres esenciales

La primera definición de las Sociedades Urbanísticas la realiza el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (LA LEY 611/1976), que las consideraba como «aquellas empresas públicas con forma de sociedad mercantil para la ejecución y gestión del planeamiento».

Posteriormente el citado Real Decreto, el 1169/1978 (LA LEY 807/1978) las define en esa misma línea, relativa a la ejecución del planeamiento, en su artículo primero al indicar que se trata de sociedades «para la ejecución del planeamiento urbanístico» (2) .

Las Comunidades Autónomas ya competentes en materia de urbanismo tras la Constitución del 78 (LA LEY 2500/1978), en su normativa siguen esta misma tendencia. Se pueden destacar entre otras la Legislación de Extremadura, como: «sociedades mercantiles de capital público, o de economía mixta con la finalidad de la promoción de cualesquiera edificaciones y urbanizaciones». Estas definiciones legales son ciertamente incompletas y poco clarificadoras, pues vinculan las sociedades esencialmente a la ejecución urbanística, cuando la capacidad de actuación prevista legalmente para las mismas es mucho más amplia

que la ejecución del planeamiento, pues se refiere a toda la actividad urbanística, siempre que no conlleve ejercicio de autoridad, como elaboración de planeamiento, elaboración y ejecución de instrumentos de gestión, actividad urbanizadora, ejecución de sistemas generales y locales, gestión y administración de equipamientos resultantes y de servicio urbanístico, etc.

Asturias, en esta línea, establece una definición mucho más amplia y completa al indicar que tanto el Principado de Asturias y las entidades locales, como las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, podrán constituir por sí solas, entre sí o con otras personas, «sociedades urbanísticas mercantiles para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad» (3).

De forma amplia y descriptiva se puede definir la Sociedad Urbanística de forma descriptiva como: «la sociedad mercantil cuyo capital pertenece total o parcialmente a la administración pública u otro organismo de la misma, cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos, ya sea por cuenta propia o mediante delegación o encargo de su administración titular, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y ha sido constituida de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido por la normativa de derecho público y con las formalidades de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro exigidas por la legislación Mercantil».

Una vez definidas y en base esencialmente a la misma y a la legislación aplicable se analizarán los caracteres esenciales que determinan la naturaleza de la Sociedad Urbanística, si bien con carácter previo es necesario indicar que esta doble condición de entes instrumentales públicos con formas mercantiles, configura su dual proceso de constitución. En primer lugar, el interno, en la propia administración, sometido al derecho administrativo propio de la misma, el tradicionalmente procedimiento de municipalización con ciertas especialidades recogidas en el nuevo artículo 86 de la LBRL (LA LEY 847/1985) (4). En segundo lugar, el externo, sometido al derecho que rige su forma, el derecho mercantil, mediante el oportuno otorgamiento de la escritura de constitución y su inscripción, previa calificación, en el Registro Mercantil.

Los caracteres esenciales que configuran a la sociedad urbanística son los siguientes:

2.1. Sociedad de naturaleza mercantil

Las sociedades urbanísticas para actuar deben adoptar una forma mercantil. El citado Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) sobre Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales, ya establecía claramente la necesidad de que este tipo de sociedades adopte la forma mercantil, con carácter general, en su artículo primero, al permitir tanto al Estado como a las Entidades Locales constituir «Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico». Y más específicamente en su artículo cuarto al indicar que «la sociedad urbanística revestirá siempre la forma de Sociedad anónima, y deberá ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil».

Como se observa, el Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) se refiere únicamente a la denominada «sociedad anónima». Esta exclusiva referencia e imposición a la tipología de sociedad anónima tenía su razón de ser en el año 1978, cuando se publica el Decreto por las específicas limitaciones que la legislación de aquella época (la Ley de 17 de julio de 1953 (LA LEY 14/1953)) imponía a las sociedades de Responsabilidad Limitada, configurándolas como unas sociedades de gran matiz personalista, pocos socios y escaso capital (hasta 50.000 millones de pesetas), pensadas esencialmente para pequeños negocios, comerciantes o empresas familiares y actividades de escasa cuantía. Por ello poco encaje tenía esta tipología con las sociedades urbanísticas.

Este criterio varió sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LA LEY 1210/1995). Las características de nueva sociedad de responsabilidad limitada, como indica la Doctrina, por un lado, se concibe por el legislador como una sociedad de pocos socios y en la que se dé importancia la consideración personal recíproca que entre ellos se tengan y de ahí que se configure estructuralmente (por mandato de la ley, sin que las partes puedan suprimir esta exigencia) como una sociedad «cerrada», en el sentido de que las transmisiones *inter vivos* de las participaciones en que se divide el capital social han de estar sujetas a restricciones que permitan a la sociedad o a otros socios (o incluso a terceros predeterminados) impedir esa transmisión al tercero que quiera incorporarse como socio a la sociedad. Por otro lado, a diferencia de la legislación anterior, no se ha establecido un límite máximo al número de socios (de hecho, ha suprimido la limitación que existía en la legislación de 1953 a que el número de socios excediera cierto número); y tampoco ha fijado un límite máximo a la cuantía del capital social. En consecuencia, la SL se podrá utilizar también para dar vida a grandes empresas, cualquiera que sea su tamaño, siempre, eso sí, que los socios acepten someterse al régimen de restricciones a la libre transmisión de participaciones (5) . Criterio mantenido por la actual normativa mercantil el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010).

Teniendo en cuenta que se trata de sociedades de propiedad de la administración, con la finalidad esencial de servir de instrumento de actuación de ésta y no de buscar capital en el mercado, con la necesidad de que el capital sea de titularidad plena de la corporación o cuanto menos mayoritario para el mantenimiento de un régimen específico de relaciones entre la administración titular y la sociedad, hacen que estas características de la nueva sociedad de responsabilidad limitada (facilidad de actuación, sociedad capitalista pero con relevancia del carácter de los socios, denominados partícipes y la limitación a la transmisión de las acciones, denominadas participaciones) encajen perfectamente con la finalidad perseguida, incluso mejor que la Sociedad Anónima. Completa ello el hecho de que la aportación a capital es significativamente más fácil y económica a la sociedad limitada frente a la anónima. Consecuentemente con ello, en los últimos años la gran mayoría de las sociedades urbanísticas municipales se han constituido bajo esta tipología; aun cuando paradójicamente algunas comunidades autónomas, en su normativa, sigan imponiendo, más bien por inercia, la obligatoriedad de constituir las bajo la forma de Sociedad Anónima (6) .

Esta moderna amplitud de forma de constitución, no limitada a la sociedad anónima, se ha visto perfectamente refrendada por la nueva Legislación de Régimen Local, a la que ya se remitía específicamente el Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) (7) . La aludida normativa de régimen local para la constitución de sociedades mercantiles locales, tradicionalmente no establecía esta limitación a la forma de sociedad anónima exigida para las sociedades urbanísticas. Tanto el Reglamento de Servicios, el Texto Refundido y la Ley de Bases de Régimen Local (LA LEY 847/1985), permiten constituirse a las sociedades locales en cualquier forma mercantil, eso sí, bajo una forma que restrinja su responsabilidad al capital aportado (8) .

Solo adoptar una de las formas de sociedad que limitan la responsabilidad del socio

El artículo 85 ter de la actual Ley de Bases de Régimen Local (LA LEY 847/1985), en su párrafo 2.º en relación a las sociedades locales, establece que: «La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad» (9) .

El criterio actual es claro; solo se puede adoptar una de las formas de sociedad que limitan la responsabilidad del socio, en este caso la corporación pública al capital aportado, es decir,

una sociedad denominada tradicionalmente «capitalista» frente a la «personalista».

Qué sociedades cumplen estos criterios, con la nueva redacción está perfectamente claro, las reguladas por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010). Éstas son las establecidas en su artículo primero que, bajo la denominación de sociedades de capital (las tradicionales capitalistas), indica que lo son la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. Definiendo seguidamente cada una de ellas en el siguiente tenor:

- En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
- En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
- En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

2.2. Sociedades Públicas de carácter instrumental de la administración teniendo habitualmente la consideración de «medio propio»

Las sociedades urbanísticas son entes instrumentales de la administración, son entes con una competencia amplia y para que de forma habitual gestionen de forma directa o indirecta las competencias de urbanismo o vivienda que les están atribuidas como propias.

Cuando se trata de sociedades de propiedad exclusiva pública de una o varias administraciones se trata con carácter general de las denominadas sociedades instrumentales, denominadas actualmente por imposición de la normativa europea «medio propio» de la administración que las ha constituido en el ejercicio de su potestad autoorganizativa para la gestión directa del servicio relativo a la vivienda o el urbanismo en el desarrollo de sus competencias. Ello no se produce en el supuesto de que se trate de sociedades mixtas o Colaboración o Partenariados público/privado Institucionales (PPPI o CPPI) como modernamente se les denomina de acuerdo con la normativa europea.

En este aspecto hay que destacar que se trata de sociedades gestoras de servicios y no ejecutoras materiales de las obras, es decir, en el ámbito de la vivienda o el urbanismo se trata de sociedades promotoras no de constructoras o urbanizadoras, que tienen prohibido ejecutar materialmente las obras. En este sentido, la capacidad de actuación como sociedades públicas se encuentra limitada en un doble aspecto, establecidos tradicionalmente en el artículo 3 apartado 5.º del RD 1169/78 (LA LEY 807/1978), que indica que «La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente».

Estas previsiones son claras y acertadas porque configuran la esencia de la relación entre la sociedad y su administración matriz y sus relaciones con terceros. En primer lugar, se deja claro que la sociedad no es un mero contratista de la administración sino que es en esencia un medio propio, como posteriormente analizaremos con detalle, o gestor de servicios y por lo tanto, en principio, las obras que forman parte de la realización del servicio no las puede ejecutar ella; no es una forma de ejecución de obras por administración, sino una gestión de servicios. Esto es esencial para posteriormente entender los planteamientos erróneos de algún sector doctrinal en el sentido de pretender aplicar el denominado «criterio de idoneidad cuantitativo» a la gestión por la sociedad mediante encargo o encomienda.

En segundo lugar, igualmente se deja ya claro que las relaciones de la sociedad con terceros se encuentran sometidas a la normativa de contratación pública. Las sociedades urbanísticas, de acuerdo con normativa de mercado interior de la UE y de contratación pública (10) , son «poderes adjudicadores» y como tales deben aplicar los principios publicidad, concurrencia y no discriminación y los procedimientos contractuales establecidos

en la LCSP (LA LEY 17734/2017). Por ello es absolutamente erróneo considerar que la contratación posterior que realiza la sociedad para la prestación del servicio se trata de un supuesto de «subcontratación». Será el contratista seleccionado tras el oportuno procedimiento contractual el que en su caso realizará o no la subcontratación.

2.3. Sociedades cuya finalidad esencial es el urbanismo

Son sociedades constituidas para realizar actuaciones urbanísticas concebidas en un sentido amplio, como todas las actuaciones de planificación y gestión urbanística y de administración y explotación de los inmuebles y servicios resultantes de la urbanización, con el único límite de imposibilidad de realización de actos que impliquen ejercicio de autoridad, que se encuentran reservados a la Administración Pública (11) . Este requerimiento es una constante en las distintas normativas; como muestra de ello se puede citar el artículo 5 de la Ley del Suelo de Galicia, Ley 9/2002, de 30 de diciembre (LA LEY 107/2003), que indica en su párrafo 2.º: «La gestión de la actividad urbanística puede desarrollarse directamente por aquélla o a través de las formas previstas por esta ley y de las autorizadas por la legislación reguladora de la Administración actuante. En todo caso, las facultades que impliquen el ejercicio de autoridad sólo podrán desarrollarse a través de una forma de gestión directa y en régimen de derecho público».

Su capacidad de actuación en el ámbito urbanístico es muy amplia, como posteriormente se analizará, por lo que no se profundiza aquí, siendo esencialmente la promoción y gestión de viviendas, el desarrollo y gestión de suelo, la construcción y gestión de toda clase de equipamientos, así como la prestación de todos aquellos servicios, que siendo competencia de las administraciones titulares tengan relación con el urbanismo, conceptuado éste en sentido amplio. A ello responde el amplio contenido del objeto social de estas sociedades, que será objeto de posterior estudio específico, si bien, con carácter previo y no exhaustivo, se concreta en el artículo 3.º del Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) y en la normativa de las CC.AA.

3. Régimen jurídico de sus relaciones con las administraciones matrices

1. Planteamiento: tipo de relaciones

Como entes instrumentales de las administraciones públicas es necesario que se analicen las relaciones entre la administración y sus entes instrumentales en general y especialmente con sus sociedades urbanísticas, pues como se ha adentrado se ha pretendido desde posicionamientos neoliberales limitar ampliamente las relaciones entre ambas. Lo más penoso del tema es que se han pretendido basar en falsas pretensiones de la legislación europea que si bien exige el criterio de la idoneidad del medio propio en cuanto a que el ente tenga elementos personales y materiales para el control y gestión del servicios o encargo es totalmente ajena a criterios de idoneidad cuantitativos, que son los que imponen la obligación de ejecutar materialmente por sí misma la obra en un alto porcentaje (50,60 ó 70%) cuando que, como se ha visto, precisamente la ejecución material no debe realizarla la propia sociedad sino contratarla posteriormente con arreglo a la normativa de comercio interior o de contratación pública.

La relación de la Sociedad Urbanística con su administrador ha planteado dudas

La relación de la Sociedad Urbanística con su administración titular ha planteado muchas dudas y distintas interpretaciones en orden a determinar cómo se configura y qué elementos determinan su contenido y los efectos de las mismas. Así se utilizan diversos instrumentos o figuras jurídicas para ello, bien mediante la consideración de la sociedad como un modo de gestión directa de un servicio público, que se configura en su concreto objeto social, bien mediante la encomienda, mandato o encargo de gestión, etc. Estos instrumentos jurídicos no siempre tienen una denominación unívoca en la normativa o la doctrina, sino que su concepto no se encuentra totalmente definido, lo que da lugar a que se utilizan para fines distintos de los previstos y sin conocimiento cierto de su contenido y efectos.

Se considera generalmente como una relación interna y de ámbito organizativo de la administración, pues se parte del hecho de que las relaciones que se producen son entre una administración y su ente instrumental (o medio propio como actualmente se le denomina) que forma parte de la misma, de exclusiva propiedad pública (al pertenecer a la administración la totalidad del capital) y del que se vale para realizar sus finalidades, objetivos y prestar sus servicios en el ejercicio de sus competencias. Estas relaciones con las precisiones que se analizarán se encuentran excluidas de la normativa contractual al ser relaciones instrumentales o como se denominan actualmente de acuerdo con el Derecho europeo relaciones «in house».

La exclusión de estas relaciones internas y su exclusión de la normativa contractual la ha dejado perfectamente clara, zanjando así distintas posturas doctrinales, el Tribunal de Cuentas, recientemente, en el informe 1003 (12) . Igualmente el TSJCE, ya en la sentencia de 12 de julio de 2001 (LA LEY 8625/2001), la famosa sentencia sobre el «proyecto Scala 2000» indicaba que si la «Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades, no hay razón para aplicar la directiva citada (Directiva 93/2037 (LA LEY 4882/1993)) porque no se está actuando mediante contratación con terceros, sino utilizando entes instrumentales propios». En esta misma línea la sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003 (LA LEY 4186/2005), Stadt Halle).

Las relaciones internas, instrumentales o «in house» se configuran desde un doble plano, bien como actividad propia o habitual, bien como actividad excepcional o encomendada. En el primero de esos planos, como actividad propia o habitual tienen su origen en el hecho de que la sociedad instrumental se configura como un modo de gestión directa de los servicios o actividades económicas de interés público. En estos casos con su creación la administración local, en su potestad de autoorganización, establece que la gestión de determinados servicios públicos o el desarrollo de ciertas actividades se van a prestar y realizar de forma ordinaria y habitual mediante dicha sociedad. En este supuesto la actividad que realiza la sociedad ejercitando una competencia o ejercitando actuaciones económicas es una actividad propia, pues es la que dentro de la organización municipal la tiene designada y concretada en el objeto social de la misma y que quedó definida y justificada en el expediente administrativo realizado para su constitución. El caso que se analiza, el ejercicio de las competencias y actividades relativas al urbanismo y vivienda se realiza mediante la propia actividad de una sociedad urbanística.

En el anterior TRLCSP (LA LEY 21158/2011) 2011, este supuesto se contempla como se ha indicado en el artículo 8.2 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) que considera que siendo una modalidad organizativa y de gestión directa de servicios, las relaciones entre la administración y su sociedad se excluyen de la normativa de contratación pública, al indicar que «las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se (...) atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública». El Tribunal de Cuentas considera que su exclusión de las normas de contratación pública es tan obvia, que fuera de esta previsión en el artículo 8, el TRLCSP (LA LEY 21158/2011) no ha considerado que fuera necesario incluirla dentro de los negocios jurídicos y relaciones expresamente relacionados en el artículo 4.º del citado texto legal. En la actualidad, la nueva Ley 9/2017 (LA LEY 17734/2017) de Contratos de Sector Público no se regula el contrato de gestión de servicios, pero igualmente esta relación queda excluida, con la excepción que se introduce en el apartado 7º del artículo 32 (LA LEY 17734/2017), que no hace sino traer a la nueva Ley la regulación del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) 2011.

En el segundo de los planos, la sociedad además de la actividad habitual y propia realiza una actividad que se puede denominar como «encomendada» o en la actualidad mediante «encargo a medio propio». Se produce ésta cuando la administración utiliza esta empresa

que le es propia para realización de prestaciones no habituales, sino concretas y determinadas. Así la normativa permite que la administración encargue de forma específica a sus medios propios o instrumentales las denominadas por unos autores encomiendas de gestión o por otros, mandatos de gestión o en la nueva Ley «encargos a medios propios». En el TRLCSP (LA LEY 21158/2011) 2011, en paralelo al artículo 8, para el primero de los supuestos, el artículo 4.1.n) del TRLCSP (LA LEY 21158/2011), reconoce esta posibilidad al excluir igualmente de su ámbito de regulación: «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, **la realización de una determinada prestación...**». La nueva Ley los regula como vemos en el siguiente apartado distinguiendo de forma muy similar, en los artículo 6 (LA LEY 17734/2017) y específicamente en los artículos 31 (LA LEY 17734/2017), 32 (LA LEY 17734/2017) y 33 (LA LEY 17734/2017).

3.2. Relaciones internas en la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

La nueva Ley en su artículo 31 (LA LEY 17734/2017) que tienen por título «Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal, establece una distinción previa entre las relaciones horizontales o de cooperación entre distintas administraciones y las cooperación vertical entre la administración y sus entes dependientes». En relación a esta última en los artículos 32 (LA LEY 17734/2017) y 33 (LA LEY 17734/2017), confirman las distintas relaciones internas anteriormente indicadas, teniendo en cuenta, además, la exclusión de la regulación del contrato de gestión de servicios antes indicada, denominándolas.

En concreto, el citado artículo 31 (LA LEY 17734/2017), indica que las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual, mediante las siguientes formas o sistemas de cooperación:

a) Cooperación vertical: consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 (LA LEY 17734/2017) para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 (LA LEY 17734/2017) para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo. En este caso relación es siempre no contractual son las denominadas relaciones «in house». En este caso se pueden distinguir dos supuestos:

La relación habitual y con carácter ordinario es considerada como una relación de prestación o «gestión directa servicio público» y consecuentemente no se le aplica la LCSP 2017 (LA LEY 17734/2017) sino la legislación específica como la LBRL (LA LEY 847/1985). No está sometido a tarifa y se compensará su realización con la asignación de parte del presupuesto o el sistema que se determine, que puede ser incluso mediante retribución del destinatario del servicio.

Las relaciones no habituales o de carácter extraordinario para prestaciones específicas de carácter extraordinario y no de servicio, se considera un supuesto de cooperación vertical. En estos caso se distinguen dos posibilidades concretas: Por un lado, el «encargo a medio propio» que se produce cuando se trata de contratos o materias propias de la LCSP (LA LEY 17734/2017), pudiendo tratarse tanto entres sometidos al derecho público como privado. Determinadas «prestaciones». Se le aplican los artículos 32, en el caso de ser considerados como medios propios, o el 33, en el caso contrario. Por otro, la «encomienda de Gestión» Excluidas de la LCSP por el art. 6.3 (LA LEY 17734/2017), que remite a Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015) de Régimen Jurídico Sector Público, que en su Artículo 11 (LA LEY 15011/2015) indica que la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de

las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, Por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. No obstante ello las encomiendas de gestión «no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público». En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

Existe la cooperación vertical y la cooperación horizontal entre AAPP

b) **Cooperación horizontal:** Aquellas que se producen entre administraciones y entidades pertenecientes al sector público independientes entre sí y que se regulan en el artículo 6.1 (LA LEY 17734/2017) que regula los convenios. En el mismos se excluyen de la ley aquellos convenios que desde un punto de vista objetivo, su

contenido no está comprendido en el de los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales y, desde un punto de vista subjetivo, se celebren por entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador. No obstante ello, su exclusión queda condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones que se determinan en el citado artículo.

3.3. La sociedad urbanística como medio propio de su administración titular

Es evidente que una sociedad pública municipal, de capital íntegro del propio Ayuntamiento y constituida tras el complejo procedimiento administrativo con sus distintos aspectos justificativos en orden a su finalidad, concretada en el objeto social y con todos los requisitos de publicidad administrativa y mercantil, con su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, es un medio propio del ayuntamiento para la ejecución por cuenta del mismo de todos aquellos servicios y actividades económicas que se han concretado en su objeto y justificado en su memoria. Lo contrario carece de toda justificación jurídica y respondería a un formalismo absurdo ajeno a los criterios funcionales del Derecho europeo. Mediante el expediente de constitución, tradicionalmente denominado de municipalización o provincialización, se concretan las razones que han llevado a la corporación local a decidir su creación; se ha justificado que el servicio o la actividad no solo es eficiente desde el punto de vista económico y de estabilidad presupuestaria y se ha concretado específicamente las actividades que puede realizar y en su facultad de autoorganización se ha considerado que dicha actuación instrumental es la forma más eficaz.

Consecuentemente con lo indicado, dicha sociedad es «medio propio» del ayuntamiento y está fuera de toda duda. En este supuesto el «macro encargo de gestión» se produce expresamente en el referido expediente de creación, al que como se ha indicado se le da todo tipo de publicidad administrativa (como si de una ordenanza se tratase) y mercantil.

Los requisitos del medio propio en la normativa española venían en establecidos en el artículo 24.6 del TRLCSP 2011 (LA LEY 21158/2011) ahora, los determina el artículo 32.2º (LA LEY 17734/2017) de la nueva Ley, que aun cuando se mencionan analizando exclusivamente a los supuestos de encargo a medio propio, como se ha indicado, sirve como base, junto con lo establecido por la Jurisprudencia del TJCE, para establecerlos con carácter general. Así, de acuerdo con lo indicado, pueden considerarse elementos necesarios los siguientes:

- a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.
- b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.
- c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
- d) Como requisito formal, reconocimiento en los estatutos o en los actos de creación del carácter de medio propio.
- e) El medio ha de ser idóneo para poder realizar el encargo o encomienda.

En relación a estos requisitos la nueva Ley establece dos presiones:

- Estos son sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LA LEY 15011/2015).
- El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.

En este sentido la nueva Ley en su Disposición transitoria cuarta (LA LEY 17734/2017) (Estatutos de los medios propios personificados) indica que hasta que transcurran seis meses de la entrada en vigor de la presente Ley y resulte exigible, por tanto, las obligaciones establecidas en el artículo 32.2.d) (LA LEY 17734/2017) respecto al contenido de los estatutos de las entidades que ostenten la condición de medio propio personificado, estas seguirán actuando con sus estatutos vigentes siempre y cuando cumplan con lo establecido en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 32. Analizaremos dichos requisitos.

a) Control análogo propios servicios: Para poder ser considerado medio propio se exige, en primer lugar, que el control de la administración matriz sea absoluto sobre el ente instrumental, es decir, que ostente sobre el mismo «que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas». En todo caso, sigue indicando la norma, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

En este sentido, las sociedades públicas en el derecho local español, puntualiza Gimeno Feliu, son controladas real y efectivamente por la administración titular, pues no solo sus miembros suelen formar parte de su consejo de administración, y, en la mayor parte de los supuesto, el pleno configura la junta general, sino también en el actuar cotidiano determinan claramente la actuación de la sociedad. Así tras definir sus actuaciones

genéricas en la memoria, aprueban anualmente con carácter previo el Plan de empresa y os Programas de Actuaciones Inversiones y Financiación (PAIF), aprueban posteriormente las cuentas y autorizan las operaciones de endeudamiento.

Precisando los aspectos económicos, Julio Tejedor, indica que el control del Ayuntamiento se produce igualmente mediante los «controles financieros que resulten de aplicación a las sociedades que de ellos dependen conforme a los artículos 220.1 y 223.1 LRHL, relativos al control financiero y al control externo respectivamente. En particular, en la gestión directa mediante sociedad mercantil la corporación municipal se reserva el control de la empresa a través del nombramiento de los administradores, desde la perspectiva orgánica, y mediante la censura de cuentas, desde la funcional y económico-financiera, pues resulta obligatoria la formación de una cuenta general en la que se incluirán las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad» del municipio» (13) .

Es importante precisar que la nueva LCSP (LA LEY 17734/2017) establece la posibilidad de que una sociedad sea medio propio de dos o más administraciones mediante el denominado «control análogo conjunto» en su artículo 32.4º (LA LEY 17734/2017).

b) Actividad esencial con la administración: Es necesario que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su Ayuntamiento propietario. Quiere decir ello, que se trate de una sociedad en la que la actividad principal sea la de prestación de servicios para su administración. Se considera que presta esta actividad mayoritaria como indica el artículo 32.2, letra b) (LA LEY 17734/2017) cuando «más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo».

Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto, son esencialmente los siguientes (14) :

- Que la actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones, careciendo de importancia quién remunera a la empresa y en qué territorio se prestan dichos servicios.
- En el supuesto de que sean varios los entes territoriales que controlan una empresa, la actividad a tomar en consideración es la que la empresa realiza con el conjunto de entes territoriales (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 65 a 72).
- Es independiente y no relevante a estos efectos la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.

La mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz

En conclusión, cuando una sociedad urbanística ejercita actividades de desarrollo de la competencia de su administración titular, como la política de vivienda o suelo o en relación a equipamientos de aquella, está realizando actividades o cometidos confiados o asignados por su administración, como exige la LCSP y las Directivas europeas.,

c) Totalidad capital público: Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital

tendrá que ser de titularidad pública, este no es sino un complemento necesario del control análogo antes visto, siendo, como se ha visto, elemento necesario para el mismo pero no suficiente. En este sentido, al igual que el concepto de sociedad mixta, se ha producido una evolución en el sentido de que si bien originariamente se exigía el criterio de total pertenecía del capital a un ente territorial único, en la actualidad lo que se exige es que todo el capital sea público, aunque pertenezca a distintos poderes adjudicadores, impidiéndose la entrada del capital privado aun cuando sea mínimo.

D) Reconocimiento expreso estatutos o en los actos de creación: La letra d) del citado artículo indica que «la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación» «Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

En relación a este requisito hay que tener en cuenta que si nos atenemos al criterio no formalista de la Unión Europea, en el sentido, se entiende, de que este carácter de medio propio deberá constar expresamente indicado o en los estatutos o en la norma de su constitución que con independencia de que se utilice literalmente el término «medio propio» o «servicio técnico», sino que ello se deduzca de los elementos definidores de la constitución de la sociedad y de las relaciones que mantiene con su administración titular. En este sentido, si bien «*sensu contrario*», ha sido muy clara la Jurisprudencia Europea, al indicar que es la realidad de la actuación de la sociedad lo que define éste, pues la determinación en los estatutos no implica que lo sea si por la naturaleza de la sociedad o su actividad queda acreditado que no reúne esta condición. En esta línea puede considerarse que si en la memoria de constitución de la sociedad, que no puede olvidarse que se tramita con exposición pública y de la misma forma que una ordenanza municipal, por lo que podría ser considerada como la «norma de creación», o en los estatutos se deduce claramente esta condición, aun cuando no se emplee literalmente la expresión «medio propio», debe ser considerado como tal. Ello lo refrenda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre, en los supuestos de gestión directa, excluye el requisito formal del reconocimiento expreso que limita exclusivamente a los supuestos de encomienda de gestión.

3.4. El requisito de la idoneidad del medio propio en la Sociedad Urbanística

La idoneidad del medio propio es esencial. Así es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental, en este caso una sociedad pública, pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. En caso contrario se iría contra la esencia y fundamento del ente instrumental o la sociedad pública, constituida para prestar de forma más ventajosa el servicio o realizar la actividad económica de la administración local, y no solo no existiría justificación para el encargo sino para la propia existencia de la sociedad. Pero que la sociedad sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50% ó 60%).

No obstante ello, este último criterio recientemente se ha plasmado en distintos comentarios doctrinales, resoluciones de Juntas de Contratación Administrativas e, incluso, en alguna normativa específica como la Ley Foral de Contratos de Navarra y hoy día en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017). El origen de este erróneo concepto es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP 2011 (LA LEY 21158/2011), de dos figuras distintas, como se ha visto, por un lado la ejecución por la propia

administración (párrafos 1 a 5) y los requisitos del medio propio para la encomienda de gestión (párrafo 6). Si a ello se le une la errónea identificación de la encomienda y la gestión directa del servicio mediante sociedad pública, da lugar a la disparatada pretensión de que en la compleja gestión directa del servicio, se pretenda que la sociedad realice a ejecución material de más del 50% del mismo. Piénsese en una sociedad urbanística que esté desarrollando un específico polígono, ello supondría que la sociedad debería ejecutar la mayor parte de las obras de urbanización o en caso de desarrollarse una promoción de vivienda protegida en suelos cedidos, realizar la construcción de la misma, como si de una empresa constructora se tratase, confundiendo la promoción con la ejecución material de la obra, actuación específicamente prohibida a las sociedades urbanísticas, como posteriormente se verá, tanto estatal como autonómica.

El profesor Julio Tejedor Bielsa (15) comentaba que últimamente se ha iniciado la tendencia de limitar el volumen de contratación de sociedades públicas en función del criterio de idoneidad, como si de una ejecución de obras por la administración se tratase, por el hecho de que se regulan ambas en el artículo 24 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011), cuando que no cabe confundir la «relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP» por ser relaciones distintas con «la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLCSP». En este sentido indica confirmando el origen del error que «tempranamente advirtió de los problemas que suscitaría la mezcla en el artículo 24 de dos cuestiones diferentes. Posteriormente, Noguera de la Muela (16) distingue nítidamente entre ejecución por administración y servicios *in house providing*, considerando como poco acertada la remisión del artículo 4.1.n al artículo 24 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) en el que se mezclan ambas cuestiones».

Por todo ello, «Sorprende el Informe 11/2011, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que, interpelada acerca de las limitaciones impuestas a una empresa municipal para contratar con terceros, confunde la regulación tradicional de la ejecución por administración que se acaba de analizar con la técnica del encargo «in house providing» conforme a la normativa europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando sin base legal alguna que «tampoco se puede afirmar que cuando el Ayuntamiento de [...] encomienda la realización de una obra a EMS [...], esta empresa no esté sujeta a limitación alguna, sin que, como lógica consecuencia del carácter instrumental respecto del Ayuntamiento que presenta, pueda contratar el 100% de la obra externamente. Por tanto, y a la vista de todo lo expuesto, las únicas limitaciones que le resultan de aplicación son las contenidas en el artículo 24.4 TRLCSP, puesto es que es este artículo el que contiene las normas que se van a aplicar a los medios propios, como es el caso que plantea la consulta». En este mismo sentido se ha pronunciado también dicha Junta en los informes 65/2007 y 13/2012.

Julio Tejedor, concluye que es claro que la Encomienda nada tiene que ver y es un supuesto diferente del de la ejecución por administración. Por ello afirma que «el criterio que pretende colegir la Junta estatal del vigente TRLCSP (LA LEY 21158/2011) no existe y para implantarlo resulta indispensable su reforma. Lo irrazonable, además, de la interpretación que realiza la Junta Consultiva estatal se desprende, además, del hecho de su carácter absoluto, que haría inútil el juicio de idoneidad que ya contemplaba el artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado y se ha introducido ahora en Navarra, de forma simultánea a la previsión, *ex novo*, de una limitación cuantitativa que no existía hasta ahora. Tal es el sentido de la previsión foral de que pueda superarse el porcentaje máximo de contratación que establece «siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final». Especialmente relevante resulta, a nuestro juicio y a los efectos del presente trabajo, la referencia a «la mejor organización empresarial para la

ejecución del conjunto de la prestación o actividad»».

En esta misma línea el Tribunal de Cuentas en el citado informe número 1003, deja perfectamente clara la errónea apreciación de la Junta Consultiva, al indicar en sus conclusiones respecto a la ejecución de las encomiendas que:

- 21ª.— «No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendataria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración».
- 22ª.— «El único supuesto en que se fijan límites legales a la subcontratación es el contemplado en la Disposición Adicional 25a del TRLCSP, estableciéndose el límite máximo en el 50% del presupuesto total de la encomienda. TRAGSA ha incumplido este límite en el 25% de los expedientes analizados».

En esta misma línea, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su informe núm. 2/2012 indica en sus conclusiones que «la realización de las encomiendas de gestión a que se refiere el artículo 4.1.n) del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) no requiere necesariamente que la entidad que actúa como medio instrumental disponga de todos los medios necesarios para llevarlas a cabo, pudiendo contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resulten necesarios, siempre y cuando tales contrataciones se lleven a cabo con sujeción al TRLCSP».

Búsqueda que las
empresas sean promotoras
no constructoras

La inaplicabilidad de este criterio de la ejecución del 50% tiene todavía menos sentido en el supuesto de gestión directa del servicio a través de las sociedades instrumentales, por cuanto la propia legislación deja perfectamente claro que éstas son gestoras de servicios no contratistas de obras, prohibiendo que ellas mismas realicen directamente las obras. Lo que es perfectamente coherente con su función. Ahora bien, hay que entender que se trata de un concepto de gestión amplio. En el supuesto de la promoción pública de vivienda el tema es perfectamente claro, se busca que las empresas sean promotoras no constructoras. Como se ha visto gestionar el servicio de promoción de viviendas municipal, no solo es el realizar la construcción del edificio, hay actuaciones previas urbanísticas, de redacción de proyectos de edificación, seguridad y salud etc., de dirección de obras, de acogimiento al régimen de protección...

Consecuentemente con ello, la legislación relativa a las sociedades urbanísticas es muy clara: «promueva pero no construya». En este sentido el reiterado Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (LA LEY 807/1978), sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, en su artículo 5.3 (LA LEY 807/1978) indica que: «La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente».

Las Comunidades Autónomas, igualmente se manifiestan en este sentido. Se puede destacar la comunidad de Madrid, que en el artículo 75 de la Ley 9/2001 (LA LEY 1426/2001), establece que las sociedades que gestionan el servicio de urbanismo en ningún caso podrán proceder directamente a la ejecución material de las obras. O Canarias que en el artículo 92 del Decreto Legislativo 1/2000 (LA LEY 6343/2000), preceptúa que en ningún caso podrán las sociedades urbanísticas proceder directamente a la ejecución material de las obras.

El Decreto 29/2011, de 19/04/2011 (LA LEY 8443/2011), por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha indica en su artículo 18 que: «Las sociedades urbanísticas adjudicarán la ejecución de las obras correspondientes de acuerdo con lo previsto en la normativa de contratación de las Administraciones públicas. En ningún caso podrán estas sociedades proceder directamente a la ejecución material de las obras».

No obstante lo indicado, en la nueva ley se ha plasmado el criterio de idoneidad

cuantitativo, que como se ha repetido es un error, si bien tras la enmienda formulada, como se ha comentado, se atenúa pues se deja perfectamente claro que el mismo no se aplica en los supuestos de gestión directa de servicios. En concreto en el artículo 32.7, b) (LA LEY 17734/2017), indica que: «a los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas: «El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo»».

No obstante ello, gracias a la enmienda que se introdujo en el texto inicial realizada por el Grupo Parlamentario Socialista y el Mixto, a instancias de AVS, se consiguió solucionar el problema al establecer una excepción al indicar que esta limitación «no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. **Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública**».

La justificación de la misma está perfectamente clara en el fundamento de las enmiendas propuestas lo que facilita su comprensión mediante la denominada «interpretación auténtica» que es la que hace el propio legislador. En concreto la Justificación presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para la enmienda admitida, la número 482 es la siguiente: «La redacción actual del artículo 32.6 del Proyecto de Ley plantea un grave problema a los entes instrumentales al aplicar un criterio restrictivo del requisito de idoneidad del medio propio, no exigido por la legislación europea, al obligar que éste realice materialmente por sí misma el 60% de la cuantía del encargo, salvo casos justificados.

Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de "gestionar un servicio" que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (artículo 85 de la Ley 7/1985, LBRL (LA LEY 847/1985)). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC.AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente».

Consecuentemente con ello, la citada limitación no afectará a las sociedades urbanísticas y otros entes instrumentales que gestionen el servicio relativo a la actividad de forma habitual ni específicamente cuando se les realice un encargo concreto.

II. La promoción de vivienda por las sociedades urbanísticas

1. Capacidad de actuación

La capacidad de actuación de las sociedades públicas en general y especialmente las urbanísticas es muy amplia, si bien ésta debe estar establecida en el objeto social fijado en los estatutos de las mismas. Esto es necesario pues, de acuerdo con la normativa mercantil, es el objeto el que determina la capacidad de actuación de la misma y, desde el punto de vista administrativo, al ser aprobado por la administración titular de las mismas, determina el alcance concreto de la actuación del nuevo órgano, creado en virtud de su potestad de autogobierno.

Con carácter previo se puede indicar que el objeto social de estas sociedades suele concretarse fundamentalmente en los siguientes aspectos concretos:

- El urbanismo: comprende una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión, sino que se extiende a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de equipamientos.
- La vivienda: contempla no sólo la promoción de vivienda de nueva planta sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.
- La gestión de equipamientos públicos: a tal efecto las sociedades suelen gestionar, administrar y conservar equipamientos o dotaciones públicas propiedad de la administración, que se le encarguen o encomienden.
- La gestión de equipamientos servicios públicos locales: de esta forma puede realizar todo tipo de contratos y actividades tendentes a que los servicios públicos sean prestados de una manera íntegra y suficiente.
- La administración del Patrimonio Municipal de Suelo y patrimonio ordinario: las Sociedades Urbanísticas suelen administrar todo tipo de patrimonio de la administración titular que se le encomiende.

El citado Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (LA LEY 807/1978), sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales» (RSU), dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976, en el artículo 1.1.º establece que: «El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas».

La sociedad urbanística puede crearse por la Administración para todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico, de acuerdo con la Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística («sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico»).

De forma más específica, el artículo 3 del Real Decreto 1169/78 (LA LEY 807/1978), establece que su objeto social incluirá la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

- 1.** Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
- 2.** Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
- 3.** Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Para la realización de dicho objeto social de la manera más eficaz y menos costosa para la Administración, el Decreto prevé que la Sociedad urbanística podrá:

- a)** Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- b)** Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c)** Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- d)** Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La amplitud de competencias ha sido perfectamente corroborada por el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse por su claridad las recientes sentencias de la Sala Tercera, de 17 de junio de 1998 (LA LEY 7554/1998) y 2 de octubre de 2000 (LA LEY 869/2001), que se refieren a sociedades valencianas, en concreto la del Ayuntamiento de Valencia AUMSA y la de la Generalitat, el Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. Igualmente por los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid en su Sentencia de 16 de julio de 2004.

Las CCAA han regulado las Sociedades Urbanísticas siguiendo la legislación estatal

Las CC.AA., en su normativa, han regulado los posibles campos de actuación de las Sociedades Urbanísticas, siguiendo, en su gran mayoría, de forma más o menos literal la legislación estatal; sintetizaremos algunas de ellas.

Andalucía: El artículo 90 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (LA LEY 61/2003), Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), indica que las Sociedades Urbanísticas, instrumentales o mixtas, podrán tener todos o algunos de los siguientes fines:

1. Redacción, gestión y ejecución de instrumentos de planeamiento.
2. Consultoría y asistencia técnica.
3. Prestación de servicios.
4. Actividad urbanizadora y edificatoria.
5. Gestión y explotación de las obras resultantes.

Asturias: El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (LA LEY 848/2004), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, indica en su artículo 13 (LA LEY 848/2004) («Sociedades Urbanísticas») que podrá particularmente encomendarse a las sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico.
- b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
- c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.
- d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas.

Castilla y León: El Decreto 22/2004, de 29 enero (LA LEY 2286/2004), por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 407 (LA LEY 2286/2004) en relación con el 404 (LA LEY 2286/2004), podrán realizar las siguientes actividades:

- a) El ejercicio y la gestión de las siguientes:
 - La programación, elaboración, ejecución, seguimiento y coordinación de instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.
 - El apoyo y asesoramiento en materia de urbanismo, incluida la

elaboración de informes técnicos y jurídicos previos a la adopción de acuerdos administrativos.

- La planificación, ejecución, gestión y conservación de los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas.
- La gestión de expropiaciones previamente acordadas por la Administración competente, incluso asumiendo la condición de beneficiario de la expropiación.
- La liquidación y recaudación unificada de tributos u otras prestaciones patrimoniales de Derecho público relacionadas con las competencias gestionadas.

b) La gestión, con titularidad fiduciaria de disposición, de los bienes de los patrimonios públicos de suelo de sus entidades partícipes, conservando éstas la titularidad dominical.

c) La gestión de actuaciones urbanísticas, tanto aisladas como integradas, pudiendo asumir la condición de urbanizador, ejecutar y mantener la urbanización, así como promover y construir viviendas con protección pública.

d) La gestión y explotación de concesiones de servicios.

La Rioja: La Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en el artículo 120 (LA LEY 4275/2006) («Sociedades Urbanísticas») establece que: «Su objeto es la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, en especial la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública».

2. La competencia de vivienda tras la LRSAL

Tradicionalmente los ayuntamientos, la administración más cercana al ciudadano, han promovido viviendas para sus vecinos en situación de necesidad, bien para su cesión en venta por un precio asequible, bien para su arrendamiento, creando así un parque estable de viviendas en alquiler. Han sido imprescindibles para estas actuaciones sus entes instrumentales por su mayor facilidad de actuación e independencia financiera. Surgen así los promotores públicos locales, como los Patronatos de Viviendas o las Sociedades Mercantiles Urbanísticas, de las que existen ejemplos desde principios del siglo XX, como el Patronato de Vivienda de Barcelona.

Ante esta realidad social la competencia en materia de vivienda es algo que tradicionalmente ha otorgado la legislación a los ayuntamientos. Esta competencia la contemplaba distinta normativa tanto la de régimen local, como la de urbanismo, al vincular los patrimonios municipales de suelo a la promoción de vivienda sometida a algún régimen de protección pública, además, de forma específica en su legislación sustantiva de vivienda, las denominadas «Leyes de Vivienda» de que se han dotado gran parte de CC.AA., e incluso la normativa de financiación de vivienda protegida, tanto estatal como autonómica.

Consecuentemente con ello, el municipio y, con carácter habitual, sus empresas urbanísticas y/o de vivienda, han sido actores fundamentales e imprescindibles para proveer de vivienda a los ciudadanos que la necesitaban y para la ejecución de los «Planes de Vivienda», tanto estatales como locales.

Originariamente, la LBRL (LA LEY 847/1985) establecía en su artículo 85.1 que: «1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias». Por su parte, el artículo 25 que determina la competencia de los municipios, indica que éstos ejercerán, en todo caso, las siguientes competencias: «d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales».

De igual manera, el reiterado artículo 28, entre las actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas que podían realizar los municipios, permitía

específicamente la relativa a «la vivienda».

Considerando que el urbanismo y, una de sus consecuencias más fundamental, la vivienda, eran servicios de competencia de los ayuntamientos, lo fue ratificado no solo por la normativa por reiterada jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional.

Tradicionalmente, además, no se imponía limitación alguna a la promoción de viviendas por parte de los promotores públicos, así los distintos patronatos y sociedades municipales han promovido todo tipo de vivienda. No obstante ello, en la década de los 90 se impugnó judicialmente por algunas asociaciones de Promotores Privados el hecho de que los ayuntamientos y, especialmente, sus sociedades públicas, pudieran realizar promociones no amparadas en la protección oficial, ya que estarían en contradicción con el principio del libre mercado y libertad de concurrencia en igualdad de condiciones.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fue contundentemente clara en distintas sentencias. La sentencia de 29 de septiembre de 1992 (5º Fundamento de Derecho); se contiene la importante precisión de que servicios públicos locales son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales, tal como ocurre con la promoción y gestión de viviendas, finalidad cuyo carácter social no queda desvirtuado aunque no sean de Protección Oficial.

La sentencia de 17 de junio de 1998 (LA LEY 7554/1998); analizando las competencias de la Empresa Municipal del Ayuntamiento de Valencia AUMSA en su Fundamento de Derecho Tercero indica que:

«Para enfocar debidamente la cuestión sometida a la consideración de esta Sala, ha de partirse, ante todo, de cuál sea el ámbito de actuación que cabe otorgar legalmente a las sociedades urbanísticas como la que aquí es demandada, así como de la relación de las disposiciones pertinentes con la normativa —constitucional incluso— que regula el tema de la libre competencia económica.

El artículo 25.2.d) de la Ley de Bases, de 2 de abril de 1985, hace figurar entre los temas de neta competencia municipal no solamente la gestión y disciplina urbanística, sino también la promoción y gestión de la vivienda, como servicio público que puede contribuir a satisfacer las aspiraciones generales de la comunidad vecinal, y el artículo 88.1 de la misma norma reconoce la facultad que corresponde a los Entes Locales para ejercer la iniciativa pública en materia de actividades privadas, previa la formación del correspondiente expediente, de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución (LA LEY 2500/1978).

Cuando el artículo 3º del R.D. de 2 de mayo de 1978, ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la "renovación y remodelación urbana" sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo. En este último sentido, pretender que las normas estatutarias de las sociedades urbanísticas han de circunscribir el objeto de su actividad al campo de las Viviendas de Protección Oficial, o de cualquier otro tipo de vivienda de coste reducido, carece de toda justificación».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 2 de octubre de 2000 (LA LEY 869/2001), que determina el ámbito de actuación y objeto social del Instituto Valenciano de Vivienda S.A. (IVVSA), empresa pública de la Generalitat Valenciana, con amplias competencias en materia de vivienda y suelo; al igual que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de la sala de lo Contencioso administrativo, de fecha 16 de julio de 2004, anteriormente comentada

Paradójicamente los primeros Anteproyectos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), desconociendo la realidad de la promoción municipal de vivienda, eliminaban dicha competencia como propia, pudiendo tan solo obtenerse por delegación de las CC.AA. Tras distintas alegaciones y reuniones en las que participó activamente AVS se logró que la Ley aprobada introdujese a la vivienda como competencia propia, si bien de forma restrictiva pues se limitaba el nuevo artículo 25 a la «Promoción y

gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera».

Tras ello, se ha pretendido por amplios sectores constreñir la competencia municipal de vivienda exclusivamente a las protegidas y con estricta garantía de los criterios de sostenibilidad financiera, lo que no deja de ser paradójico pues en las viviendas protegidas de Promoción Pública o de Régimen Especial, esencialmente las de alquiler, es difícil incluso cubrir los costes y los únicos beneficios que se obtienen son sociales al estar destinadas a las capas sociales más desfavorecidas.

Frente a esta postura restrictiva AVS ha defendido el criterio de amplia competencia municipal en materia de vivienda. Ello en base a que la competencia de los municipios en general y en especialmente la de vivienda, establecidas por la normativa Estatal, la LBRL (LA LEY 847/1985), es el mínimo competencial y para determinar el exacto alcance de las mismas hay que acudir a la normativa de las CC.AA. que la complementan y desarrollan.

La LBRL es el mínimo competencial y hay que acudir a la legislación autonómica

Siguiendo los criterios Jurisprudenciales y especialmente lo establecido en la normativa de las distintas CC.AA. en relación a las competencias en general, y en especial a la de vivienda, hay que considerar que la normativa Estatal, la LBRL, es el mínimo competencial, como se ha indicado en apartados anteriores y que para determinar el exacto alcance hay que acudir a la normativa de las CC.AA. que la complementa y desarrolla.

En este sentido del doble ámbito competencial en base a la normativa Estatal básica y su desarrollo por la autonómica es clara la Ley foral 6/1990, de 2 de julio (LA LEY 2751/1990), de la Administración Local de Navarra, que en su artículo 29 (LA LEY 2751/1990) preceptúa que: «Los municipios de Navarra tienen las competencias, potestades y prerrogativas que la legislación general reconoce a todos los del Estado. Tendrán asimismo las competencias que, en materias que corresponden a Navarra, les atribuyan las leyes de la Comunidad Foral».

La Comunidad de Madrid, en su Ley de Administración Local, igualmente indica que: «Los Municipios de la Comunidad de Madrid ejercerán las competencias propias que, de conformidad con la legislación básica estatal, determinen las distintas leyes sectoriales estatales o autonómicas» (17) .

La normativa autonómica puede ser variada pues los aspectos competenciales en materia de vivienda aparecen tanto en la sustantiva (legislación de régimen local), como en la normativa sectorial (legislación específica de vivienda y urbanismo). Dicha normativa otorgan a los municipios tanto la de régimen local como la sectorial, amplias competencias en materia de vivienda, llegando alguna incluso a prever la elaboración de específicos «Planes Municipales de Vivienda», como la legislación andaluza. Con un carácter más específico, otras Comunidades establecen la competencia de vivienda con una previsión y desarrollo amplio en cuanto a su contenido. Ejemplo de ello es la Ley 5/2010, de 11 de junio (LA LEY 13083/2010), de Autonomía Local de Andalucía, que en su artículo 9 (LA LEY 13083/2010) (Competencias municipales) indica que los municipios andaluces en materia de «Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda protegida», tienen las siguientes competencias propias:

- a) Promoción y gestión de la vivienda.
- b) Elaboración y ejecución de los planes municipales de vivienda y participación en la elaboración y gestión de los planes de vivienda y suelo de carácter autonómico.
- c) Adjudicación de las viviendas protegidas.
- d) Otorgamiento de la calificación provisional y definitiva de vivienda protegida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa autonómica.

Hoy día el tema lo ha dejado perfectamente claro el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de 3 de marzo de 2016 (LA LEY 8711/2016), al resolver un recurso contra la LRSAL (LA LEY 21274/2013) formulado por la Asamblea Extremadura. Parte la sentencia de que

afirmar que los municipios «solo» pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 LBRL (LA LEY 847/1985) es erróneo, pues éste determina las materias que en «todo caso» el municipio debe tener como competencias propias. Este artículo, indica el TC, no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiere. Por ello las competencias propias se atribuirán a los municipios de modo específico a través de ley sectorial estatal y de CC.AA., cada cual en el marco de sus competencias. Consecuentemente dichas leyes pueden atribuir competencias propias en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3, 4 y 5 del mismo.

Como consecuencia de ello se puede concluir que los ayuntamientos y por ende sus sociedades urbanísticas tendrán las competencias de vivienda que determine la normativa de régimen local y sectorial en materia de urbanismo y especialmente de vivienda, que en la mayor parte de las CC.AA. es muy amplia y excede a lo previsto en el artículo 25 de la LBRL (LA LEY 847/1985).

• BERNAL BLAY, Miguel Ángel: «Un paso en falso en la Interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in House». Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) n.º 137, páginas 118 a 121. Enero-marzo de 2008. Editorial Thomson-Civitas.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio. Artículo «Las encomiendas a entes instrumentales en la Legislación Foral de Contratos Públicos de Navarra: contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la legislación básica estatal». Revista Jurídica de Navarra. Enero-junio de 2009, n.º 47. Páginas 39-86.

- (1) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE (LA LEY 4612/2014) y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LA LEY 4613/2014).

- (2) El Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (LA LEY 807/1978), sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales» (RSU), en su artículo 1 dispone que «El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas».

- (3) Artículo 13 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (LA LEY 848/2004), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

- (4) Artículo 13 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (LA LEY 848/2004), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

- (5) Tema 15. las Sociedades de Capital. Temario D.º Mercantil I – C. U. Villanueva – Curso 2013/14.

- (6) En el Principado de Asturias, el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (LA LEY 848/2004), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, realiza una amplia regulación de las sociedades urbanísticas en la línea del Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) estatal; no obstante ello, parece que siguiendo la inercia de la referida norma estatal, indica en su artículo 13.2.º (LA LEY 848/2004) que: «La sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad anónima».

- (7) El artículo 2.3.º del Real Decreto 1169/1978 (LA LEY 807/1978) establece que en el supuesto de que «esas Sociedades se constituyan exclusivamente por Entes Locales, sin participación de ningún otro Ente público, se exigirán los requisitos establecidos por la legislación local y por este Real Decreto».

- (8) La normativa de régimen local adopta un concepto amplio. El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su artículo 89.1 (LA LEY 18/1955) indica que: «La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa

privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento».

El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (LA LEY 968/1986), en el 103 establece que: «En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social».

(9) Este artículo ha sido objeto de distintas modificaciones, si bien no sustanciales; fue introducido por el apartado 3 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (LA LEY 1906/2003), y el número 2.º nuevamente modificado por el número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre (LA LEY 21274/2013), de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

(10) De acuerdo con el artículo 3.3 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) 3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: a) Las Administraciones Públicas. b) Las fundaciones públicas. c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas 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, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores..

(11) BUESO GUIRAO, Enrique y PÉREZ MIRA, Juan Manuel: (2012) «Guía de Actuación. Gestión de Servicios mediante sociedad mercantil pública», editada por AVS, FEMP y COSITAL en 2012. En las páginas 37 y ss de la guía.

(12) Informe n.º 1.003, sobre «Fiscalización de la Utilización de la Encomienda de Gestión regulada en la Legislación de contratación pública por ministerios, agencias y organismos autónomas del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012», páginas 16 y 17.

(13) TEJEDOR BIELSA, Julio: «*Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación*». Capítulo 9.º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014. Página 379.

(14) En este sentido se pronuncian y sintetizan los requisitos jurisprudenciales, los siguientes autores a los que nos remitimos:

(15) TEJEDOR BIELSA, Julio: «*Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación*». Capítulo 9º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014. Páginas 400 y 403, respectivamente.

(16) NOGUERA DE LA MUELA (2010). En la página 171, ya se destaca «el poco acierto de la redacción del artículo 4.1.n, al remitir, para la consideración de una entidad como medio propio, a la regulación de la *ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la administración* (ejecución *por administración*) y la *ejecución de servicios con colaboración de empresarios particulares* del artículo 24, cuando se trata de sistemas de ejecución de contratos diferentes».

(17) Ley 2/2003, de 11 de marzo (LA LEY 959/2003), de Administración Local de la Comunidad de Madrid, artículo 8 (LA LEY 959/2003), Competencias.
