

***LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE  
MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL  
GOBIERNO LOCAL.  
ORGANISMOS PÚBLICOS Y SOCIEDADES  
MERCANTILES***

Laura Varea Mosquera  
Jefe del Departamento Jurídico  
Dirección General de Sector Público y Política Financiera  
Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública

## **1.INTRODUCCIÓN.**

1.1.De qué estamos hablando: Breve concepto de Administración Instrumental

1.2. Administración Instrumental en las CCLL. Marco jurídico existente con anterioridad a la Ley 57/2003 de Medidas de Modernización para el Gobierno Local.

## **2.LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL.**

2.1.Ley 57/2003, objetivos buscados en la reforma.

2.2.Modificaciones introducidas en la regulación de la administración instrumental de las entidades locales: Ámbito en el que se debe interpretar la voluntad del legislador: LOFAGE.

## **3.ORGANISMOS PÚBLICOS.**

3.1.Nueva clasificación introducida por la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local : Organismos autónomos locales y Entidades Públicas Empresariales locales.

3.2.Concepto y régimen jurídico.

3.3.Adaptación realizada en el Ayuntamiento de Madrid.

## **4.SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES.**

4.1. Concepto y régimen jurídico.

4.2.Reforma de la ley de modernización, nuevo ámbito de regulación jurídica. 4.3.Adaptación realizada en el Ayuntamiento de Madrid.

## 1.INTRODUCCIÓN.

### 1.1.De qué estamos hablando: breve concepto de Administración Instrumental.

---

El título de esta charla “Organismos públicos y sociedades mercantiles” aparentemente tan simple, esconde una enorme complejidad conceptual y organizativa.

He escogido el nombre de administración instrumental, por ser la nomenclatura utilizada por el catedrático Garrido Falla<sup>1</sup>, para aludir al *“carácter instrumental en sentido estricto que presentan toda una serie de organizaciones u organismos dotados de personalidad jurídica que aparecen integrados en las distintas administraciones públicas que globalmente constituyen el Estado”*.

Esta definición incluye una tipología de organismos más amplia que la que vamos a tratar aquí, sin embargo, he decido utilizarla porque esta idea de administración instrumental, incluiría, además de las entidades que ejercen funciones o servicios descentralizados, las sociedades estatales que gestionan servicios públicos, las cuales en opinión de Felio J. Bauzá,<sup>2</sup> como luego comentaremos, no estarían dentro de la concepción de administración institucional.

La idea de instrumentalidad recoge la opinión de la doctrina italiana mediante la referencia a uno de sus autores, Ottaviano, el cual consideraba

---

<sup>1</sup> **Fernando Garrido Falla.** “Origen y evolución de las entidades instrumentales”

<sup>2</sup> **Felio J. Bauza Martorell.** “La Desadministración Institucional”. Marcial Pons .2001

como entes instrumentales a aquellas entidades que desarrollan una actividad totalmente al servicio del Estado y que actúan como instrumentos de éste.

La nota común en todas estas entidades es que la instrumentalización se realiza a través de la concesión por parte del Estado de personalidad jurídica propia.

Para observar la evolución seguida en la aparición de estas entidades, y continuando con la opinión de Garrido Falla, haremos referencia a la diferencia que Zanobini realiza entre función pública y servicio público, para distinguir lo que él denomina “descentralización de servicios” y “descentralización funcional”.

Así, establece que la función pública representa fundamentalmente el ejercicio de potestades públicas, entendidas como esferas de la específica capacidad del Estado o de otras Administraciones Públicas (Descentralización funcional); y el servicio público representa actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial puestas a disposición de los particulares para la satisfacción de específicas necesidades. (Descentralización de servicios).

La descentralización de servicios es anterior a la descentralización funcional, y desde el punto de vista legislativo la primera norma que establece la descentralización de un servicio público es la Ley de Beneficencia de 1849, que recoge los establecimientos públicos de beneficencia.

Es a comienzos del siglo pasado cuando van surgiendo una serie de organismos con personalidad jurídica distinta a la de la administración territorial que los crea. Estos órganos van multiplicándose a lo largo del siglo pasado, apareciendo lo que Garrido Falla denomina “descentralización funcional”.

Esta descentralización funcional -o funciones descentralizadas- constituyó en su momento una auténtica novedad, y es la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 el primer intento legislativo de establecer un régimen jurídico para las entidades que constituyen este proceso descentralizador.

Esta ley define a los organismos autónomos como “ *entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público.*”

De acuerdo con la opinión de Clavero Arévalo, la causa fundamental que impulsa al Estado a la creación de estos organismos, dotados con personalidad jurídico pública, está en buscar las ventajas y el amparo que un estatuto jurídico especial les proporciona, al escaparse de la lentitud y la falta de flexibilidad del derecho administrativo. La personalidad jurídica funcionaría como la razón para la creación de un Estatuto que se aplicaría

con carácter singular y que haría excepcional el derecho administrativo general que se aplica a la administración del Estado. Esto es lo que la doctrina denomina “ la huida del derecho administrativo”.

La práctica de los años ha conllevado, a nivel estatal, la proliferación de otras entidades que no responden al concepto de organismo, entendido como organismo autónomo, sino que constituyen, a juicio de Garrido Falla, verdaderas administraciones independientes; éstas son las entidades de derecho público.

Éstas se introducen a raíz de la Ley General Presupuestaria cuyo Texto Refundido es de 1988 y que recoge en el Art. 6 lo que denomina como “entidades de derecho público que por ley adaptan su actuación al ordenamiento jurídico privado”, distintas de las sociedades mercantiles.

Con estas entidades, no se pretende tener un régimen de derecho administrativo especial, sino un sometimiento casi total al derecho privado.

Esto ha supuesto, a nivel estatal, la creación de multitud de entes que se definen como independientes de la administración del estado y que, en opinión de Garrido Falla al que seguimos en esta introducción, es un segundo paso más de descentralización, ya que invocando razones de eficacia, se traspasa el ejercicio de potestades y funciones claramente administrativas a una entidad regulada por el ordenamiento jurídico privado (Correos, RTVE, AET, Consejo de seguridad nuclear etc.).

Como veremos más adelante, la nueva clasificación y conceptualización de administración instrumental que surge tras la LOFAGE no modifica en nada lo expuesto, ya que las excepciones a su aplicación por un lado, y la posibilidad de excepcionarla mediante ley de creación por otro, dejan prácticamente igual el panorama existente de administración instrumental a nivel estatal.

## **1.2. Administración Instrumental en las Corporaciones Locales. Marco jurídico existente con anterioridad a la Ley 57/2003 de Medidas de Modernización, para el Gobierno Local.**

---

En el marco de las CCLL, la existencia de una administración instrumental está ligada a la idea de gestión de servicio público.

La regulación jurídica de esta gestión de servicios públicos y de los posibles entes instrumentales se realiza mediante la regulación en leyes municipales o de régimen local que se han venido aprobando por el Estado, ya que las entidades locales no tienen poder legislativo y se tienen que mover en el ámbito legal que establezca el Estado o las CCAA.

Este hecho, en opinión del catedrático José Ortiz Díaz,<sup>3</sup> tiene como ventaja evitar desviaciones jurídicas en la actuación de las entidades locales, pero ha supuesto por otro lado una regulación excesivamente uniformista y demasiado encorsetada que no permite una flexibilidad de adaptación a la realidad social de cada entidad local.

---

<sup>3</sup> José Ortiz Díaz. "Los entes instrumentales de las administraciones locales".

Así, la regulación de las formas de prestación de los servicios públicos es lineal para todas las entidades locales y viene establecida por la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985, actualmente modificada por la ley 57/2003 de MMGL objeto de estas jornadas.

El Art. 2 de la LRBRL asegura a los municipios, las provincias y las islas como resultado de la autonomía garantizada constitucionalmente, *“su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la actividad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*.

En el artículo 25 de esa misma norma, ya dentro del Título legal correspondiente al Municipio, se establece que para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Es en las formas de gestión de estos servicios públicos donde se incardina la posibilidad de crear, por parte de las corporaciones locales, una administración instrumental en la cual descentralizar determinadas competencias.

Así, el artículo 85 en su redacción anterior a la Ley 57/2003 de Medidas de Modernización que nos ocupa establecía:

Artículo 85 1. “ *Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.*

2. *Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.*

3. *La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:*

- a) Gestión por la propia entidad local*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.*

4. *La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:*

- a) Concesión*
- b) Gestión interesada*
- c) Concierto*
- d) Arrendamiento*
- e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local.”*

La legislación anterior a la LRBRL regulaba tres formas distintas de gestión de los servicios públicos: la gestión directa, la gestión indirecta y la denominada gestión por empresa mixta. Es esta LRBRL la que incardina esta gestión por empresa mixta como una figura más de la gestión indirecta.

El marco jurídico-institucional de los organismos y las empresas públicas locales, con anterioridad a la Ley 57/2003, estaba enmarcado fundamentalmente, además de por lo dispuesto en la Ley RBRL:

- Por las especificidades que se recogían en 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, Título VI Bienes actividades servicios y contratación (Art. 101 y stes).
- Dentro de la normativa reglamentaria nos encontramos con una norma de carácter preconstitucional, que ha pervivido hasta ahora, el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las CCLL, el cual regula extensamente la gestión directa e indirecta de los servicios.

## **2.LEY 57/2003 DE 17 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL.**

### **2.1.Ley 57/2003, objetivos buscados en la reforma.**

---

En este marco normativo nos encontramos con la aparición de la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno local.

Podemos referirnos muy brevemente a lo que esta norma ha supuesto, o por lo menos ha pretendido suponer en las administraciones

locales, que por otra parte habrá ya sido comentado en reiteradas ocasiones a lo largo de estas jornadas.

La distribución de competencias en el espacio creado por la CE de 1978, consecuencia del establecimiento del sistema democrático en España y la instauración del denominado “Estado de las autonomías”, supuso un reparto competencial en materia de régimen local en el que el Estado tiene reservada la legislación básica en la materia, y las comunidades autónomas, la legislación de desarrollo.

La regulación básica a la que hace referencia el artículo 149.1 18ª de nuestra Constitución se materializó en el año 1985 con la promulgación de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, además de la existencia de otras normas básicas en materia de administración local como es el Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986 por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local.

Centrando la atención en la LRBRL, se aprecia en su Preámbulo que esta norma nace con el propósito de delimitar el espacio y el papel propios de las Entidades locales en el seno de un orden establecido por la distribución de poder en la Constitución, entre las instituciones generales del Estado y las Comunidades Autónomas, intentando equilibrar por un lado, la idea de uniformismo como idea de ordenación común para todas las administraciones locales, y por otro lado la idea de diversidad en la organización local como autonomía de organización interna de las entidades locales.

Sin embargo, esta norma es heredera del tradicionalismo local español, en cuanto a organización funcional y competencial de las entidades locales, y resulta excesivamente corporativista y uniforme para poder responder a las demandas de las políticas locales modernas.

Así, ha sido objeto de varias reformas, encaminadas, fundamentalmente la última de 1999, a modificar el modelo orgánico-funcional y la uniformidad de organización que trata a todos los municipios por igual.

Esta reforma continúa en esta misma línea de intentar paliar el excesivo corporativismo de la política local que impregna el modelo orgánico-funcional, con la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, en la que en su propia Exposición de Motivos se hace referencia a estos objetivos que enmarcan la reforma y el camino que desde el Estado se pretende para la regulación de los municipios, los cuales se resumen en uno: la introducción de una nueva forma de gobierno en los municipios denominados “de gran población”.

Se pretende (Exposición de Motivos de la Ley):

- *“Atender a la necesidad de un liderazgo claro y diáfano ante la sociedad, lo que exige ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar eficazmente”.*
- *“Responder a la exigencia de un debate político abierto y creativo sobre las principales políticas de la ciudad, así como profundizar en el control de la acción de un ejecutivo reforzado, lo que implica que*

*el Pleno desarrolle sus potencialidades deliberantes y fiscalizadoras”.*

Se trata de quebrar el uniformismo que existía en la forma de entender la organización institucional de los municipios.

Sin entrar a valorar la consecución de este objetivo que no es objeto de debate en esta ponencia, lo que sí parece desprenderse de esta reforma, siguiendo al profesor Jiménez Asensio <sup>4</sup>, es que se observa que el legislador contempla la necesidad de disponer de un gobierno local con capacidad de gestión (ejecutivo), y un Pleno (Asamblea) que desempeñe sus funciones en el ámbito del debate de las políticas municipales y en el de control al ejecutivo.

Este planteamiento se llevará a efecto en esta reforma para los denominados “municipios de gran población”, entre los que se encuentra, obviamente, el municipio de Madrid, pero no se modifica sustancialmente el modelo de organización existente tras la reforma de 1999 para el resto de los municipios.

---

<sup>4</sup> “Política y administración en la reforma del gobierno local. Un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los “municipios de gran población”.

**Rafael Jiménez Asensio.** Profesor catedrático de derecho constitucional. Universidad Ramón Llull.

## **2.2.Modificaciones introducidas en la regulación de la administración instrumental de las entidades locales: Ámbito en el que se debe interpretar la voluntad del legislador: LOFAGE.**

---

Quizá una de las mayores reformas que esta ley supone para el régimen común, es decir del articulado que no forma parte del Título X, es la modificación del artículo 85 sobre la definición y gestión de los servicios públicos, el cual se aplica a todos los municipios.

La Exposición de Motivos de esta ley recoge expresamente los objetivos del legislador en materia de gestión de servicios públicos, que serían los siguientes:

- *Establecer una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, incorporando al ámbito local una figura que la experiencia ha demostrado eficaz en otras administraciones públicas, como son las entidades públicas empresariales e*
- *Incorporar a la ley la regulación sustancial necesaria de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias.*

El primer objetivo se ha plasmado en la nueva redacción dada al artículo 85 de la LRBRL, el cual, tras la reforma, ha quedado redactado de la siguiente forma:

*“1.Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.*

*2.Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*

*a)Gestión directa*

*-Gestión por la propia entidad local*

*-Organismo autónomo local*

*-Entidad pública empresarial local.*

*-Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.*

*b)Gestión indirecta,*

*mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del TRLCAP, aprobado por RD legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

*3.En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.”*

Hasta aquí, independientemente de las importantes modificaciones que se introducen y que ahora mismo entraremos a examinar, se puede observar un paralelismo formal con la redacción del artículo 85 anterior.

Sin embargo, el legislador no se ha detenido ahí a la hora de regular esta administración instrumental de las entidades locales, sino que de acuerdo con el segundo objetivo señalado en la Exposición de Motivos, va más allá añadiendo lo que se podrían considerar dos artículos más de la ley que denomina artículo 85 bis y 85 ter.

Estos nuevos artículos amplían la regulación jurídica existente hasta este momento en el ámbito local de los organismos autónomos, EPEL y Sociedades mercantiles locales.

Examinando concretamente los aspectos reformados por el legislador, nos encontramos con:

- o cambio en la redacción del concepto de servicios públicos,
- o modificaciones introducidas en las formas de gestión de los servicios públicos,

Respecto al cambio en la redacción del concepto de servicios públicos, y digo cambio en la redacción porque no existe diferencia en el sentido del concepto existente antes y ahora, se observa que la redacción anterior de la LRBRL establecía *que “Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales”*. Esta redacción se modifica con la ley 57/2003 en la que se relaciona el concepto de servicio público con la realización de una actividad prestacional, así esta ley establece *“Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”*.

Sin embargo a pesar de la modificación introducida, no ha supuesto una alteración sustancial del concepto de servicio público que ya existía.

Para valorar cuál es el significado que la ley en su redacción anterior y en ésta actual atribuye a “servicio público” acudiremos a una Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-administrativa), de 23 de mayo de 1997.

En esta Sentencia el Tribunal considera que la concepción de servicio público es diferente en el ámbito estatal y en el ámbito local.

- Así, califica de servicio público estatal *“una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, de forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua”*.
- En cambio en el ámbito local la noción de servicio público está ligada a la de competencia, por lo que una determinada actividad prestacional ejercida por una corporación local se puede calificar de servicio público, sin que ello suponga que esa actividad es de titularidad local. Por lo que cabría diferenciar los servicios públicos de titularidad local y los servicios públicos locales de naturaleza prestacional.

Así, este Tribunal concluye que pueden considerarse servicios públicos locales los que las entidades locales declaren como tales siempre que cumplan lo establecido en el Art. 85 LRBRL, aunque no sean de titularidad local.

Es en las variaciones introducidas en las formas de gestión de los servicios públicos, donde mayores modificaciones ha supuesto esta ley, aunque estas modificaciones no se pueden calificar de innovaciones jurídicas dentro del derecho administrativo, ya que se observa una trasposición literal del concepto de administración institucional estatal establecido por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Ley 6/1997 de 14 de abril, (LOFAGE).

Vemos que, en la redacción anterior del artículo 85.1 de la LRBRL, las formas de gestión directa además de por la propia entidad, eran:

- Organismo autónomo local.
- Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

La ley 57/2003 mantiene, con las peculiaridades que veremos posteriormente, estas formas de gestión de organismo autónomo local y sociedad mercantil e introduce una nueva forma de gestión la Entidad Pública Empresarial, reproduciendo la figura introducida igualmente en el derecho estatal por la LOFAGE.

Observamos cómo la Ley 57/2003 toma este modelo de la LOFAGE y lo traslada al ámbito local en todos sus aspectos, incluyendo la prohibición de ejercer autoridad a una sociedad mercantil.

Otra novedad introducida por la Ley 57/2003 es que abre la posibilidad de que la sociedad mercantil pueda ser propiedad de un ente público local, entendiendo por tal un OOAA o una EPEL.

En cuanto a las formas de gestión indirecta, la mayor novedad consiste en la eliminación de la figura del “arrendamiento” como forma de gestión indirecta y la falta de enumeración de las distintas formas, ya que se realiza una remisión completa al Art. 156 de TRLCAP, que regula el contrato de gestión de servicios públicos.

Comparando ambas normas, encontramos como diferencia, a la hora de trasladar el modelo LOFAGE del estado al ámbito local, el camino para realizar la adecuación de los organismos autónomos existentes al modelo implantado:

- La LOFAGE, en su Disposición transitoria tercera que antes hemos mencionado, establece que se deberá adecuar los organismos autónomos existentes, cualquiera que sea su carácter (administrativo o comercial), al modelo de organismo autónomo recogido en esa ley.
- En la Ley 57/2003, a la hora de redactar su también disposición transitoria tercera, diferencia entre la adecuación de los organismos autónomos administrativos, que deberán adaptarse al modelo de organismo autónomo local, y los organismos autónomos comerciales, para los cuales, abre la opción a las entidades locales de

que se adapten bien como organismos autónomos locales, bien como entidades públicas empresariales.

Por todo lo expuesto se observa:

- Una unificación de los modos gestores de otras administraciones públicas,
- Una mayor complejidad en el posible diseño, por parte de una entidad local, de su administración instrumental.

### **3.ORGANISMOS PÚBLICOS.**

#### **3.1.Nueva clasificación introducida por la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización: Organismos autónomos locales y Entidades Públicas Empresariales locales.**

---

Vamos a centrarnos brevemente en la LOFAGE, como modelo seguido por el legislador para implantarlo en las administraciones locales.

Se puede afirmar que esta ley supuso un cambio en la estructuración de la denominada Administración Institucional, hasta entonces regulada en TRLGP de 1988 (artículos 4 a 6), en un intento de racionalizar el régimen jurídico del aparato administrativo estatal.

Esta norma dedica su Título III a los organismos públicos y clasifica a las personas jurídicas dotadas de autonomía en dos categorías:

- Organismos autónomos.
- Entidades públicas empresariales.

A entender del administrativista Felio Bauzá Martorell<sup>5</sup>, esta ley acota claramente qué se entiende por Administración Institucional, al canalizar las tres categorías anteriores de la LGP, organismos autónomos, sociedades estatales y entidades de derecho público a la clasificación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales, para lo cual en su disposición Transitoria tercera establece *“La adecuación de los actuales OOAA, cualquiera que sea su tipo, al tipo de organismo autónomo previsto en esta ley. Adecuación de los entes incluidos en la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de la LGP ( entidades de derecho público que por ley ajusten su actividad al ordenamiento jurídico privado), al tipo de entidad empresarial.”*

Así la LOFAGE canaliza la administración Institucional de la LGP hacia su clasificación y para este autor, llama la atención que esta norma derogue la regulación de la LGP en cuanto a los OOAA y las entidades anteriormente descritas, y deje vigente el Art. 6.1 a) en cuanto que regula las sociedades mercantiles. Por ello, a su juicio, estas sociedades mercantiles, como personas jurídico privadas, no formarían parte del concepto de Administración Institucional.

A mayor abundamiento en esta idea, la Disposición Adicional Duodécima de esta norma se refiere a estas sociedades mercantiles

---

<sup>5</sup> **Felio J. Bauza Martorell** “ La Desadministración Institucional”. Marcial Pons .2001.

afirmando, *“Se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en las que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad”*.

Sin embargo, aunque se clarifica el concepto de administración institucional, no se resuelve la cuestión de organización y regulación homogénea de la administración institucional estatal, ya que la propia ley excluye de su aplicación una larga lista de entidades ya existentes y a la vez permite que a través de las leyes que se aprueben para la creación de otros organismos se diseñe un régimen singular para ese organismo en concreto. De esta opinión es un sector muy amplio de la doctrina<sup>6</sup>.

Esta situación no se da en el ámbito local, ya que no se exceptúa ningún organismo de la aplicación de la LRBRL, y además se considera como aplicación básica el Capítulo II y III del Título III Organismo Públicos de la LOFAGE e introduce igualmente una regulación más extensa, respecto a la organización de los organismos y las entidades públicas empresariales, que la recogida en la LOFAGE.

Así, si entramos a examinar el artículo 85 bis, observamos lo siguiente:

---

<sup>6</sup> **Jiménez de Cisneros Cid** “Los Organismos Autónomos en el derecho Público español. Tipología y régimen jurídico”  
**García de Enterría y Fernández Rodríguez** “Curso de derecho administrativo”.

- Se lleva a cabo una remisión expresa a los artículos 45 a 60 de la LOFAGE, en cuanto a la regulación de estos Organismos, por lo que el legislador transforma en básica la redacción de estos artículos de la LOFAGE, en cuanto sea aplicable a los Organismos Públicos de las corporaciones locales.
- La norma marca una serie de especialidades comunes para los organismos, las cuales van: desde los requisitos para su creación, modificación o supresión, y sus órganos de dirección, hasta las condiciones retributivas del personal, los controles que debe realizar la Corporación en cuanto a gastos de personal, inventario de bienes, control de eficacia y contratación.
- Además introduce en un último apartado una serie de extremos que los estatutos de estos organismos públicos deberán incluir.

Esta regulación, junto con otros aspectos de la Ley 57/2003, ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Parlamento de la Generalitat de Cataluña por considerarla abusiva. Desde esta Comunidad Autónoma se considera que, si bien el legislador estatal tiene competencia para dictar las bases del régimen local, y como tales entiende las formas de gestión de los servicios públicos, no puede eliminar el margen de regulación del legislador autonómico y la potestad de autoorganización reconocida constitucionalmente a las entidades locales.

### 3.2. Concepto y régimen jurídico.

---

Vamos a entrar a examinar el régimen jurídico de los organismos públicos.

El concepto de organismo público tenemos que buscarlo en la mencionada LOFAGE, que es la norma que introduce esa denominación y de la que la Ley 57/2003 de MMGL toma el modelo para introducirlo en el ámbito local.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LOFAGE, y de acuerdo con lo establecido en sus artículos 41 y 42, los organismos públicos son *entidades de derecho con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, creados bajo la dependencia directa de una corporación local, para la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas, de fomento o prestación como de contenido económico reservadas a la Administración.*

Siguiendo la exposición realizada por José M<sup>a</sup> Álvarez-Cienfuegos Suárez, Presidente de la Sala Contencioso Administrativa de la Audiencia Nacional, en un estudio elaborado sobre la LOFAGE y publicado por el Consejo General del Poder Judicial<sup>7</sup>, vamos a entrar a examinar los caracteres de los organismos públicos exponiendo las notas comunes y las diferencias entre ambos: OOAA y EPE, y poniendo además el acento en la regulación que para ambos introduce la Ley 57/2003 en el artículo 85 bis.

---

<sup>7</sup> "Estudios sobre la LOFAGE". Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999

Como notas comunes, podemos apuntar:

- Ambos organismos tienen personalidad jurídica pública diferenciada de la de la entidad local, así como patrimonio propio, tesorería y gozan de autonomía de gestión.
- Tienen las competencias administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines en los términos que se establezcan en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.
- Coinciden en la forma de creación, modificación refundición y supresión, que será mediante acuerdo del Pleno de la Corporación local. Esto es aplicable a todas las Corporaciones locales, incluidas las reguladas en el Título X de la LRBRL, introducido por la ley 57/2003, para los municipios denominados de “gran población”.
- Ambos tienen claramente un carácter de administración instrumental que se manifiesta en el hecho de que será la Corporación local la que defina el servicio que se les encomienda, y no el propio organismo quien lo determine. Así, García de Enterría opina sobre este carácter instrumental, calificándolo de muy acusado, y llegando a cuestionarse su personalidad jurídica independiente. Para este autor, los organismos públicos se limitan a ejecutar los programas de la administración matriz, siendo su independencia bastante ilusoria cuando se relacionan con el ente del que dependen, tanto desde un punto de vista formal, en el sentido de centro último de imputación

de relaciones jurídicas, como desde el punto de vista funcional, sobre el que se postula autodeterminación e independencia.

o Desde el punto de vista de su régimen jurídico, ambos organismos coinciden en varios puntos, la mayoría de ellos establecidos en el Art. 85 bis de la LRBRL:

- ✓ En los OOAA locales y en la EPEL el titular del máximo órgano de dirección deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional, en el segundo. En los municipios señalados en el Título X (los de gran población), tendrá la consideración de órgano directivo.

Este requisito redactado por la Ley 57/2003 a semejanza de lo recogido en la LOFAGE, pero añadiendo un plus para el caso de profesionales del sector privado, es criticado por el profesor Rafael Jiménez Asensio en su estudio antes citado, sobre la forma de gobierno y alta dirección en los municipios de gran población.

Este autor considera que la norma exime del requisito de experiencia profesional a los funcionarios de carrera o al personal laboral, dando por sentado que, por el mero hecho de haber superado una oposición o un concurso de acceso, se puede desempeñar un puesto de carácter directivo. Olvidándose, a juicio de este autor, de que la acreditación del mérito y la capacidad ha sido hecha para el desempeño de un puesto de trabajo

diametralmente distinto al que se debe desempeñar como directivo público.

Así, no entiende cuál es la razón de fondo que se encuentra en esa regulación normativa, por la que se exime de acreditar la competencia directiva a todos aquellos empleados públicos que procedan de la Administración Pública y además, añade que la exigencia de cinco años de experiencia en el sector privado no deja de ser un mero requisito formal que en nada acredita la competencia para el desempeño de tales funciones.

A este respecto añadiría que la LOFAGE establece que:

-Para los titulares de los órganos directivos de un OOAA, se tendrán en cuenta las normas aplicables a la Administración del Estado. ( Los requisitos para Directores Generales señalan que éstos sean funcionarios de carrera a los que se exija titulación superior, aunque puede justificarse el nombramiento en otra persona que no sea funcionario).

-Para los titulares de los órganos directivos de las EPE, se atenderá a criterios de experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad de gestión públicos o privados.

- ✓ En ambos organismos deberá existir un órgano colegiado (Consejo Rector en los OOAA, y Consejo de Administración en las EPE).

- ✓ Las condiciones retributivas del personal de ambos organismos se ajustarán a las normas que al respecto apruebe el Pleno o en su caso la Junta de Gobierno (personal directivo las aprueba el Pleno y las del resto del personal de Junta de gobierno).
- ✓ Ambos organismos están sometidos a una serie de controles por parte de la Administración local en lo referente a:
  - Evolución de los gastos de personal y gestión de recursos humanos.
  - Inventario de bienes y derechos.
  - Contratación que supere el importe que fije el área de la que dependan
  - Control de eficacia ejercido por el área de la que dependan.

Estos controles son independientes de los que establece el artículo 213 de la TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Por último, y como nota común de ambos organismos públicos los apartados 2 y 3 del artículo 85 bis de la LRBRL, introducido por la ley 57/2003, establecen una serie de puntos que obligatoriamente deberán contener los estatutos de ambas entidades. En este apartado, se refleja fundamentalmente lo recogido en el Art. 62 de la LOFAGE.

Llegados a este punto, y siguiendo la exposición que realiza el Art. 85 bis respecto a los OOAA locales y las EPE locales, es necesario

preguntarnos qué es lo que diferencia a ambos organismos, qué es lo que debe motivar la voluntad de una Corporación local para crear un OOAA o una EPE. En este sentido encontramos la aclaración que puede contestar, en parte, esta cuestión en la Exposición de Motivos de la LOFAGE.

En esta Exposición de Motivos, se establece como rasgo diferenciador entre los OOAA y las EPE, el que los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas, con pleno sometimiento al derecho administrativo, en tanto que las EPE realizarán actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y regidas, en general, por el derecho privado, resultándoles de aplicación el régimen de derecho público en el ejercicio de potestades públicas y para determinados aspectos de su funcionamiento.

Así, el derecho aplicable a las EPE, en el ejercicio de estas actividades, será el derecho privado, salvo en lo que se refiere la formación de la voluntad de sus órganos en el ejercicio de potestades administrativas, y en los aspectos específicamente regulados para estas EPE por la legislación aplicable y en sus estatutos.

En las EPE, la especial naturaleza de sus órganos, que no son asimilables, en cuanto al rango administrativo, al de los órganos de la Corporación local ( salvo el titular del órgano de dirección que se asimila a personal directivo en los municipios de gran población como es el nuestro), y la diversidad de actividades que pueden llevar a cabo, conlleva que, a través de sus Estatutos, se deba definir qué órganos tienen atribuida la

facultad de decidir el régimen jurídico de los actos de las EPE, según ejerzan potestades administrativas o no.

En el caso de que sus actos se deriven del ejercicio de potestades administrativas, al tratarse de verdaderos actos de derecho administrativo, su revisión una vez agotada la vía administrativa, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta jurisdicción será también la competente para revisar la formación de voluntad de sus órganos de gobierno.

Por el contrario, los casos sometidos al derecho privado, de carácter civil o laboral, serán impugnables ante la jurisdicción competente.

La diferencia más importante y lo que caracteriza el régimen jurídico de las EPE es la posibilidad de percibir una contraprestación por la gestión del servicio o actividad que realice.

Otras diferencias existentes en el régimen jurídico aplicables a estos 2 organismos son:

- En cuanto al personal, en los OOAA será funcionario o laboral en los mismos términos que los del personal de la administración de la que depende; en cambio, el personal de las EPE se regirá por el derecho laboral, con independencia de que los funcionarios públicos de la administración puedan cubrir puestos de destino en estas entidades.

- En cuanto a los recursos económicos, los OOAA se financian, además de con otros recursos, con las consignaciones específicas que tengan asignadas en el presupuesto de la corporación, así como, con las transferencias corrientes o de capital que procedan de la administración de la corporación o de la entidad pública de la que dependan.

En cambio, las EPE deberán financiarse principalmente con los recursos que se deriven de sus operaciones y con los valores y bienes que constituyen su patrimonio, así como con las rentas y productos derivados de éste. Únicamente, con carácter excepcional, cuando así lo prevean sus estatutos, podrán recibir consignaciones del presupuesto local.

- Otra diferencia entre ambos es la posibilidad que el legislador ha establecido para las EPE de dependencia de la Corporación local, o bien de un OOAA. En este sentido el carácter instrumental y coyuntural de estos organismos resulta más acusado al mediar entre la EPE otro organismo en su relación con la administración corporativa.
- También se recoge la posibilidad de que estas EPE puedan tener como función la de “dirigir y coordinar” a otros entes de la misma o distinta naturaleza. Este aspecto incide sobre todo en la complejidad de estos entes públicos.

Esto, trasladado al ámbito local, acentúa la posibilidad de existencia de “holdings” de gestión para la prestación de servicios locales. Igualmente, y al añadir la posibilidad de que los entes que pueden coordinar sean de distinta naturaleza, se abre la puerta a la posibilidad de crear una EPE con la finalidad de dirigir o coordinar a entes con naturaleza de sociedad mercantil local, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 57/2003.

### **3.3. Adaptación realizada en el Ayuntamiento de Madrid.**

---

La adaptación de la Ley 57/2003 al Ayuntamiento de Madrid se ha recogido en gran medida por el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, aprobado por acuerdo del Pleno de la Corporación el 31 de mayo de 2004.

En este Reglamento se refleja, en su Exposición de Motivos, que respecto a los Organismos Públicos se pretende garantizar la uniformidad respecto a su régimen de organización y funcionamiento, para ello el Título VII de este Reglamento establece, en desarrollo de las previsiones de la LRBRL, el régimen jurídico aplicable a todos los Organismos públicos del Ayuntamiento de Madrid, que sirva de marco común normativo de estos entes descentralizados.

En general podemos observar que la regulación recogida en dicho título VII es fundamentalmente la establecida ya en la LOFAGE, tantas

veces citada, como marco y modelo seguido por la Ley 57/2003, a la que se le han añadido aquellas peculiaridades necesarias para la regulación de la administración instrumental de este Ayuntamiento.

Para no ser muy reiterativos en la exposición destacaremos para ambas figuras (OOAA y EPE) aquellos aspectos principales, respecto a su régimen jurídico, y las peculiaridades que se introducen por este Reglamento.

## 1. Capítulo I. Disposiciones Generales.

Estas disposiciones generales, en paralelismo con las de la LOFAGE, definen el concepto, las actividades, la clasificación etc.

Se puede destacar como adaptación realizada al Ayuntamiento lo referente a la adscripción de estos organismos en la organización municipal, artículo 78.2, *“Los organismos públicos dependen de la administración municipal y se adscriben directamente o a través de otro organismo público al área de gobierno competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine.*

*Los organismos públicos podrán adscribirse también a las áreas cuya titularidad corresponda a un Concejal de Coordinación, o a un concejal delegado, a quien corresponderán las funciones atribuidas por este reglamento a los titulares de las áreas de gobierno”.*

El artículo 81 respecto a la creación, modificación, refundición, y supresión establece *“ La creación, modificación, refundición y supresión de los organismos públicos corresponde al Pleno, quién*

*aprobará sus Estatutos a propuesta de la Junta de Gobierno, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente.*

*En los acuerdos de supresión se establecerán las medidas aplicables al personal del organismo respecto a la integración en la administración del Ayuntamiento o en el organismo público que corresponda.*

*Asimismo determinará la integración en el patrimonio municipal de los bienes y derechos que, en su caso, resulten sobrantes de la liquidación del organismo, para su afectación a servicios municipales o adscripción a otros organismos, ingresándose en la Tesorería el remanente líquido resultante si lo hubiera, salvo que en sus respectivos estatutos se prevea otro distinto.”*

Igualmente, merece la pena destacar lo dispuesto en el Art. 83 en el que se definen los principios de “organización y funcionamiento”, recogiendo que los organismos públicos actúan y se organizan con pleno respeto al principio de legalidad y de acuerdo a los principios señalados en los Arts. 2 y 3 de ese Reglamento (de eficacia, descentralización funcional, desconcentración, coordinación y servicio al ciudadano). Igualmente, servirán con objetividad a los intereses del municipio de Madrid.

## 2. Capítulo II Organismos Autónomos.

En este capítulo dedicado a los OOAA locales, se recoge el régimen jurídico de éstos, a semejanza de los artículos 42 a 52 de la LOFAGE. Sin embargo, para responder al objetivo de uniformidad

comentado anteriormente, en los artículos 85 a 95, se establece la organización y distribución de funciones administrativas entre los órganos de dirección de los OOAA. Con esta regulación se pretende que la estructura organizativa y competencial sea la misma en todos los OOAA locales dependientes del Ayuntamiento de Madrid, salvando las posibles peculiaridades que en razón de sus actividades pudiesen o pudiese tener algún OOAA.

Así, el artículo 85 establece como órganos de dirección de los OOAA:

- El Consejo Rector (artículo 85 bis LRBRL).
- El Presidente.
- El Vicepresidente
- El Gerente

Igualmente, se faculta para la creación de Consejos Asesores como órganos de asesoramiento y participación, en el caso de considerarse necesario, en los que se dará entrada a representantes de instituciones públicas y organizaciones sociales, de usuarios, sindicales, profesionales o empresariales, con objeto de asesorar al Consejo Rector en la elaboración de líneas estratégicas y programas de actuación.

El Consejo Rector se configura como el órgano de dirección de los OOAA, y de acuerdo con las funciones que le reconoce el artículo 88 del ROGA, tiene competencia para decidir sobre:

- a) *Dirigir la política de actuación y gestión del organismo.*
- b) *Aprobar el plan de actuación anual.*
- c) *Aprobar el anteproyecto de Presupuesto y sus modificaciones y elevarlo a la aprobación del órgano municipal competente.*
- d) *Aprobar el proyecto de Cuentas anuales y someterlas a la aprobación del órgano municipal competente así como la liquidación del Presupuesto y el inventario de bienes.*
- e) *Aprobar la memoria anual de actividades.*
- f) *Proponer el nombramiento del Gerente y controlar su actuación.*
- g) *Aprobar el reglamento de régimen interior y sus modificaciones.*
- h) *Proponer al Pleno la modificación de los Estatutos, sin perjuicio de las modificaciones que éste pueda acordar por propia iniciativa.*
- i) *Aprobar el proyecto de la plantilla de personal y sus modificaciones así como la relación de puestos de trabajo y elevarlo a la aprobación definitiva del órgano municipal competente.*
- j) *Proponer a la Junta de Gobierno la aprobación de los acuerdos y convenios colectivos que regulen las condiciones de trabajo y retribuciones del personal del organismo. La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.*
- k) *Aprobar la oferta de empleo público, previo informe del Área competente en materia de personal.*

- l) El despido del personal laboral del organismo.*
  - m) Aprobar la organización o estructura administrativa del Organismo, previo informe del Área competente en esta materia.*
  - n) Adoptar los acuerdos necesarios relativos al ejercicio de toda clase de acciones y recursos, salvo en los supuestos de urgencia.*
  - o) Aprobación de convenios, conciertos y acuerdos de actuación y cooperación, o cualesquiera otros, con otras Administraciones públicas o instituciones públicas o privadas, previo informe del Área competente en materia de Hacienda, en los términos que prevean, en su caso, las bases de ejecución del Presupuesto municipal.*
  - p) Proponer a la Junta de Gobierno, la realización de operaciones de crédito a corto y largo plazo, así como operaciones financieras destinadas a cobertura y gestión de riesgos derivados de la evolución de los tipos de interés y tipos de cambio, previo informe del Área competente en materia de Hacienda, y sin perjuicio del cumplimiento de los demás trámites exigidos por las disposiciones legales vigentes.*
  - q) Las demás que expresamente le confieran las leyes.*
2. El Consejo Rector podrá delegar en otros órganos de dirección del organismo.

El Presidente del Consejo Rector se define como el órgano de representación institucional del OOAA, y recaerá en el titular del área a la que el OOAA esté adscrito. El artículo 91 recoge las funciones que le corresponden al Presidente.

El Gerente será el órgano de representación legal del OOAA, responsable de la dirección de la gestión del OOAA, (artículos 93 y 94 ROGA).

En el resto de los artículos que conforman el capítulo II del Título VII del ROGA, se establecen los principales aspectos del régimen jurídico de estos OOAA en el Ayuntamiento de Madrid, definiéndose:

- Recursos económicos, artículo 96, establece “*Los recursos económicos de los OOAA podrán provenir de las siguientes fuentes:*
  - a) *Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.*
  - b) *Los productos y rentas de dicho patrimonio.*
  - c) *Las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en el Presupuesto General del Ayuntamiento.*
  - d) *Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas.*
  - e) *Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.*
  - f) *Las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares.*
  - g) *Cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido.”*
- Régimen patrimonial, establecido en al artículo 97

*El régimen jurídico aplicable a los bienes propios y adscritos de los OOAA será el establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y en las demás disposiciones que le sean de aplicación.*

*Las enajenaciones de bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a los OOAA serán autorizadas por el Consejo Rector, previo informe del Área competente en materia de patrimonio.*

- Régimen económico –financiero de los OOAA.

*Artículo 98. Los OOAA, someterán su régimen presupuestario a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en las Bases anuales de ejecución del Presupuesto y, en general, en las demás disposiciones legales o reglamentarias que en esta materia les resulten de aplicación. (artículo 164 TRLRHL, el presupuesto de los OOAA se integrará en el presupuesto del Ayuntamiento)*

*Artículo 99. Los OOAA quedan sometidos al régimen de contabilidad pública de conformidad con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (artículo 200) y la Orden de 17 de julio de 1990 de Instrucción de contabilidad para la Administración Local (Regla 1).*

*Artículo 100. Corresponde a la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid realizar el control y fiscalización*

*interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria de los OOA en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y en las Bases de Ejecución del Presupuesto, y en general, en las demás disposiciones legales o reglamentarias que en esta materia resulten de aplicación.*

De acuerdo con lo establecido en los artículos 213, 220, y 221 del TRLRHL, la intervención realizará su función de control interno, control financiero y control de eficacia.

*Artículo 101. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los OOA quedan sometidos a un control de eficacia por el Área a la que figuren adscritos. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.*

- Régimen de personal, en el artículo 102 se establece,

*El personal de los OOA será funcionario o laboral, de acuerdo con lo que establezcan sus respectivas relaciones de puestos de trabajo.*

*La selección de dicho personal se realizará por los procedimientos establecidos al efecto por la legislación vigente, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad de las convocatorias.*

*El personal de los OOA se regirá por lo previsto en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en las demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables al personal de las Entidades locales y en los acuerdos y convenios colectivos que les resulten de aplicación.*

- Régimen jurídico de recursos y reclamaciones y de responsabilidad patrimonial.

*Artículo 103. Los actos y resoluciones dictados por el Consejo Rector, el Presidente, el Vicepresidente y el Gerente ponen fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que pueda interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición, en los términos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*La revisión de oficio de los actos administrativos nulos y la declaración de lesividad de los anulables dictados por el Consejo Rector de los OOA corresponderá al titular del Área a la que estén adscritos.*

*Al Consejo Rector corresponderá la revisión de oficio de los actos administrativos nulos y la declaración de lesividad de los anulables dictados por los demás órganos del organismo.*

*La revocación de los actos administrativos desfavorables o de gravamen corresponde también al Consejo Rector.*

*Respecto de las reclamaciones económico-administrativas se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en la materia y serán resueltas por el órgano competente para la resolución de dichas reclamaciones contemplado en el artículo 137 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.*

*Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por el Consejo Rector.*

*Artículo 104. El régimen de responsabilidad patrimonial de los OOAA y de sus autoridades y personal, se exigirá en los mismos términos y casos que para el resto del Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con las disposiciones generales en la materia.*

*La resolución de las reclamaciones que se formulen por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de competencia de los OOAA corresponde al Gerente.*

○ **Contratación.**

*Artículo 105 La contratación de los OOAA se regirá por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas que les resulten de aplicación.*

*Será necesaria la autorización del titular del Área a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquél.*

### 3. Capítulo III. Entidades Públicas Empresariales.

Finalmente será el Capítulo III de este mismo Título el que regule de la misma y extensa manera el régimen jurídico de las EPE del Ayuntamiento de Madrid.

A estos efectos hay que tener en cuenta lo establecido en los Arts. 53 a 60 de la LOFAGE, observándose que, igual que en la regulación de los OOAA, se establecen una serie de preceptos sobre organización y distribución de funciones entre los órganos de dirección de estas EPE.

A efectos de simplificar la exposición, únicamente resaltaremos aquellos aspectos singulares del régimen jurídico diseñado para estos organismos.

- El artículo 106, refleja lo que ya hemos comentado anteriormente respecto a las actividades a realizar por estos organismos ( actividades prestacionales, de gestión de servicios, producción de bienes de interés público), siempre que sean susceptibles de contraprestación económica.
- El régimen jurídico será en general el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas.
- El órgano colegiado de dirección será el Consejo de Administración (Art. 85 bis LRBRL), siendo prácticamente igual su composición, nombramientos y funciones que las del

Consejo Rector de un OAAA. Únicamente se destaca la figura del Secretario del Consejo que viene expresamente recogida en el Art. 85 bis de la ley LRBRL (redacción 57/2003), en el que se recoge expresamente las condiciones que debe tener este secretario.

En las EPE locales deberá existir un Consejo de Administración, cuya composición se determinará en sus estatutos. El secretario del Consejo de Administración debe ser funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

- Lo mismo podemos afirmar del resto de órganos de dirección (presidente, vicepresidente, gerente) cuyos nombramientos y competencias coinciden exactamente con lo regulado para los órganos de dirección de los OAAA.
- En cuanto a los recursos económicos y tal y como hemos comentado con anterioridad, únicamente con carácter excepcional podrán financiarse con los recursos que suponen consignaciones específicas del presupuesto municipal, transferencias corrientes o de capital que procedan de las administraciones o entidades públicas, y donaciones legados y otras aportaciones de entidades privadas y de los particulares. Artículo 65 de la LOFAGE).

- El régimen económico-financiero se regula mediante una referencia general al Capítulo III del Título X de la LRBRL, “gestión económico financiera”, y a los preceptos correspondientes del TRLRHL.

En este punto hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la ley 57/2003, en la que se regula un régimen transitorio para las EPE, en la cual se establece que, hasta tanto no se modifique el TRLRHL, será de aplicación a las EPE lo dispuesto en la citada norma para las sociedades mercantiles locales.

- Desde el punto de vista del personal se observa una remisión al derecho laboral, dejando a los Estatutos de cada EPE la fijación de aquellos puestos que pudieran ser cubiertos por funcionarios.

## **4.SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES.**

### **4.1. Concepto y régimen jurídico.**

---

Retomando el hilo de esta exposición en el apartado 2, respecto a las formas directas de gestión de los servicios públicos, tal y como vienen recogidas en el artículo 85 de la LRBRL, nos encontramos con la denominada sociedad mercantil local cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

Para acercarnos al concepto de sociedad mercantil tenemos que trasladarnos al derecho privado, Código Civil y Código de Comercio, ya que esta figura jurídica pertenece al derecho privado y no al derecho público.

En el término “sociedad” podemos diferenciar un doble sentido:

- Por un lado, designa el contrato por el cual dos o más personas se obligan a crear un fondo patrimonial común para colaborar en el ejercicio de una actividad y partir entre sí las ganancias que se obtengan, lo que sería el acto constitutivo de la sociedad.
- Por otro, designa la institución a la cual está afecto dicho fondo patrimonial común, la cual está investida con la capacidad jurídica para actuar en nombre y en interés de la colectividad.

En la práctica, el término sociedad se refiere fundamentalmente al aspecto institucional, es decir a la persona jurídica, mientras que el acto de constitución se denomina comúnmente “contrato de sociedad” o “estatutos sociales”.

En nuestro CC la creación de una sociedad tiene como fin el reparto de ganancias, es decir el ánimo de lucro; además para que una sociedad se defina conceptualmente como mercantil, de acuerdo con lo establecido en el C.Com Art. 116, tiene que estar dedicada a actos de comercio.

Con esto se extraen los dos caracteres de la sociedad mercantil:

- Que el fin sea el ánimo de lucro.
- Que se dedique a una actividad de tráfico comercial.

De acuerdo con lo que expone el catedrático Eduardo Roca<sup>8</sup>, será en el régimen local en donde aparezca regulada normativamente por primera vez en el derecho español, la posibilidad de municipalizar los servicios que tuviesen carácter general, fuesen de primera necesidad o de utilidad pública mediante, entre otros, una empresa municipal que adopte la forma de sociedad privada.

Esta regulación se recogía en la Ley Municipal de 1935, ( también se recoge la opción de empresa mixta en la cual los organismos públicos y privados participen en el capital y ejerzan la administración).

Posteriormente, esta normativa se recogió en una Ley de Bases de Régimen Local de 1945 y en su posterior desarrollo en el Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1950.

Estas normas se desarrollaron en el todavía vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, el cual regula en su Art. 67, como una de las formas de gestión directa, la sociedad privada municipal.

---

<sup>8</sup> *“Administración Instrumental: “Las técnicas societarias en la administración española”.*  
**Eduardo Roca Roca** Catedrático derecho administrativo. Civitas 1994

Se destaca por tanto que es en el régimen local en donde se prevé por primera vez la posibilidad de gestionar los servicios públicos locales mediante la creación de dos tipos distintos de personas jurídicas:

- Personas de derecho público reguladas por éste.
- Personas de derecho privado que adoptarán la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y que se sujetan al derecho mercantil y a las disposiciones del RS.

Esta manifestación de la potestad organizativa de la que son titulares las entidades locales es la que se va a adoptar en la LRBRL de 1985.

En el derecho estatal, nos encontramos con la definición que de empresa nacional establecía la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, derogada por la LOFAGE.

Esta norma definía a las empresas nacionales, como “*entidades de derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicos*”.

La expresión sociedad mercantil se introduce a través de la LGP cuyo TR se aprobó en 1988, estableciendo la siguiente clasificación de las sociedades estatales:

-Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado.

-Entidades de derecho público, con personalidad jurídica que por ley ajusten sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

Tal y como ya hemos comentado en apartados anteriores, esta clasificación se deroga con la aprobación de la LOFAGE, en la que la alusión a las sociedades mercantiles se realiza en una disposición adicional duodécima que establece *“Las sociedades mercantiles estatales, se regirán íntegramente cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso, podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad.”*

A esta disposición adicional se le introduce un apartado 2º con la ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio del Estado, que añade *“Las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad directa o indirecta de la Administración general del Estado o de sus Organismos Públicos, se regirán por el Título VII de la ley de Patrimonio de las Administraciones públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable de control financiero y de contratación”*.

Las sociedades mercantiles locales son aquellas empresas cuyo capital social pertenece en su totalidad a la corporación local que las crea, por lo que el gobierno de la sociedad depende exclusivamente de la voluntad de la administración titular del capital.

El marco jurídico para este tipo de entidades existente con anterioridad a la Ley 57/2003, estaba enmarcado por:

- La LRBRL que, únicamente en el artículo 85, las recogía como forma de gestión directa de los servicios.
- El Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local de 1986, fundamentalmente en su artículo 103.
- El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del año 1955, en cuyos artículos 89 a 94 regula las normas de constitución de las sociedades municipales, y las de organización de los órganos de dirección de la empresa.
- El Reglamento de Organización y Funcionamiento de 1986 en cuanto a procedimientos y adopción de acuerdos.
- La LHL y demás normas presupuestarias y contables aplicables.
- El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- La legislación mercantil aplicable.

## **4.2.Reforma de la ley de modernización, nuevo ámbito de regulación jurídica.**

---

La ley 57/2003 introduce otro apartado más en el Art. 85, al que denomina 85 ter, en el que incluye el mismo texto que refleja la disposición 12ª citada de la LOFAGE, añadiendo dos apartados más.

85 ter.

*1.Las sociedades mercantiles locales se regirán 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.*

*2.La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital social, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.*

*3.Los Estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de administración, así como los órganos de dirección de las mismas.*

Si examinamos el texto introducido en el apartado primero, vemos una remisión absoluta al régimen jurídico privado, salvo las excepciones expresamente citadas de normativa presupuestaria y contable de contratación y de control.

El apartado segundo no modifica el régimen existente anterior en cuanto a las formas de sociedad mercantil (anónima y de responsabilidad limitada), ni respecto a la aportación del capital.

El apartado tercero hace un llamamiento a los Estatutos Sociales como instrumento en que se contenga el régimen jurídico de organización y funcionamiento de la sociedad, y prescribe la existencia de un Consejo de Administración.

Al no existir más referencias normativas desde este artículo y dada la ambigüedad resultante de la Disposición Derogatoria Única de la ley, cuando establece que, *“Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con las disposiciones de esta ley...”*, es importante tener el referente de las motivaciones esgrimidas por el legislador a la hora de aprobar esta norma, e incardinar los preceptos modificados en el espíritu que impulsa la reforma, para poder interpretarlos de acuerdo a qué se pretende con la modificación planteada.

En definitiva, lo que se plantea tras esta modificación realizada por la Ley 57/2003 es la pervivencia o no, de determinados preceptos locales, fundamentalmente del RS, que regulan algunos aspectos organizativos de las sociedades mercantiles locales sin entrar dentro de lo que sería normativa presupuestaria, contable, de control o de contratación.

En concreto nos encontramos con:

- Artículo 89.1 del RS, “ *La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada que adoptará la forma de sociedad 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*”.

La ley 57/2003 es clara al establecer el régimen jurídico íntegro de estas sociedades al derecho privado, sin otras salvedades.

- Artículo 90 del RS “*La dirección y administración de la empresa estará a cargo de los siguientes órganos:*
  - La corporación interesada que asumirá las funciones de junta general*
  - El Consejo de administración*
  - La gerencia.*

Artículo 91 del RS “ *Los Estatutos de la empresa determinarán la competencia de cada uno de dichos órganos y la forma de designación y funcionamiento de los dos últimos*”.

La ley establece que los estatutos definen la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como sus órganos de dirección , sin ninguna especialidad o referencia a otra norma.

De acuerdo con lo expuesto y en nuestra opinión, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales, tras la ley 57/2003, será el derecho privado, a imagen de las sociedades mercantiles estatales, teniendo libertad para establecer la forma de designar a la Junta General y al Consejo de Administración así como decidir los órganos de dirección de la empresa.

En este sentido se está realizando la adaptación del régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles del Ayuntamiento de Madrid, tal y como veremos más adelante.

En cuanto a las salvedades que realiza la LRBRL para la regulación de las sociedades, es importante tratar el tema de la contratación y la reciente modificación del TRLCAP realizada por la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas, y del orden social para 2004.

Con anterioridad a la reforma citada, el TRLCAP establecía su aplicación a todas las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, pero limitando su aplicación con relación a los entes instrumentales creados por dichas Administraciones Públicas, a las Entidades de Derecho Público, dejando fuera las sociedades mercantiles de capital público que, en su actividad contractual, según disponía la Disposición Adicional 6ª del TRLCAP, solo estaban sujetas a los principios de publicidad y concurrencia.

Sin embargo esta regulación ha sido declarada insuficiente y contraria a la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias

y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuestos en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva, tal y como se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en una sentencia del de 15 de mayo de 2003 en la que declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dichas Directivas.

Así, el Art. 2.1 del TRLCAP, tras la redacción dada por el Art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social ha quedado redactado como sigue:

*“ 1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito del artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior (su actividad esté financiada mayoritariamente por la Administración Pública, Su gestión se halle sometida a un control por parte de esta última, Sus órganos de administración o dirección estén compuestos en más de la mitad por miembros de la Administración), quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultaría y*

*asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, de 5.923.624 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro, Orden /HAC/429/2004, 13 febrero, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de enero de 2004), si se trata de contratos de obras, o a 236.945 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”*

Por tanto, en virtud de la nueva redacción dada al Art. 2.1 del TRLCAP en cumplimiento de la normativa comunitaria, la contratación dentro de los umbrales comunitarios de las Sociedades Mercantiles de capital público creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, queda sujeta a las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

A efectos de definir la aplicación de esta norma a las sociedades mercantiles, habrá que interpretar la expresión “*sociedad creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*”, y su incongruencia, “a priori”, con el concepto de sociedad mercantil antes expuesto. Por otra parte, existe abundante jurisprudencia del TSJCE, en relación con los conceptos de interés general y carácter industrial o mercantil, de las sociedades estatales europeas.

Otro aspecto que me gustaría resaltar es el tema referente al patrimonio de las sociedades.

El carácter de dominio público de los bienes que la corporación puede traspasar a una sociedad para la gestión del servicio de que se trate. La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que este traspaso de titularidad no es posible ya que los bienes de dominio público son inalienables, por lo que siguiendo a Pablo Menéndez,<sup>9</sup> para poder realizarse este traspaso de titularidad, los bienes se deberían desafectar.

Sin embargo, sí resulta posible la transmisión de derechos reales, lo que Francisco Sosa Wagner<sup>10</sup> define como traslación de dominio pero no de titularidad, así los bienes de dominio público podrán ser adscritos a las sociedades conservando su calificación jurídica originaria, y correspondiendo a la sociedad su utilización, administración, explotación y conservación.

#### **4.3. Adaptación realizada en el Ayuntamiento de Madrid.**

---

El ROGA recoge en los mismos términos que marca el artículo 85 ter la referencia a las sociedades mercantiles locales en una Disposición adicional 8ª.

El instrumento utilizado en el Ayuntamiento de Madrid para la adaptación de las sociedades mercantiles a lo establecido en este artículo 85 ter, son los Estatutos Sociales.

---

<sup>9</sup> "Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público" REDA nº 47.

<sup>10</sup> "La sociedad local de capital íntegramente público". Administración Instrumental. Civitas 1994

Así, desde el Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se ha elaborado un modelo de estatutos en el que se recoge una nueva organización de los órganos de dirección de las sociedades y se intenta homogeneizar la regulación y los procedimientos de todas las sociedades del Ayuntamiento de Madrid, con el mismo espíritu que se reflejaba para los organismos públicos en el ROGA.

Podemos comentar las innovaciones más importantes introducidas a través de este modelo respecto al régimen anterior, así como las notas más destacadas de la organización propuesta,

- La Junta General. (artículos 11 a 16 del modelo de Estatutos Sociales).

Se ha decidido que la Junta General de las sociedades mercantiles municipales sea la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, para conseguir una mayor agilidad en la resolución de los asuntos que sean de su competencia.

Este cambio de considerar a la Junta de Gobierno como Junta General conlleva, que la disolución de la sociedad no puede ser acordada por ésta como órgano soberano de la empresa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2612 del TRLSA, ya que deberá ser autorizada por el Pleno del Ayuntamiento único órgano competente para realizar la creación o disolución de las sociedades mercantiles locales, de acuerdo con lo que establece el artículo 85 en relación con el 123 de la LRBRL.

Sin embargo, la nueva distribución de competencias que establece el Título X de la LRBRL, establece que la competencia para concertar operaciones de crédito es de la Junta de Gobierno, por lo que sí consideramos al Pleno como Junta General de las sociedades, no sería el órgano competente para emitir obligaciones u otros títulos que creen deuda, competencia de la Junta General de las sociedades (artículo 103 del TRLSA).

- Consejo de Administración (artículos 17 a 30 del modelo de Estatutos Sociales).

La novedad más importante es la libertad de composición del Consejo de Administración, de acuerdo a la libertad de organización que refleja el TRLSA, al no ser de aplicación lo establecido en el RSCCLL.

- Secretario del Consejo (Artículo 25 modelo).

Igualmente se deja total libertad al Consejo de administración para nombrar Secretario, que podrá ser consejero o no, personal de la empresa o no.

- Órganos Delegados (Artículos 27 y siguientes).

Se han reflejado las opciones de que la sociedad pueda nombrar Consejeros Delegados, o Comisión Ejecutiva o ambas cosas, y se ha

dejado al ámbito organizativo de cada una la elección que consideren mejor para el desenvolvimiento de la empresa.

- Gerente (artículos 31 y 32).

Se nombrará libremente por el Consejo de Administración, recogándose una serie de funciones que cada sociedad ha ido adaptando de acuerdo a los apoderamientos que de cara a su funcionamiento considera más adecuados.

En general y para concluir, en la elaboración del modelo de Estatutos Sociales, se ha tendido a facilitar la facultad que a cada sociedad le corresponde de autoorganizarse, para lograr una gestión más eficaz, y a mantener iguales los aspectos de procedimiento generales y comunes a todas las sociedades mercantiles del Ayuntamiento de Madrid.

Laura Varea Mosquera  
Jefe del Departamento Jurídico  
Dirección General de Sector Público y Política Financiera  
Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública