

7/08 EMPRESAS MUNICIPALES GESTORAS DE MERCADOS MAYORISTAS: GESTIÓN DIRECTA NO SUJETA A LA LCSP. INEXISTENCIA DE LIMITACIÓN TEMPORAL. TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDADES DE CAPITAL PÚBLICO

Consulta sobre la forma de solventar el problema derivado de la existencia del límite temporal máximo de duración de las empresas municipales de economía mixta gestoras de los mercados mayoristas de productos alimenticios, una vez que tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público la gestión del citado servicio público por empresas de capital exclusivamente público constituye un supuesto de gestión directa no sujeto a las disposiciones de la citada ley sobre gestión de servicio público (art. 8.2) sin que exista limitación temporal.

Vías para la transformación de las MERCAS (de capital mayoritariamente público) en sociedades de capital exclusivamente público: 1) Reducción de su capital social mediante amortización de las acciones pertenecientes a los accionistas privados con devolución de sus aportaciones. 2) Expropiación forzosa de dichas acciones.

Efectos de la resolución anticipada del contrato de gestión de servicio público en vigor*.

I. La consulta remitida a este Centro Directivo por la Secretaría General de MERCASA tiene por objeto el análisis y posible solución al problema que para esa sociedad deriva de la existencia de un límite temporal máximo de duración, fijado en la actualidad en sesenta años en el artículo 157 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y así establecido igualmente en el artículo 254 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que entrará en vigor el 1 de mayo próximo, para el contrato de gestión de servicios públicos a través de empresas de economía mixta (a las que en adelante se hará referencia como «MERCAS») constituidas para la gestión de mercados mayoristas y en cuyo capital participan, de un

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 17 de marzo de 2008 (ref.: A.G. Entes Públicos 15/08). Ponente: Fabiola Gallego Caballero.

lado, las correspondientes Corporaciones Locales, de otra parte, la propia MERCASA y, en determinados casos, otros accionistas particulares. **7/08**

El problema que se plantea en la consulta no es nuevo y, como bien se señala en la misma, ya se analizó a la luz de la legislación aún hoy vigente, el TRLCAP, en el informe de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005 (Ref.: A.G. Entes Públicos 4/05). En dicho informe se analizaban, en primer lugar, las previsiones legales y reglamentarias de las que derivaba la fijación en los estatutos de las MERCAS del límite temporal de cincuenta años que se halla en el origen del problema suscitado y se examinaban las alternativas posibles para la solución de dicho problema agrupadas en dos grandes bloques, las que implicaban la introducción de modificaciones en las normas legales y reglamentarias reguladoras de la gestión de los servicios públicos locales y la contratación administrativa y, en segundo lugar, las que no entrañaban cambio normativo alguno, resultando viables en el marco de la legislación vigente.

Respecto de las previsiones normativas de las que derivaba la fijación de un límite temporal en los estatutos de las MERCAS, se señalaba en dicho informe lo siguiente:

«1. En el momento temporal de la constitución de las MERCAS (en la década de 1970), se hallaba vigente el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (en adelante, LRL de 1955).

Este texto legal preveía en su artículo 157 que “los Municipios podrán prestar los servicios de su competencia que no impliquen ejercicio de autoridad, ya por gestión directa, ya mediante convenio con los particulares, en forma de arrendamiento, concesión o Empresa mixta”, y regulaba en los artículos 164 al 181 la municipalización de servicios, incluyendo, entre los servicios municipalizables con monopolio enumerados en el artículo 166.1, los de mercados y mataderos, y precisando que “los servicios municipalizados podrán prestarse por gestión directa, con o sin órgano especial de administración, en forma de Empresa mixta, por concurso, o mediante participación de particulares en el capital, por suscripción de acciones” (artículo 167).

Por su parte, el artículo 163.1 de la LRL de 1955 establecía que “tanto en los casos de arrendamiento como en los de concesión y Empresa mixta, regirán las siguientes normas: a) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de cincuenta años...; c) Se establecerán las garantías precisas para que, al término del convenio, las instalaciones, bienes y material integrante del servicio reviertan al patrimonio municipal en condiciones normales de uso...”

Estas previsiones legales se desarrollaban en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), aún vigente en la actualidad, con arreglo al cual, “en las Empresas mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de

los particulares, o de aquéllos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización” (artículo 102), y “1. Las Empresas mixtas se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años; 2. Expirado el período que se fijare, revertirá a la Entidad Local su activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio”(artículo 111).

Es obvio, por tanto, que, en aplicación de lo establecido en los artículos 163.1.a) de la LRL de 1955 y 111.1 del RSCL, las MERCAS constituidas en la década de los años 70 con participación de los Municipios correspondientes y de MERCASA, para la gestión de los servicios municipalizados de mercados mayoristas, no podían tener una duración temporal superior a cincuenta años, por constituir empresas municipales de economía mixta de las reguladas en esos preceptos.

2. La normativa aplicable en materia de gestión de servicios de las Entidades Locales dictada con posterioridad mantuvo, con carácter general, esa limitación de cincuenta años que es, asimismo, el plazo máximo de duración del contrato de gestión de servicios públicos aplicable a todas las Administraciones públicas, si bien con algunas excepciones, entre ellas la relativa al servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, cuya duración máxima podrá ser hasta sesenta años.

a) Así, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL de 1986), establece que “los servicios públicos locales... podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa” (artículo 95.1); que “para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad” (artículo 104.1), y que “en los casos de prestación indirecta de la actividad, con la única excepción de los servicios concedidos, regirán las siguientes normas: A) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de cincuenta años...; C) Se establecerán las garantías precisas para que, al término del convenio, las instalaciones, bienes y material integrante del servicio revertan al patrimonio de la Entidad en condiciones normales de uso...” (artículo 108).

b) Por su parte, el TRLCAP, aplicable a la contratación de las Entidades que integran la Administración Local, con arreglo a lo previsto en su artículo 1, apartados 1 y 2.c), dispone que “1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos; 5. Estos contratos se regularán por la presente Ley, salvo lo establecido en los artículos 95, 96, 102 y 110, y por las disposicio-

nes especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella” (artículo 155.1), que “la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: ... d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas físicas o jurídicas” (artículo 156.d), y que “el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que puede ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes periodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años; b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)” [artículo 157, cuyo apartado a) fue modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas] .

En suma, y a la vista de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que la limitación de la duración máxima de las MERCAS, que origina el problema objeto de la presente consulta, viene impuesta por la legislación de régimen local y de contratación administrativa aplicable a la gestión indirecta de los servicios públicos locales (tanto la que se hallaba en vigor en el momento de la constitución de estas empresas municipales de economía mixta, como la promulgada posteriormente).»

En cuanto a las soluciones que se analizaban en el informe de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005 conviene recordar, en particular, las examinadas dentro del bloque de las que conllevaban modificaciones en las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de la gestión de los servicios públicos locales y de la contratación administrativa, por ser las que resultan ahora de interés en relación con la nueva consulta que se traslada a este Centro Directivo y habida cuenta de que ha sido en la línea apuntada en el referido informe como se han producido tanto la modificación del TRLCAP como la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). De las tres medidas normativas que se examinaban en el citado informe procede recordar las que se abordaban en el apartado III del mismo bajo los números 1 (ampliación del plazo máximo de duración de los contratos de gestión de servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios para ampliarlo más allá de sesenta años) y 3 (modificación del artículo 154.2 del TRLCAP y 85.2 de la LBRL) que se razonaban en los siguientes términos:

«1. Ampliación del plazo máximo de duración de los contratos de gestión de servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios.

El artículo 64 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y actualmente derogado, fijaba, en cumplimiento de lo dispuesto en la Base IX.4 de la Ley de Bases de 1963, la duración del contrato de gestión de servicios públicos (incluida su prórroga) en 99 años.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía en su artículo 158 como plazo máximo de duración de dicho contrato (incluidas también sus prórrogas) el de 75 años.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de La Ley 13/1995, dio nueva redacción al artículo 158 de este último texto legal, estableciendo distintos plazos de duración del referido contrato y fijando el máximo de 50 años para el contrato de gestión de servicios públicos que comprenda la ejecución de obras y la explotación de un servicio público, así como el plazo máximo de 25 años en los contratos de gestión de servicio público que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios, prescripciones todas ellas que pasaron al artículo 157 del TRLCAP.

Partiendo de los anteriores datos, y tomando en consideración exclusivamente la evolución de la legislación española en los términos que acaban de indicarse, podría no parecer coherente el establecimiento, mediante la oportuna modificación legislativa, de una ampliación del plazo máximo de duración de este tipo de contratos, bien fuera general, bien específica para los contratos que comprendan la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, de modo que volviera a ser el de 75 años que contemplaba la LCAP en su redacción original.

No obstante, conviene tener en cuenta que en relación, precisamente, con el servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, la Ley 13/2003, de 23 mayo, modificó la letra a) del artículo 158 del TRLCAP introduciendo en el mismo la excepción a que antes se aludía para aumentar a 60 años la duración máxima de estos contratos en particular, manteniendo el plazo general de 50 años para el resto de los de gestión de servicios públicos que comprendan la ejecución de obra o la explotación del servicio público.

Así las cosas, en el caso concreto y específico de los contratos que comprenden la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, la nueva ampliación del plazo máximo de duración de los mismos que se adoptara mediante la oportuna modificación normativa para recuperar, por ejemplo, el plazo de 75 años que preveía la LCAP en su redacción original, no adolecería de la falta de coherencia que podría predicarse de esa misma medida si se adoptara con carácter general, a la vista de la evolución de la legislación espa-

ñola, que ya ha tenido en cuenta la singularidad de este servicio público para ampliar anteriormente el plazo general de duración máxima del mismo.

Ahora bien, la mayor o menor coherencia de la medida con la evolución de la legislación española no constituye por sí sola un argumento jurídico para decidir sobre la introducción de esa modificación normativa. Es por ello por lo que resulta necesario examinar si esa modificación resulta admisible a la luz de las normas y principios del Derecho Comunitario.

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios alude a la concesión de servicios para luego excluirla de la aplicación de la propia Directiva. Así, tras disponer su artículo 1.4 que “la concesión de servicios”, es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”, el artículo 17 establece que “sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 9, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado del artículo 1” .»

No existiendo en el ámbito del Derecho Comunitario una regulación del contrato de gestión de servicios públicos («concesión de servicios») y no estableciéndose, por tanto, ninguna previsión de duración de este contrato que estableciera un plazo máximo que fuese inferior al de 75 años, no habría impedimento jurídico para adoptar ese plazo de 75 años, bien fuera con carácter general, bien en particular para el servicio público de mercado o lonja mayorista que nos ocupa.

Ahora bien, aunque las concesiones no aparecen reguladas en el Tratado ni en el Derecho derivado, no por ello quedan fuera de los principios sancionados en el propio Tratado. Así, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2000 declara lo siguiente:

«Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la “Directiva sobre obras” que establece un régimen particular para la concesión de obras. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de los contratos públicos. Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resultan de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal.»

Pues bien, entre dichos principios figura el de libre competencia y, por tanto, el de concurrencia. En este sentido, en el Libro Verde sobre colabo-

7/08 ración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones de la Comisión de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004, se dice, en el apartado relativo a las «operaciones de CPP» (colaboración público-privada) de tipo puramente contractual (apartado 2.3, punto 46), lo siguiente:

«Por otro lado, deberá determinarse el período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o del servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto. En concreto, la duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior [...] o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia [...].»

Aunque en el citado Libro Verde no se hace una indicación análoga respecto de las operaciones de CPP de tipo institucionalizado, parece razonable la aplicación del anterior criterio, pues si esta clase de operaciones de CPP implican, según se dice en el propio Libro Verde, la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el socio privado, no se aprecia argumento suficiente para excluir la aplicación de esos principios de libre competencia y de concurrencia en la elección del socio privado ni para justificar, una vez establecida la colaboración, el mantenimiento de la misma a perpetuidad o por tiempo indefinido (pues ello sería contrario a dichos principios de libre competencia y concurrencia).

Así las cosas, si la duración del contrato de gestión de servicio público tiene como límite la proscripción de restricción de la competencia o la limitación de la misma, pero, al mismo tiempo, esa duración ha de determinarse en función de la necesidad de garantizar la amortización de las inversiones y la remuneración razonable del capital invertido, cabe entender que es jurídicamente admisible el establecimiento, a través de la oportuna modificación legislativa, de un plazo máximo de 75 años de duración para los contratos que comprendan la explotación del servicio público de mercado o lonja central mayorista, siempre que aparezca debidamente justificado que ese plazo es necesario para, según lo dicho, amortizar la inversión y obtener una remuneración razonable del capital invertido.

3. Modificación del artículo 154.2 del TRLCAP (y artículo 85.2 de la LBRL).

En tercer lugar, cabe plantear, dentro de este bloque de medidas de naturaleza normativa, la posible modificación del artículo 154.2 del TRLCAP, que arrastraría consigo la modificación del artículo 85.2 de la LBRL de 1985.

Para la adecuada consideración de esta opción resulta obligado partir del modelo de gestión de los servicios públicos municipales, como lo es el que da origen a la consulta, que queda establecido en las normas reguladoras del Régimen Local.

El artículo 86.3 de la LBRL de 1985 contiene la reserva a favor de las Entidades Locales de determinadas actividades o servicios que califica de esenciales, entre ellos, el de mataderos, mercados y lonjas centrales. Dicho artículo establece en tal sentido lo siguiente:

«Se declara la reserva a favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros.»

Los artículos 85 de la LBRL de 1985 y 95 a 110 del TRRL de 1986 y, en lo que no se oponga a las anteriores, el Título III del RSCL de 1955 regulan las distintas modalidades de gestión de servicios públicos municipales. Dichos preceptos agrupan bajo dos tipos generales el conjunto de tales modalidades que son la gestión directa y la gestión indirecta.

El artículo 85 de la LBRL de 1985, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, establece que la gestión de los servicios públicos locales adoptará algunas de las siguientes formas:

«A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo Autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.»

El artículo 156 del TRLCAP establece, por su parte, lo siguiente:

«La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta Ley.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.»

Así pues, y para los supuestos en que se opta por la gestión del servicio mediante una sociedad mercantil, las disposiciones vigentes del Régimen Local trazan una línea divisoria que diferencia la gestión directa de la indirecta, consistente en la titularidad exclusiva o no exclusiva del capital social por parte de la respectiva Entidad Local o de un ente público de la misma. De este modo, si la Entidad local titular del servicio de cuya gestión se trata tiene por sí misma o a través de un ente público local la titularidad exclusiva del capital social de la sociedad mercantil que va a gestionar el servicio se tratará de una modalidad de gestión directa. En el supuesto de que la Entidad Local sólo sea titular de parte del capital social de dicha sociedad mercantil (en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas), se tratará de gestión indirecta.

El sistema actualmente establecido en las normas citadas del Régimen Local, tras la reforma del artículo 85 de la LBRL de 1985 por la Ley 57/2003, que tiene por objeto la adecuación de dicho texto legal al TRLCAP, guarda así plena coherencia con lo establecido en este último. En el artículo 156 del TRLCAP se contempla, como se acaba de exponer, la sociedad de economía mixta de capital no exclusivo de la Administración titular del servicio como modalidad de la contratación de la gestión de los servicios públicos y, por tanto, como forma indirecta de gestión del servicio público mediante contrato. Por otra parte, el artículo 154 del mismo texto legal establece un supuesto de excepción al régimen general del contrato de gestión de servicios públicos, excluyéndolo del ámbito de aplicación de la Ley. Se trata del supuesto de gestión del servicio público mediante entidad de derecho público creada a tal fin o mediante sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma, lo que constituye una modalidad de gestión directa en terminología de las disposiciones vigentes de régimen local. El artículo 154 del TRLCAP dispone lo siguiente:

«1. Los contratos mediante los que las Administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.

2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en 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 en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.»

Así expuesto el modelo en vigor de gestión de servicios públicos mediante sociedad mercantil, que será considerado como gestión directa (si el capital de la sociedad es exclusivamente de la Administración titular del servicio) o como gestión indirecta (si el capital de la sociedad sólo pertenece en parte a la Administración titular del servicio), cabe plantear la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP y, en coherencia con él, la del artículo 85.2 de la LBRL de 1985. La modificación tendría como finalidad que se admitiera como modalidad de gestión directa del servicio público la realizada mediante sociedad mercantil cuyo capital sólo fuese parcialmente de propiedad de la Administración titular del servicio (o de un ente público de la misma), perteneciendo el resto del capital de dicha sociedad a otra Administración Pública (o a una entidad instrumental dependiente de esta última Administración) con fines concurrentes con los de la Administración titular del servicio. Con ello, al transformarse esta modalidad de gestión en una forma directa de gestión del servicio público resultaría excluida del ámbito de aplicación del TRLCAP y libre, en consecuencia, de la limitación temporal que dicho texto legal impone en su artículo 157 para el contrato de gestión de servicios públicos.

Esta modificación contaría a su favor con un precedente normativo cualificado, cual es la redacción anterior del propio artículo 154.2 del TRLCAP, esto es, el artículo 155 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, el artículo 155.2 de este último texto legal disponía lo siguiente:

«No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en 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 en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente de la misma.»

Resultando posible el planteamiento de esta reforma legislativa, este Centro Directivo considera necesario analizar si la misma se ajusta a los principios del Derecho comunitario.

En efecto, cabe plantear si una modificación legislativa que transformase en gestión directa la modalidad de gestión del servicio público mediante sociedad mercantil en cuyo capital participe sólo mayoritariamente la Entidad local o un ente público dependiente de la misma se conciliaría bien con los principios del Derecho comunitario y con las líneas de desarrollo que en éste se apuntan a la vista de recientes propuestas legislativas y pronunciamientos del TJCE.

A este respecto, resulta necesario señalar que la normación positiva en el ámbito comunitario de la gestión de los servicios públicos aún no se ha producido. Cabe tan solo mencionar, como se ha dicho, que en la última Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (Directiva 18/2004, de 31 de marzo de 2004), se alude al concepto de concesión de servicios y se le declara excluido del ámbito de aplicación de la misma. El artículo 1.4 de dicha Directiva define la concesión de servicio del modo siguiente:

«La “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

El artículo 17, relativo a las concesiones de servicios, establece lo siguiente:

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.»

El artículo 3 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica «Concesión de derechos especiales o exclusivos: cláusula de no discriminación», dispone:

«Cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el cual se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad.»

Del conjunto de los preceptos transcritos se pueden extraer ciertas conclusiones que resultan relevantes en relación con la modificación legislativa que se analiza. La más importante es que el Derecho comunitario no ha armonizado el procedimiento de adjudicación de las concesiones de servicios públicos, que declara expresamente excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ahora bien, esta carencia se ha visto parcialmente cubierta por la antes citada Comunicación de la Comisión de 29 de abril de 2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario. Dicha comunicación, si bien sólo se refiere a las concesiones y no a otras formas de asociación utilizadas para contar con financiación y experiencia privadas, como serían las demás modalidades que se contemplan en el TRLCAP bajo la denominación de contrato de gestión de servicios públicos, sirve para establecer los princi-

pios comunitarios comunes que, a juicio de la Comisión, deben regir para todas ellas. Ello es así habida cuenta del concepto de concesión que maneja, según el cual, existe una concesión siempre que hay un acto de una autoridad pública por el cual se confía a un tercero la gestión total o parcial de un servicio de su competencia, asumiendo ese tercero el riesgo de la explotación mediante la cual recibe su remuneración.

Un ejemplo de la identidad existente entre las concesiones y las demás formas de gestión de los servicios públicos se contiene en nuestro ordenamiento jurídico, referida en particular a la sociedad de economía mixta, en el artículo 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho artículo dispone: «En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos».

De acuerdo con dicha Comunicación de la Comisión, y como se ha indicado más arriba, aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos en sus distintas modalidades, incluida la sociedad mercantil en cuyo capital no participe exclusivamente la Administración Pública titular del servicio, está fuera del ámbito de las Directivas, sí está sometido, sin embargo, a las normas y principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), con la numeración de artículos introducida por el Tratado de Amsterdam.

Dicho en otros términos, las concesiones y, en general, las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, no tienen para el Derecho comunitario la consideración de actos *intuitu personae*, quedando sometidas a las normas del Tratado sobre prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, artículo 12 del TCCE; sobre libertad de establecimiento, artículos 43 y siguientes; libre prestación de servicios, artículos 49 y siguientes; y normas sobre libre competencia, artículos 81 y siguientes del TCCE. Igualmente quedan sometidas a los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE como son, entre otros, a los efectos que aquí interesan, los de igualdad de trato (que obliga al cumplimiento del principio de apertura a la competencia) y transparencia (que impone la debida publicidad con la información necesaria en beneficio de todo licitador potencial).

En este sentido, cabe citar la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, recaída en el asunto Telaustria. El hecho que da origen a la demanda es la adjudicación por Telekom Austria, Sociedad Anónima cuyo capital es de titularidad exclusiva del Estado austríaco, de una concesión a Herold, sociedad en cuyo capital participa Telekom Austria, para la prestación del servicio público de elaboración y publicación de repertorios de abonados al servicio telefónico. Telaustria impugnó la adjudicación de la concesión porque consideró aplicables las Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Telekom Aus-

7/08 tria sostuvo que al tratarse de una concesión, principalmente por el hecho de que la contraprestación que recibía la empresa prestadora del servicio no era un precio, sino el derecho de explotar su propia prestación, quedaba fuera de las Directivas. El Tribunal concluye que el contrato en cuestión está excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de las Directivas armonizadoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, principalmente, por el hecho de que la contraprestación que recibe la empresa prestadora del servicio es el derecho a explotar su prestación. Añade que, no obstante ello, las entidades contratantes están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Este principio supone, como ya declaró el TJCE en sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto Unitron Scandinavia), una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado. Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

En fecha más reciente y aun cuando se trata de un asunto pendiente de sentencia, conviene hacer referencia a las conclusiones del Abogado General, presentadas al Tribunal con fecha 24 de noviembre de 2004, en el asunto seguido por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Francia. Se impugnó una ley francesa que regula la titularidad pública de obras y sus relaciones con la dirección de obra privada y por la que se reserva la función de representación delegada del titular de la obra a una serie de personas jurídicas (de Derecho público) francesas taxativamente enumeradas, con las que el titular de la obra celebra un contrato de mandato, sin que el titular de la obra quede obligado a una licitación previa para elegir al mandatario. El Gobierno francés sostuvo que en este caso no se trata de una prestación de servicios, por lo que el artículo 49 del TCCE no es aplicable, ya que el mandatario, al representar a una entidad de derecho público, participa en una función de interés general, quedando sometido a las normas de contratación en los contratos que adjudique en nombre del mandante. Por la misma razón, entendió que para elegir al mandatario no es necesaria una licitación previa. El Abogado General sostiene en sus conclusiones que la reserva que se establece en la ley francesa no es conforme con el principio de libre prestación de servicios que establece el artículo 49 del Tratado y que, como las demás normas del mismo, resultan de aplicación a todos los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas. El hecho de reservar a determinadas personas jurídicas de Derecho público francés el derecho de celebrar contratos de mandato de representación del titular de la obra constituye un obstáculo a la libre circulación en la prestación de servicios, pues en la práctica es casi imposible que una empresa de otro Estado miembro obtenga el estatuto de persona jurídica de Derecho público francés. Más aún, la libertad de empresa que

el artículo 59 del TCCE proclama implica precisamente la posibilidad de no dar ese paso. **7/08**

Como confirmación de lo expuesto, procede analizar finalmente dos supuestos contemplados por el Derecho comunitario que constituyen sendas excepciones al principio de competencia admitidas en dicho Derecho.

El primer supuesto de excepción se contiene en el artículo 86 del TCCE, precepto ubicado dentro del conjunto de las normas reguladoras de la competencia. El citado precepto dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.»

El precepto transcrito guarda relación con el artículo 18 de la Directiva 18/2004 que establece lo siguiente:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

El artículo 86.2 del TCCE contempla, pues, una excepción invocable para justificar la adopción por los Estados de medidas relativas a empresas públicas o titulares de derechos exclusivos que se separan de las normas del Tratado sobre la libre competencia. Excepción que, en cuanto tal, ha de ser interpretada en sentido estricto y cuya aplicación exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, que exista un acto por el cual se encarga a una empresa la gestión de un servicio público de interés general. En segundo lugar, será necesario que se demuestre que la aplicación de las normas del Tratado impediría de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio de interés económico general encomendado. En otro caso, si la aplicación de las normas del Tratado sobre la libre competencia no impide en absoluto el desarrollo del servicio de interés económico general, con la

7/08 utilización de la excepción contemplada en el artículo 86.2 se estaría colocando a la empresa en una posición de abuso de dominio.

El segundo supuesto de excepción, que es el que aquí interesa, es el de los denominados servicios «in house providing» o encargos de prestaciones a entes propios o instrumentales, aun cuando su objeto sea el propio de un contrato típico, directamente, sin aplicar la legislación contractual y al margen de las normas de libre competencia, al tener los entes en cuestión la consideración de medios propios de la entidad que realiza el encargo. Este supuesto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria, básicamente en dos sentencias: la de 18 de noviembre de 1999, recaída en el asunto Teckal (C-107/98), y la dictada en el asunto Stadt Halle, de 11 de enero de 2005 (C-26/03), aunque se estima oportuno señalar que, próximamente, el TJCE deberá pronunciarse de nuevo sobre este tema como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino de España a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre de 2001 dictada por la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales contra resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998 confirmatoria del acuerdo de sobreseimiento de un procedimiento incoado por denuncia formulada por dicha Asociación contra la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA). La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acordado, por auto de 1 de abril de 2005, plantear cuestión prejudicial ante el TJCE en los siguientes términos:

«1. Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE del Consejo y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, y 2001/78 de la Comisión, de modificación de las anteriores –normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004–.

3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del

En espera del futuro pronunciamiento del TJCE sobre este asunto, procede examinar la jurisprudencia sentada al respecto en las sentencias de 18 de noviembre de 1999 (sentencia Teckal) y 11 de enero de 2005 (sentencia Stadt Halle). En la sentencia Teckal se resuelve el litigio entre esta empresa y el Ayuntamiento italiano de Viano que encargó a una entidad, AGAC, creada al amparo de la ley de régimen local italiana como una mancomunidad constituida por varios municipios, la gestión del servicio de energía y medio ambiente. El Ayuntamiento demandado sostuvo que el encargo realizado a la entidad AGAC, directamente, no entraña una relación contractual dado que dicha entidad está creada como un medio propio a través del cual el Ayuntamiento organiza el servicio que es así gestionado directamente. La sociedad demandante (Teckal) no consideró que la entidad AGAC fuese un medio propio del Ayuntamiento que pudiera ser considerado ente instrumental del mismo y permitiese su exclusión del ámbito de las Directivas. El TJCE declaró lo siguiente:

«50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra *a*) de la Directiva 93/36 basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra parte, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trata un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto de ella desde el punto de vista decisivo un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.»

En la sentencia Stadt Halle se resuelve el litigio entre el Ayuntamiento de Halle, que había encargado a la sociedad RPL Lochau (cuyo capital pertenece mayoritariamente a dicho Ayuntamiento y, en una fracción minoritaria, a una sociedad privada) el tratamiento de residuos, y la sociedad «Trea Leun», que entendió que la adjudicación por el referido Ayuntamiento a la sociedad RPL Lochau del tratamiento de residuos sin haber seguido para ello un procedimiento de licitación era contraria al Derecho comunitario.

En dicha sentencia, el TJCE, reiterando la doctrina sentada en la sentencia Teckal, declaró lo siguiente:

«48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corres-

ponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva».

Las sentencias que se han transcrito en lo pertinente fijan los requisitos –que más adelante se expondrán– que tienen que cumplirse para que, en relación con los supuestos que fueron enjuiciados por las mismas (suministros en el caso de la sentencia Teckal; servicios en el caso de la sentencia Stadt Halle), quedase excluida la aplicación de las normas de

Derecho comunitario sobre contratos públicos. Pues bien, si, en el caso de suministros y servicios, el cumplimiento de los citados requisitos permite a la entidad adjudicadora excluir la aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre contratación y, por tanto, no recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, eliminando así la relación contractual, en el caso de gestión de servicios públicos («concesión de servicios» en la terminología de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo) el cumplimiento de esos requisitos tendría por consecuencia que los supuestos en que ello aconteciese quedasen conceptuados no como gestión indirecta del servicio público (relación de naturaleza contractual), sino como gestión directa del mismo (relación de naturaleza no contractual).

Partiendo de la anterior premisa, procede examinar, en el ámbito de la gestión de servicios públicos, si la gestión de un determinado servicio público por una entidad constituida por dos o más Administraciones Públicas y cuyo capital esté constituido exclusivamente por las aportaciones de ambas permite apreciar el cumplimiento de los requisitos establecidos por las mencionadas sentencias, pues, de ser ello así, habría que entender, según lo dicho: 1) Que se estaría en presencia de una modalidad de gestión directa del propio servicio público que no constituye relación contractual y a la que, por tanto, no serían aplicables las normas del Derecho comunitario en materia de contratos ni las del Derecho nacional sobre contrato de gestión de servicios públicos (eliminándose así las limitaciones que ello entraña, entre otras y en lo que aquí interesa, el límite temporal o de duración del contrato de gestión de servicio público), y 2) Que no podría reputarse contraria al Derecho comunitario la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP (y artículo 85.2 de la LBRL) a fin de incluir como modalidad de gestión directa de un servicio público el supuesto de una entidad de Derecho privado creada por Administraciones Públicas y cuyo capital perteneciese exclusivamente a ellas.

Pasando a los requisitos exigidos por las mencionadas sentencias del TJCE, dichos requisitos son los siguientes:

A) Que el contratista, aun siendo una entidad jurídicamente distinta de la Administración territorial, esté sometido a un control análogo al que dicha Administración ejerce sobre sus propios medios, en términos tales que carezca de autonomía desde el punto de vista decisorio.

En relación con este primer requisito, debe señalarse que si el mismo no suscita cuestión alguna en el caso de que la entidad contratista haya sido creada única y exclusivamente por la entidad adjudicadora, estando sometida al solo control de ésta, ha de entenderse que tampoco dicho requisito suscita especial cuestión, debiendo considerarse cumplido, en el supuesto de que la entidad contratista haya sido creada por dos Administraciones Públicas o entidades adjudicadoras y esté sometida al control de éstas. Así lo reconoce la sentencia Teckal que, en su apartado 50, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice

7/08 «con el ente o los entes que la controlan», así como la sentencia Stadt Halle que, en su apartado 49, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice con la «autoridad o autoridades públicas que la controlan», lo que indudablemente supone admitir el supuesto de entidad instrumental (entidad contratista) creada por dos Administraciones o autoridades públicas y sometida al control exclusivo de éstas.

Lo anterior tiene una justificación institucional clara, propia del Derecho nacional, que no puede ser desconocida por el Derecho comunitario, cual es la posibilidad de que, con arreglo al Derecho nacional, existan dos o más Administraciones Públicas con fines que concurren o confluyen sobre un mismo sector de la realidad social. Partiendo de esta premisa, no hay ningún impedimento jurídico para que esas Administraciones Públicas articulen su colaboración a través de la puesta en común de medios personales, materiales y técnicos para la consecución coordinada e integral de esos fines públicos suyos concurrentes sobre una determinada materia, suscribiendo el oportuno convenio de colaboración (que, ha de destacarse, no tendría por objeto el intercambio recíproco de prestaciones entre dichas Administraciones, lo que encubriría un auténtico contrato, sino la actuación coordinada y conjunta para la consecución de esos fines de interés común), o creando aquellas Administraciones una persona jurídica para esa satisfacción de fines de interés común. En relación con esto último –creación de una personificación jurídica–, debe destacarse que, siendo un principio inconcuso la potestad autoorganizatoria de cada Administración Pública y pudiendo decidir ésta, en consecuencia, si la consecución de un determinado fin de interés público ha de realizarse directamente por ella a través de uno de sus órganos o mediante la creación de una entidad de carácter meramente instrumental –decisión que, en última instancia, descansa en una razón de oportunidad–, no puede negarse la posibilidad de que, en el caso de dos o más Administraciones Públicas con fines concurrentes sobre una determinada materia, decidan actuar constituyendo aquéllas una entidad que quede sometida al único y exclusivo, bien que conjunto, control de ellas, careciendo así esa entidad de autonomía decisoria respecto de tales Administraciones.

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que motiva el presente informe, debe concluirse que la constitución, por parte de MERCASA y de las respectivas Corporaciones Locales, de las distintas MERCAS cumpliría (dados los fines concurrentes de MERCASA –entidad instrumental de la Administración del Estado sometida al exclusivo control de ésta– y de las Entidades Locales en materia de mercados o lonjas centrales mayoristas de artículos alimenticios) el requisito que se examina.

B) Admitida la posibilidad de que la entidad instrumental haya sido creada por dos o más Administraciones Públicas con fines concurrentes en una determinada materia, siempre que esa entidad instrumental esté sometida en su totalidad al control de aquéllas, el segundo requisito consiste, a

la vista de la sentencia Stadt Halle, en que no exista, aunque sea minoritaria, participación de una empresa privada en el capital de la sociedad o entidad instrumental creada por aquellas Administraciones Públicas.

El TJCE justifica esta exigencia en una razón finalista o teleológica: la relación entre la autoridad pública (entidad adjudicadora) y sus propios servicios (entidad instrumental) se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, esto es, la prestación de un servicio público, al margen de la obtención de beneficio; por el contrario, la inversión de capital privado en esa entidad instrumental obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de dicha naturaleza (obtención de beneficio, siendo la actividad de prestación de un servicio público el medio para conseguirlo).

Así las cosas, no puede entenderse que se incumpla el requisito de que ahora se trata en el supuesto de que, existiendo dos o más Administraciones Públicas con funciones concurrentes sobre una determinada materia y que persiguen fines de interés común, las mismas decidan, para la satisfacción de ese interés, actuar conjuntamente, constituyendo ambas Administraciones Públicas una sociedad cuyo capital esté integrado en parte por la aportación de una de ellas (capital, por tanto, público), bien directamente, bien a través de una sociedad meramente instrumental de la misma y sometida a su exclusivo control y, en la parte restante, por la aportación de la otra (capital igualmente público), bien directamente, bien a través de una sociedad instrumental suya y sometida también a su control.

En relación con este requisito y a propósito del supuesto objeto de consulta, debe indicarse que el mismo no se cumple en la actualidad, y ello no porque MERCASA, participe en el capital de las distintas MERCAS, sea una entidad de capital privado, sino porque en las MERCAS existen participaciones de capital privado sin que, por otra parte, el carácter minoritario de estas participaciones permita entender cumplido el requisito que se examina. En consecuencia, de modificarse el artículo 154.2 del TRLCAP y el artículo 85.2 de la LBRL, sería necesario, para que en esa modificación quedase comprendido el supuesto particular de la consulta, que quedase suprimida la participación de capital privado de las distintas MERCAS.

C) El tercer requisito exigido por el TJCE estriba en que la parte esencial de la actividad del ente instrumental se realice con la Administración o Administraciones Públicas que controlan a aquél.

Este tercer requisito revela definitivamente, partiendo de los anteriores, que la entidad instrumental es realmente un servicio o medio propio de la Administración o entidad adjudicadora, pues precisamente la creación por una Administración Pública de una entidad en términos tales que la parte esencial de la actividad que esta última realice lo sea para la Administración matriz demuestra que ello se hace con el designio de disponer de un medio propio, lo que no ocurriría si esa entidad realizase la mayor

7/08 parte de su actividad con terceros, pues en tal caso se trataría de una entidad que actuaría como un operador o agente económico más en el tráfico.

Así las cosas, si en los supuestos de obras y suministros (y lo mismo puede decirse de los servicios) el requisito de que se trata comporta que la actividad de construcción y de fabricación o producción, respectivamente, de la entidad instrumental se dirija en su parte fundamental a la Administración matriz (y ello como exigencia necesaria para que esta Administración no recurra, para realizar las tareas de interés público que le corresponden, a entidades externas), en la gestión de servicios públicos no puede negarse el cumplimiento del citado requisito en el caso de que esta actividad se realice mediante una entidad constituida por dos Administraciones Públicas con fines concurrentes, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, aunque el servicio público tenga por destinatarios a los particulares, es lo cierto que la prestación del mismo corresponde, como deber u obligación propia de ésta, a la Administración de que en cada caso se trate, por lo que si dicha Administración opta, para la gestión del servicio, por la constitución de una entidad (controlada totalmente por ella), no cabe duda alguna de que se cumple perfectamente el requisito que se analiza: si sobre la Administración matriz pesa, por determinación legal, el deber de prestar un servicio público, la creación por esa Administración de una entidad instrumental para la gestión de dicho servicio conlleva que la actividad de esa entidad se realice para dicha Administración, pues, en definitiva, la creación de la entidad para la gestión del servicio supone la sustitución por ésta de la aludida Administración en la realización material de la actividad en que consiste el servicio público; éste se realiza materialmente por la entidad gestora en lugar de la Administración, lo que entraña que la actividad de la entidad instrumental se realice para la Administración a que aquélla sustituye, según lo dicho, en la prestación material del servicio. Así lo confirma la norma del artículo 154.2 del TRLCAP –precepto cuyo ajuste al Derecho comunitario nunca ha sido puesto en tela de juicio– desde el momento en que la inaplicación de los preceptos de este texto legal relativos al contrato de gestión de servicios públicos al supuesto de gestión de tales servicios mediante entidad pública o sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración presupone la caracterización de esa entidad o sociedad como un medio propio y, a su través, que esa entidad o sociedad realiza la parte esencial de su actividad para la Administración que la constituyó.

En segundo lugar, y partiendo de la anterior consideración, no puede entenderse que no se cumple el requisito de que se trata en el caso de que la entidad instrumental sea creada por dos Administraciones Públicas con fines concurrentes sobre una determinada actividad pública. No tendría sentido que en el caso de entidad instrumental creada por una única Administración se afirme el cumplimiento del requisito que se examina y, en

cambio, se niegue el cumplimiento del mismo en el caso de que la entidad instrumental haya sido creada (y esté totalmente controlada) por dos Administraciones Públicas por razón de tener ambas fines concurrentes. Desde el momento en que las sentencias del TJCE de que se ha hecho mención aluden a que la parte esencial de la actividad de la entidad instrumental se realice con el «ente o entes que la controlan» (sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98) o con «la autoridad o autoridades públicas que la controlan» (sentencia de 11 de enero de 2005, C-26/03) no puede negarse que dichas sentencias están admitiendo la posibilidad de que la parte esencial de la entidad instrumental se efectúe no sólo para una única Administración, sino también para varias, sin que, por tanto, ello sea óbice para apreciar el cumplimiento del requisito de que se trata.

Aplicando las consideraciones precedentes al supuesto que motiva la emisión de este informe, no puede negarse, como si fuese conceptualmente inadmisibile, que una sociedad de Derecho privado (la respectiva MERCA) pueda realizar la parte sustancial de su actividad para las dos Administraciones Públicas que la constituyeron (la Corporación Local respectiva y, a través de MERCASA, la Administración del Estado) por tener ambas fines concurrentes.

En suma, a la vista de las consideraciones precedentes sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE para que una entidad adjudicadora pueda obviar, para realizar los fines de interés público que le corresponden, el recurso a entidades externas, cabe concluir que no sería contraria a los principios del Derecho comunitario la modificación del artículo 154.2 del TRLCAP y artículo 85 de la LBRL en el sentido de incluir en la gestión directa, excluyéndolo, por tanto, del ámbito de la gestión indirecta, el supuesto de gestión de servicio público mediante sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de Administraciones Públicas con fines concurrentes (sea mediante participación directa de ellas, sea mediante participación indirecta de las mismas) y sometida al único y exclusivo control, bien que conjunto, de dichas Administraciones».

La doctrina establecida en las sentencias que se transcribían en el informe de 20 de junio de 2005 y que ahora se reproduce es reiterada en la sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007, recaída en el asunto C-295/05, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español ante el TJCE en relación con TRAGSA. En dicha sentencia se afirma cuanto sigue:

«55. En cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre

sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33).

56. Por consiguiente, procede examinar si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior.

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

59. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales TRAGSA debe ser considerada un tercero.

60. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61. Por consiguiente, parece que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62. En cuanto al segundo requisito, conforme al cual TRAGSA debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios

los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotero y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).

63. En el asunto principal, como resulta de los autos, TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.

64. En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65. Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

[...].

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.»

Pues bien, la LCSP, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo, ha venido a recoger dos de las modificaciones normativas que se analizaban en el informe de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005, cuyos términos en lo que interesa a los efectos de la consulta se acaban de transcri-

7/08 bir, que son las examinadas en el número 3 anteriormente reproducido, pero no ha acogido, sin embargo, la modificación que se examinaba en el número 1.

En efecto, la LCSP no ha acogido la propuesta de modificación consistente en la elevación del plazo de duración del contrato de gestión de servicios públicos de mercado o lonja central mayorista (siempre que apareciese debidamente justificado que ese plazo es necesario para amortizar la inversión y obtener una remuneración razonable del capital invertido) a un máximo de setenta y cinco años de duración. No obstante, y aun cuando se hubiese establecido la ampliación a setenta y cinco años del plazo de duración de los contratos de gestión de servicios públicos de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, dicha ampliación resultaría una medida insuficiente para solventar la problemática planteada si lo que se pretende, como se precisa en la consulta, es la desaparición de todo límite temporal y, por tanto, la permanencia por tiempo indefinido de las MERCAS como sociedades gestoras del citado servicio público.

La consecución de esta finalidad vendrá, como seguidamente se expone, de la mano de otras dos modificaciones legislativas que se introducen en nuestro ordenamiento por el artículo 8.2 de la LCSP y la disposición final primera de dicho texto legal que da una nueva redacción al artículo 85.2 de la LBRL, que eran las modificaciones que se examinaban en el apartado III número 3 del informe de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005 de continua referencia.

Comenzando por la segunda de tales modificaciones, ha de indicarse que la disposición final primera de la LCSP ha modificado el artículo 85.2 de la LBRL dando una nueva redacción al apartado A, letra *d*), del citado precepto que es el relativo a la gestión del servicio público municipal mediante sociedad mercantil, disponiendo lo siguiente:

«Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

a) Gestión por la propia entidad local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la ley de Contratos del Sector Público.»

De la lectura de este precepto se deduce con claridad que la gestión de los servicios públicos locales mediante sociedad mercantil puede articu-

larse bajo cualquiera de las dos modalidades de gestión, directa o indirecta, que contempla el precepto. Se tratará de una gestión directa cuando el capital de la sociedad mercantil sea íntegramente de titularidad pública [artículo 85.2 A.d) de la LBRL], mientras que se tratará de gestión indirecta cuando el capital de la sociedad gestora del servicio público no sea íntegramente de titularidad pública (artículo 85.2 B de la LBRL), en cuyo caso la gestión del servicio se realizará mediante alguna de las formas previstas en la LCSP.

La modificación introducida en el artículo 85.2 A.d) de la LBRL consiste en que para considerar gestión directa del servicio municipal mediante sociedad mercantil deja de exigirse que el capital social de dicha sociedad sea de titularidad íntegramente de la entidad local o de un ente público de la misma y pasa a requerirse que dicho capital sea de titularidad íntegramente pública. Esta modificación, como seguidamente se expone, se corresponde con la modificación que introduce la LCSP respecto del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos a la hora de determinar cuándo dicho contrato queda excluido de la aplicación de las normas contenidas en dicha Ley.

En efecto, el artículo 154.2 del TRLCAP aún en vigor establece que «no serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a tal fin ni a aquellos en que la misma sea atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma». Frente a dicha previsión –exigencia de participación exclusiva de la Administración titular del servicio en el capital social–, la LCSP, siguiendo en este punto la línea jurisprudencial sentada por el TJCE en las sentencias Teckal, recaída en el asunto C-107/98, de 18 de noviembre de 1999, y Stadt Halle, recaída en el asunto C-26/03, de 11 de enero de 2005, que queda corroborada en la sentencia TRAGSA, recaída en el asunto C-295/05, de 19 de abril de 2007, dispone en su artículo 8.2 lo siguiente:

«Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquéllos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de derecho público.»

De este modo, y a la vista de los términos de los artículos que se acaban de transcribir, ha de concluirse que, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en el TRLCAP, se exige para considerar exceptuados de las disposiciones reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos que la gestión del servicio se realice mediante una sociedad mercantil en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma, y, de acuerdo con la redacción del artículo 8.2 de la LBRL, se considera modalidad de gestión directa del servicio público local la realizada a través de sociedad mercantil cuyo capital pertenezca

7/08 íntegramente a la correspondiente entidad local o a un ente público de la misma. Sin embargo, una vez que entre en vigor la LCSP sucederá que no quedarán sometidos a las disposiciones de la misma los contratos de gestión de servicios públicos cuando dicha gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública, aunque no sea exclusiva la participación en su capital de la Administración titular del servicio, y se considerará modalidad de gestión directa.

A modo de recapitulación de lo hasta ahora expuesto, partiendo de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LCSP y atendiendo a la nueva regulación dada al artículo 85.2 de la LBRL por la disposición final primera de aquélla, que vienen a hacerse eco de la doctrina contenida en las sentencias dictadas por el TJCE anteriormente citadas, cabe afirmar que el contrato de gestión de servicios públicos locales cuando dicha gestión se atribuya a una sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública no quedará sujeto a las disposiciones de la LCSP reguladoras del citado contrato y constituirá un supuesto de gestión directa del citado servicio público local.

Trasladada la anterior conclusión al supuesto concreto que se analiza en el presente informe, ha de afirmarse que, tras la entrada en vigor de la LCSP, la gestión del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios por parte de sociedades mercantiles (MERCAS) quedará sujeto, como modalidad de gestión indirecta del servicio público (artículo 85.2 de la LBRL) a las disposiciones de la LCSP y, en consecuencia al límite temporal de sesenta años que se establece en el artículo 254 de dicha Ley, cuando el capital de las citadas sociedades no sea de titularidad íntegramente pública. Por el contrario, constituirá una modalidad de gestión directa del servicio público (artículo 85.2 de la LBRL) y no quedará sujeto a las disposiciones de la LCSP, sin que, por tanto, exista límite temporal, cuando el capital de las citadas sociedades sea de titularidad íntegramente pública, sin necesidad de que tal titularidad corresponda en exclusiva a la entidad local titular del servicio (artículo 8.2 de la LCSP).

II. La solución apuntada en el apartado anterior para resolver el problema de la limitación temporal aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos –gestión directa a través de sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública– suscita en el supuesto de las sociedades a que se refiere el presente informe (MERCAS) dos problemas que se apuntan en el escrito de consulta: *a)* que en la actualidad la gestión del servicio público local está atribuido a las MERCAS bajo la modalidad de gestión indirecta del servicio, contemplándose, en consecuencia, en los estatutos de dichas sociedades mercantiles una duración limitada; y *b)* que actualmente en el capital de las MERCAS, en su mayoría de titularidad pública por pertenecer a MERCASA y al Ayuntamiento correspondiente, hay un porcentaje bien que reducido de capital de titularidad privada. Tales circunstancias impiden, por no concurrir los requisi-

tos exigidos por los artículos 8.2 de la LCSP y 85.2 de la LBRL, que la gestión del servicio público municipal realizado por dichas sociedades mercantiles constituya una modalidad de gestión directa del servicio, exceptuada de la aplicación de las disposiciones de la LCSP, procediendo seguidamente examinar qué actuaciones puedan llevarse a cabo para solventar sendos problemas.

II.1 Vías de transformación de las MERCAS, cuyo capital es en la actualidad mayoritariamente público, en sociedades de capital íntegramente público.

El cumplimiento de este primer requisito requiere, expresado en términos negativos, lograr la salida del capital de las MERCAS de los accionistas particulares presentes en las mismas. Una primera vía para ello, que no requiere de mayores consideraciones jurídicas y posiblemente resulte ser la opción más directa y eficaz, consistirá en la negociación con los particulares que participan en el capital de la MERCA a fin de lograr la transmisión voluntaria de sus acciones a favor de los accionistas públicos presentes en dicha sociedad.

No obstante, en el caso de que los titulares de las acciones no quisieran transmitir las mismas o en el supuesto de que dichos titulares no fuesen conocidos o resultasen ilocalizables, como se apunta en el escrito de consulta, cabe examinar, como vías alternativas a la anterior para la obtención del resultado pretendido –salida de las MERCAS de los accionistas privados y transformación de las mismas en sociedades mercantiles de capital íntegramente público–, las siguientes:

- A) Adopción de un acuerdo de reducción de capital mediante amortización de las acciones pertenecientes a los accionistas privados presentes en la MERCA, con devolución de aportaciones, lo que cabría denominar como amortización forzosa

El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), al tratar de las modalidades de la reducción de capital, señala que la misma puede tener por finalidad, entre otras, la devolución de aportaciones y al respecto establece lo siguiente:

«1. La reducción del capital puede tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.»

Los requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de reducción de capital se establecen en el artículo 164 del citado texto legal que dispone lo siguiente:

«1. La reducción del capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos de la modificación de estatutos.

2. El acuerdo de la junta expresará, como mínimo, la cifra de reducción del capital, la finalidad de la reducción, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo, el plazo de ejecución y la suma que haya de abonarse, en su caso, a los accionistas.

3. Cuando la reducción implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y la medida no afecte por igual a todas las acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados, adoptado en la forma prevista en los artículos 144 y 148.»

De la sola lectura de lo establecido en el apartado 1 de este precepto se pone de manifiesto que el acuerdo de reducción del capital corresponde a la junta general y que para la adopción del mismo se exigen los mismos requisitos que para la modificación de estatutos se establecen en el artículo 144 de la LSA: *a)* Que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta formulen un informe escrito con la justificación de la misma; *b)* Que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse; *c)* Que en el anuncio de la convocatoria se haga constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos; y *d)* Que el acuerdo sea adoptado por la junta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103.

Junto a dicha regla general, el apartado 3 del artículo 164 de la LSA contempla un supuesto singular de reducción de capital con amortización de acciones y devolución de aportaciones; se trata de aquellos casos en los que el acuerdo a adoptar no va a afectar por igual a todas las acciones, por lo que se exige, además de los requisitos que se mencionan en el apartado 1 del citado artículo 164 (los establecidos en el artículo 144 de la LSA), el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados. Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, este singular supuesto contemplado en el apartado 3 del artículo 164 de la LSA es precisamente el que concurriría en el supuesto planteado en la consulta, pues el acuerdo de reducción del capital de las MERCAS con amortización de acciones y devolución de las aportaciones no afectará por igual a todos los accionistas; todo lo contrario, afectará exclusivamente a las acciones pertenecientes a particulares cuya salida de la sociedad se persigue.

Siendo ello así, resulta necesario afrontar el problema interpretativo que presenta este precepto para determinar, en los supuestos de tratamiento desigual de los accionistas debido a que el acuerdo de reducción de capital no afectará por igual a todas las acciones, qué ha de entenderse por «accionistas interesados», pues es el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados el que se requiere por la norma en este caso.

En opinión de la doctrina mayoritaria, si bien una primera aproximación al precepto llevaría a considerar que en una reducción desigual del capital son accionistas interesados tan sólo los titulares de las acciones que van a ser amortizadas por reembolso, esta interpretación debe rechazarse ya que no se corresponde con lo que en la práctica puede suceder. Considera dicha doctrina mayoritaria, en primer lugar, que es un apriorismo necesitado de demostración sostener que la permanencia en el accionariado de una sociedad anónima es una situación deseable y positiva, mientras que la posibilidad de retirarse y obtener la devolución de lo invertido constituye un gravamen impuesto a un grupo de socios que sólo se justifica si consienten en ello la mayoría de los titulares de las acciones que se amortizan. Además, sostiene la citada doctrina que dicha interpretación debe rechazarse, en segundo lugar, porque no se deduce del texto legal, habida cuenta de la remisión que el artículo 164.3 de la LSA hace al artículo 144 de la misma y, especialmente, al artículo 148 de la citada norma, lo que lleva a la doctrina mayoritaria, criterio que comparte este Centro Directivo, a sostener que lo dispuesto en el artículo 148 de la LSA ha de entenderse aplicable a los supuestos de tratamiento desigual de los accionistas por el hecho de la expresa remisión al mismo que se contiene en el artículo 164.3 de dicha norma. Es más, considera la doctrina que, aun en el supuesto de que no se hubiese citado expresamente el artículo 148 en el apartado 3 del artículo 164 de la LSA, dicho precepto (el artículo 148) resultaría aplicable por analogía al supuesto regulado en el artículo 164.3 de la ley de continua referencia, habida cuenta de la identidad de razón que concurre en ambos preceptos, pues se trata en ambos casos de adopción de acuerdos que no afectan por igual a la totalidad de las acciones.

Así las cosas, para poder interpretar el concepto «accionistas interesados» y determinar qué mayoría es la que se requiere por el artículo 164.3 de la LSA habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 148 del citado texto legal en el que, al tratar de las modificaciones estatutarias y bajo la rúbrica de «Modificación perjudicial a una clase de acciones», establece lo siguiente:

«1. Para que sea válida una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, será preciso que haya sido acordada por la junta general, con los requisitos establecidos en el artículo 144, y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada. Cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas.

2. El acuerdo de los accionistas afectados habrá de adoptarse con los mismos requisitos previstos en el artículo 144 en junta especial o a través de votación separada en la junta general, en cuya convocatoria se hará constar expresamente.

3. Cuando la modificación afecte sólo a una parte de las acciones pertenecientes a la misma clase y suponga un trato discriminatorio entre las mismas, se considerará, a efectos de lo dispuesto en el presente ar-

título, que constituyen clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación, siendo preciso, por tanto, el acuerdo separado de cada una de ellas.»

Los apartados 1 y 3 del artículo 148 de la LSA contemplan dos supuestos diferentes a los que, sin embargo, se dispensa un mismo tratamiento. En el apartado 1 se alude a las modificaciones estatutarias que lesionen los derechos de una clase de acciones, lo que presupone la existencia de una pluralidad de clases de acciones, mientras que el apartado 3 se refiere a los casos en los que, existiendo una única clase de acciones, la modificación va a afectar tan solo a una parte de dichas acciones. En ambos supuestos, por tanto, se trata de la adopción de un acuerdo de modificación estatutaria que entraña un tratamiento desigual entre accionistas, bien sea de los titulares de una clase de acciones respecto de los de otra (apartado 1), bien sea de solo una parte de los titulares de una única clase de acciones respecto de los restantes de la misma clase (apartado 3). Pues bien, en ambos casos se requiere que el acuerdo de modificación se adopte por la junta general y, además, por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada o por tantas mayorías de acciones como clases afectadas de acciones haya, separadamente. Siendo ello así, y para eliminar toda posible duda acerca de las mayorías necesarias en el supuesto de que el acuerdo de modificación afecte a una parte de las acciones de una misma clase, es por lo que el artículo 148.3 de la LSA precisa que en tal caso se considerarán clases independientes de acciones, por un lado, las afectadas y, por otro, las no afectadas por la modificación, resultando preciso el acuerdo separado por mayoría de cada una de ellas.

A modo de recapitulación de lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que el acuerdo de reducción de capital por amortización de acciones con devolución de las aportaciones, cuando dicho acuerdo no afecte por igual a todas las acciones sino tan sólo a parte de las mismas (bien a las acciones pertenecientes a los socios que pretenden abandonar la sociedad, si son ellos quienes voluntariamente realizan la propuesta, bien a las acciones pertenecientes a los socios que se pretende excluir de la sociedad si son los restantes accionistas quienes toman la iniciativa) exige para su adopción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 144, 148.3 y 164.3 de la LSA, la observancia de los requisitos establecidos en el artículo 144 de la LSA y, además, el doble acuerdo favorable adoptado, separadamente, por la mayoría de las acciones afectadas y por la mayoría de las acciones no afectadas.

A la conclusión anterior cabe añadir dos consideraciones finales. La primera de ellas se refiere al hecho de que, en tanto en cuanto se alude a acuerdos de la mayoría de las acciones, ha de entenderse que se trata de mayorías no de socios sino de capital y que, caso de no lograrse las distintas mayorías requeridas, el acuerdo de reducción de capital no podría ser adoptado.

Cuanto ha quedado expuesto queda corroborado a la vista de las consideraciones que se contienen en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 1999 en la que se señala que uno de los principios configuradores de la sociedad anónima es el de igualdad de trato de los accionistas que, si bien carece de una formulación general en nuestro ordenamiento jurídico, aparece sancionado por la Segunda Directiva Comunitaria en materia de sociedades (Directiva 77/1991/CEE, de 13 de diciembre de 1979), siendo en dicho principio en el que se inspiran diversos preceptos de la LSA, entre otros, los artículos 148.3 y 164.3 de la misma. Se afirma en la citada resolución que, en el supuesto de acuerdos de reducción de capital con restitución de aportaciones a ciertos socios cuando supone un trato desigual entre accionistas al permitir que unos recuperen su inversión y se adueñen de bienes o derechos que figuraban en el patrimonio social y a otros no, es la materialización de dicho principio de igualdad de trato de los accionistas lo que justifica la exigencia de votaciones separadas a fin de corregir las distintas consecuencias que para unos y otros se van a derivar del acuerdo. En los fundamentos de derecho de la citada resolución, que se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1958 y en una resolución anterior de 15 de noviembre de 1995, se afirma lo siguiente:

«Segundo. Es principio básico en la regulación de la sociedad anónima el de adopción de acuerdos sociales por mayoría en junta general, y la subsiguiente vinculación de todos los socios por los acuerdos así adoptados (cfr. artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Se trata, no obstante, de un criterio que admite importantes excepciones o modalizaciones que, aunque en definitiva obedecen al necesario respeto de las minorías, tienen una significación y un objetivo concretos y específicos que conviene poner de manifiesto. Así, el artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas establece un derecho de veto individual cuyo fundamento exclusivo radica en la alteración sustancial que el acuerdo conlleva para la posición jurídica del socio en cuanto tal (advirtiéndose que el derecho de veto existe aunque la medida afecte por igual a todos los socios); el artículo 148.1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, establece también un derecho de veto, pero esta vez a favor del grupo o clase de accionistas en función de la lesión que en su común posición jurídica implica el acuerdo adoptado, y que por, ende, deberá ser ejercitado en forma mayoritaria. Junto a estas hipótesis, el artículo 148.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, atendiendo únicamente a la discriminación que el acuerdo supone para los accionistas, establece la necesidad de acuerdos mayoritarios separados de los grupos de accionistas que quedan configurados por esa desigual repercusión de la decisión a adoptar (y ello aun cuando no haya perjuicio para un grupo, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de eliminación de las cláusulas de restricción a la transmisión para unas acciones, manteniéndolas para las restantes). También existen supuestos en que la discriminación implica derecho de veto individual (cfr. artículo 252.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), e hipótesis en

7/08 que la protección de las minorías se traduce en un *vacatio temporal* para la eficacia del acuerdo (cfr. artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas), o en un derecho de separación (cfr. artículos 147 y 149.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Tercero. A lo anterior ha de añadirse que precisamente por esa diversidad de fundamento de cada una de esas previsiones legales, es perfectamente posible la necesidad de su aplicación cumulativa si existe concurrencia de las razones que las determinan. Así ocurre en el caso debatido, que no es simplemente de reducción de capital con amortizaciones de algunas acciones (como prevé el artículo 164 de la Ley de Sociedades Anónimas), sino de reducción de capital con amortización sólo de todas las acciones pertenecientes a tres socios, lo que implica su salida de la sociedad; el acuerdo es, por una parte, radicalmente discriminatorio, y por otra, afecta a la posición jurídica individual de los socios salientes (trasciende por tanto a la mera modificación estatutaria, para incidir sustancialmente en el propio aspecto contractual) y, en consecuencia no sólo procede la aplicación de las disposiciones de protección de esos socios salientes que ven tan radicalmente alterada su posición jurídica individual (y que, por tanto, deben ser protegidos de forma individualizada pues, no existe un interés común a defender por más que sean tres los salientes), sino también la de las señaladas para el caso de la discriminación inherente al acuerdo, las cuales permitirán evitar que los salientes, por razón de su participación en la sociedad, puedan imponer a los demás tal decisión (obsérvese la discriminación que el acuerdo supone pues, con independencia de la adecuada o inadecuada valoración de las acciones a amortizar, los salientes obtendrán la restitución inmediata de sus aportaciones, en tanto que los demás, para conseguir el mismo efecto, deberían sujetarse al trámite liquidatorio legalmente previsto).»

El criterio expuesto en la resolución que se acaba de transcribir se contenía en una resolución anterior de 9 de enero de 1998 y a ambas se alude en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002.

B) Adopción de un acuerdo de aumento de capital con elevación del valor nominal de las acciones

Una segunda vía que cabe examinar para lograr la salida de los socios privados de las MERCAS, si bien con la finalidad de descartarla, pues, como seguidamente se verá, no permite alcanzar dicha finalidad, es la adopción de un acuerdo de aumento de capital con elevación del valor nominal de las acciones. El aumento de capital no se configura en nuestro ordenamiento jurídico tanto como un derecho de suscripción preferente de los socios cuanto como una obligación de suscripción que se impone a los mismos; debido a ello y puesto que los socios quedan obligados a concurrir al aumento de capital se requiere para la adopción del acuerdo el consentimiento de todos los accionistas, ya que, según se establece en el

artículo 145 de la LSA, no se pueden imponer nuevas obligaciones a los accionistas sin su consentimiento. En efecto, el citado precepto, bajo la rúbrica de «Límites de la modificación», dispone lo siguiente:

«Cualquier modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas deberá adoptarse con la aquiescencia de los interesados.»

A lo dispuesto en el artículo que se acaba de transcribir hay que añadir lo establecido en el artículo 152.2 de la LSA que, al regular el concreto supuesto del acuerdo de aumento de capital realizado mediante la elevación del valor nominal de las acciones, establece, reiterando lo dispuesto en el artículo 145 de la citada Ley, que será preciso el consentimiento de todos los accionistas, salvo en el caso de que el aumento se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto que se analiza en el presente informe ha de concluirse que el valor nominal de las acciones de las MERCAS sólo podrá ser elevado si prestan su conformidad a dicho acuerdo la totalidad de los accionistas y, en consecuencia, que, en ausencia del consentimiento de todos los accionistas, el acuerdo de elevación del nominal de las acciones no pudiera adoptarse. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 15 de noviembre de 1995, sostiene que nada podrá oponerse a un acuerdo de elevación del valor nominal de las acciones que tenga por objeto únicamente las pertenecientes a quienes prestan su consentimiento, con la consiguiente creación de una clase distinta de acciones, siempre que se respete el principio de proporcionalidad y, por tanto, se respete a los socios cuyas acciones permanecen inalteradas mantener su cuota de participación en el capital social o, en su caso, obtener una compensación económica por la disminución. En consecuencia, lo que no se produciría, en ningún caso, sería la salida de la sociedad de los accionistas disconformes con la elevación del nominal de las acciones quienes, de no prestar su conformidad al acuerdo de elevación del valor nominal de las acciones, restarían como socios de la sociedad, si bien que como titulares de acciones pertenecientes a una distinta clase.

C) Expropiación forzosa de las acciones pertenecientes a particulares

Cabe plantear como última vía la posibilidad de que se proceda a la expropiación de las acciones pertenecientes a los particulares presentes en las MERCAS, habida cuenta del reconocimiento de la potestad expropiatoria a las Corporaciones Locales.

Para proceder por esta vía resultaría necesaria, en primer lugar, la existencia de una norma con rango de ley que declarase la utilidad pública de dicha expropiación, pues, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF) y respecto a

7/08 los bienes muebles «la utilidad pública habrá de ser declarada expresa y singularmente mediante Ley en cada caso, a no ser que ésta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros».

Pues bien, la potestad expropiatoria de las Corporaciones locales vinculada al acuerdo de municipalización de los servicios sí está contemplada en norma con rango de Ley, concretamente en los artículos 170 y siguientes la Ley de Régimen Local (LRL), aprobada por el Decreto de 24 de junio de 1955, y en la que se refunden las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, norma en la que expresamente se declara la utilidad pública de la expropiación. En efecto, el artículo 170 de la LRL dispone que «todo acuerdo de municipalización que requiera expropiación forzosa de empresas lleva aneja la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectos al servicio».

Una vez que el artículo anteriormente citado dispensa la cobertura legal requerida por el artículo 12 de la LEF al declarar la utilidad pública de la expropiación de los bienes, es el RSCL el que, reiterando en su artículo 46.2 que la potestad expropiatoria va implícita en el acuerdo de municipalización del servicio, precisa en su artículo 45.2 la finalidad a la que obedece el ejercicio de dicho potestad. En efecto, en el citado precepto se dispone lo siguiente:

«Las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta.»

Expresado en otros términos, cabe concluir que el reconocimiento en favor de las Corporaciones locales de la potestad expropiatoria como facultad implícita en el acuerdo de municipalización de un servicio público local tiene, en los términos expresados en el artículo 45.2 del RSCL, un único objeto y obedece a una sola finalidad. El objeto no será otro que excluir de la gestión del servicio a la iniciativa particular y la gestión indirecta; la finalidad será la consecución de una gestión del servicio que reporte condiciones más ventajosas a los usuarios.

Aplicando cuanto antecede al supuesto que constituye el objeto de la consulta, en relación con la expropiación forzosa de las acciones de los particulares presentes en el capital de las MERCAS, y no obstante ser esta vía discutible, sería posible sostener razonablemente, a juicio de este Centro Directivo, la viabilidad de la misma por las razones que seguidamente se exponen. Ciertamente, en el momento de dictarse el RSCL la gestión de los servicios públicos locales mediante empresa mixta era un tercer género o modalidad de gestión que no tenía la calificación ni de gestión directa (gestión por la propia Corporación, fundación pública y sociedad privada municipal, artículo 67 del RSCL), ni

de gestión indirecta (concesión, arrendamiento y concierto, artículo 113 del RSCL), regulándose por ello en un capítulo independiente del citado Reglamento, y, en consecuencia, no resultando comprendida dicha modalidad en la literalidad del artículo 45.2 del RSCL. Ahora bien, la situación normativamente reflejada en el citado precepto al tiempo de su adopción –no consideración de la gestión mediante empresa mixta como modalidad de gestión indirecta del servicio público–, no se corresponde con la situación actual. En efecto, a la vista de lo que actualmente disponen el artículo 85.2 de la LBRL y el artículo 156.d) del TRLCAP, la gestión del servicio público local mediante sociedad mercantil de economía mixta es claramente una modalidad de gestión indirecta del citado servicio; es más, así continuará siéndolo tras la entrada en vigor de la LCSP, puesto que este texto legal contempla en su artículo 253 letra d) la gestión mediante sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, como una modalidad del contrato de gestión del servicio público.

Así las cosas, puesto que en la actualidad la gestión del servicio público local de mercado mayorista de productos alimenticios constituye una modalidad de gestión indirecta del servicio, cabría razonablemente sostener que, la expropiación forzosa por parte de la Corporación local de las acciones de los particulares presentes en el capital de las MERCAS será posible en la medida en que, además de cumplir con el objeto fijado en el artículo 45.2 del RSCL –excluir de la gestión del servicio la gestión indirecta– persiga y procure la finalidad perseguida con dicha extraordinaria medida y que se explicita en ese mismo precepto –que la nueva modalidad de gestión del servicio reporte a los usuarios condiciones más ventajosas–, extremo este último cuya apreciación escapa a la competencia de este Centro Directivo.

De acuerdo con cuanto ha quedado expuesto se puede concluir que, además de la hipótesis relativa a la voluntaria transmisión de sus acciones por parte de los particulares presentes en el capital de las MERCAS, cabrían dos vías para lograr la salida de dichos particulares y permitir la transformación de aquéllas en sociedades de capital íntegramente público: a) la adopción de un acuerdo de reducción de capital mediante amortización de las acciones pertenecientes a los accionistas privados presentes en la MERCA, con devolución de aportaciones, de acuerdo con los artículos 148 y 164.3 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; y b) la expropiación forzosa de dichas acciones, de acuerdo con los términos de los artículos 170 de la LRL, 45.2 del RSCL, 85.2 de la LBRL y 156.d) del TRLCAP.

7/08 II.2 Transformación de la gestión indirecta del servicio público en gestión directa.

Una vez que las MERCAS se transformen en sociedades mercantiles de capital íntegramente público, a través de alguna de las vías que han quedado expuestas en el punto II.1 anterior, podrán gestionar el servicio público local de mercados mayoristas de productos alimenticios indefinidamente en el tiempo, sin verse afectadas por la limitación temporal que se establece en el artículo 254 de la LCSP, pues, tal como dispone el artículo 8.2 de la citada Ley, no les serán de aplicación las disposiciones de la misma reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos. Alcanzada dicha situación, resta como cuestión adicional a solventar la relativa a la necesaria modificación de la modalidad de gestión del citado servicio, que habrá de pasar de una gestión indirecta mediante sociedad mercantil de capital no íntegramente público sujeta a límite temporal, como lo es en la actualidad, a una modalidad de gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público sin sujeción a límite temporal alguno, de acuerdo con lo que dispone el artículo 85.2 de la LBRL en la redacción dada al mismo por la disposición final primera de la LCSP.

Este cambio en la modalidad de gestión del servicio público municipal requiere, necesariamente, la extinción del contrato de gestión de servicios públicos que vincula en la actualidad a cada uno de los Ayuntamientos titulares del servicio con la correspondiente MERCA con el fin de que, posteriormente, cada uno de dichos Ayuntamientos pueda adoptar el acuerdo de gestión directa del servicio público y encargar dicha gestión a la nueva MERCA constituida como una sociedad mercantil de capital íntegramente público, tras la salida de los particulares que en la actualidad participan en el capital de la misma. Este paso último, necesario en el proceso dirigido a la superación de la problemática derivada de la existencia de un límite temporal a la duración del contrato de gestión de servicios públicos, plantea a su vez dos cuestiones finales que procede examinar seguidamente: A) Si cabe la resolución anticipada del contrato de gestión de servicios públicos vigente entre la entidad local y la correspondiente MERCA, y B) Si es posible dicha resolución, en qué términos tendrá lugar la liquidación del contrato de gestión de servicios públicos que se resuelve y, particularmente, a quién se atribuirán los bienes afectos a la gestión del servicio público.

A) La cuestión relativa a la resolución anticipada de los contratos de gestión de servicio público ya se examinaba en términos favorables a la misma, en el informe de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005 en cuyo apartado IV, al examinar como una de las posibilidades de actuación la extinción de los contratos de servicios públicos y liquidación de las MERCAS anticipadamente, se indicaba, en lo que aquí interesa, cuanto sigue:

«La consideración de esta opción exige analizar los distintos aspectos controvertidos que respecto de la misma se pueden suscitar: 1) Si es posible la resolución anticipada de los contratos de gestión del servicio público y las causas que, en su caso, podrían servir de justificación para ello, y 2) Si a la hora de elegir las Entidades Locales al nuevo socio en la sociedad de economía mixta podrían o no hacerlo libremente y, de ser posible, mantener a MERCASA.

En primer lugar, respecto de la posible resolución anticipada de los contratos de gestión de servicios, cabe señalar que no existe razón alguna que impida que un contrato establecido sobre la base del principio de la libre concurrencia de voluntades de las partes contratantes se extinga por resolución comúnmente acordada por las mismas. En efecto, el artículo 167 del TRLCAP, además de establecer las causas específicas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos, admite como tales las establecidas en el artículo 111 del mismo texto legal. El artículo 111 del citado TRLCAP, que enumera las causas comunes de resolución de todos los contratos administrativos, contempla como una de ellas, en su letra *c*), el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. El artículo 112 establece las condiciones de aplicación de dichas causas y el artículo 113 los efectos de la resolución del contrato para cada uno de los supuestos contemplados en el precepto primeramente citado.»

De acuerdo con el artículo 112.4 del TRLCAP, «la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato». El artículo 113.2, relativo a los efectos de la resolución, dispone que: «cuando obedezca a mutuo acuerdo los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista».

En el caso de los contratos celebrados entre las Entidades Locales y MERCASA, no concurre circunstancia alguna que impida la resolución de común acuerdo, puesto que en la documentación facilitada no se alude a la existencia de incumplimiento alguno, por lo que, en ausencia del impedimento legalmente establecido en tal caso, nada impediría una extinción anticipada de los contratos de gestión de servicios públicos y, con ellos, de las sociedades de economía mixta constituidas para la gestión.

Junto con la inexistencia de incumplimiento por el contratista, el artículo 112 del TRLCAP requiere la concurrencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Entendida dicha innecesariedad o inconveniencia de la permanencia del contrato en términos no absolutos, sino también como innecesariedad o inconveniencia de su permanencia en los términos y condiciones en que hasta este momento se ha venido ejecutando, la justificación de la resolución por mutuo acuerdo se deduce del propio escrito de consulta de la presidencia de MERCASA.

Una vez acordada la resolución de los contratos de gestión de los servicios públicos municipales en cuestión, habría de procederse a la disolución de las sociedades de economía mixta, las MERCAS, creadas para la gestión del servicio. El artículo 111.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales impone la amortización del capital privado previa a la disolución de la sociedad al vencer su plazo de duración como mecanismo que excluye la liquidación societaria subsiguiente en aras de la continuidad de la prestación del servicio público, pero que no excluye el derecho del socio privado a recuperar su inversión en los mismos términos que si se hubiera realizado la liquidación, esto es, mediante el reembolso del valor real o patrimonial de sus acciones.»

B) Partiendo de la posible resolución anticipada del contrato de gestión del servicio público, resolución que irá acompañada, a su vez, de la modificación de los estatutos de la sociedad mercantil constituida originalmente con una duración limitada, se plantea, consecuentemente, la problemática relativa a la liquidación de dicho contrato sociedad, en particular, la cuestión relativa a qué deba suceder con los bienes que sean de titularidad de la sociedad mercantil, no de la entidad local, en los que estén desarrollándose las actividades propias del servicio público local gestionado.

Planteada la cuestión en otros términos, se trata de determinar si los bienes de titularidad de la sociedad mercantil afectos a la prestación del servicio público, con ocasión de la extinción anticipada del contrato de gestión de servicios públicos, han de quedar en poder de la misma o pasar a pertenecer a la entidad local titular del servicio como bienes de dominio público, en garantía de la continuidad en la prestación de servicio público. Esta cuestión ya fue examinada por este Centro Directivo en el informe de 6 de febrero de 2006 (Ref.: A.G. Entes Públicos 11/06) en cuyo apartado III se decía cuanto sigue:

«Ciertamente, cabría pensar que la afectación de un bien a un servicio público es un elemento con virtualidad suficiente para integrar dicho bien dentro de la esfera del dominio público con independencia de que la financiación y gestión recaiga sobre la iniciativa privada y de la compensación que ésta reciba. Partiendo de esta idea, se estaría negando la posibilidad de que exista una disociación entre la titularidad privada y la afectación pública y, en tal caso, el destino público vendría a implicar en todo caso la titularidad pública del bien y el carácter demanial del mismo.

Frente a la tesis anterior, puede considerarse que los bienes afectos a la prestación del servicio público y sujetos a reversión al finalizar el plazo establecido para la gestión indirecta de aquél pueden ser tanto de propiedad pública como de propiedad privada, pues la circunstancia de la afectación carece de virtualidad suficiente para prejuzgar la titularidad del bien o, lo que es lo mismo, que titularidad y afectación pueden presentarse disociadas. En este caso, afirmar que un bien es de dominio público exigirá comprobar, en primer lugar, que la Administración Pública es su propietaria y, en segundo lugar, que esté afecto a la ges-

tión del servicio público de titularidad de la primera. Faltando uno de los dos requisitos no cabrá sostener que se trate de un bien demanial, bien por no pertenecer a la Administración Pública, bien porque, siendo de titularidad de la misma, no esté afectado a la gestión del servicio. En este supuesto y siempre que la forma de gestión del servicio público continuase siendo la de gestión indirecta, al tratarse de bienes de titularidad privada, el gestor del servicio público conservaría la propiedad sobre los bienes, continuaría siendo el único y exclusivo propietario de los mismos, pero pesarían, eso sí, sobre ellos dos gravámenes reales: el que cabe denominar gravamen de afectación que obliga a mantener los bienes afectos a la gestión del servicio y el gravamen restitutorio que obliga a transmitir en su día, cuando se alcance el término fijado para la gestión, la propiedad sobre ellos a la Administración.»

Pues bien, de estas dos posibles concepciones que han quedado expuestas, la primera, que abunda en la idea de que los bienes afectos a la gestión del servicio público, por esta sola circunstancia e independientemente de su titularidad, son de dominio público y la segunda, que sostiene que la circunstancia de la afectación no es por sí sola determinante de la demanialidad del bien si no va unida a la titularidad pública del mismo, es esta segunda la que se acoge en nuestro ordenamiento jurídico, como se pone de manifiesto a la vista de lo dispuesto en los preceptos que seguidamente se mencionan.

En primer lugar, ha de tomarse en consideración el artículo 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que define el concepto de dominio público. A tal efecto dispone:

«1. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que la ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.»

Precepto que viene a reproducir lo que ya disponía el artículo 339 del CC al definir qué bienes son de dominio público, estableciendo que:

«Son bienes de dominio público:

- 1.º Los destinados a un uso público, [...].
- 2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público [...].»

De acuerdo con lo dispuesto en los preceptos anteriormente mencionados, resulta con claridad que para que pueda predicarse respecto de un bien la condición de demanial, han de concurrir dos requisitos: el primero, consistente en que se trate de un bien de titularidad pública; el segundo, que ha de estar afectado a un servicio público.

Examinados ambos requisitos en relación con los bienes controvertidos –los edificios y las instalaciones en que actualmente se desarrollan las actividades propias de la gestión del servicio de mercados mayoristas municipales de fruta, de verdura y de pescado–, se aprecia, sin necesidad

7/08 de mayores consideraciones, la concurrencia del segundo de ellos, ya que están claramente afectados al desenvolvimiento del referido servicio. Por el contrario, no se aprecia la concurrencia del primero, ya que no se trata de bienes de titularidad pública, sino, tal como ha quedado anteriormente expuesto, de bienes de titularidad privada de MERCABARNA. En consecuencia, al no cumplirse uno de los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para establecer la demanialidad de un bien –ser de titularidad de la Administración Pública titular del servicio público gestionado, el Ayuntamiento de Barcelona en este caso–, no puede declararse su condición de bienes de dominio público municipal, que en momento alguno han tenido, y que por ello, difícilmente, podrán mantener, como erróneamente se afirma en la memoria del expediente administrativo.

En segundo lugar y a mayor abundamiento, ha de atenderse a lo dispuesto en los distintos preceptos que se ocupan de la normación de la reversión de los bienes afectos a la gestión de un servicio público y a lo que en ellos se dispone acerca del tránsito en la titularidad de los mismos que con ocasión de dicha reversión se produce. En particular, ha de examinarse lo dispuesto en los artículos 111.2, 115 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL) y en los artículos 164 y 169 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), integrantes del Capítulo V del Título II, que llevan por rúbrica «De los efectos y extinción del contrato de gestión de servicios públicos».

El artículo 111.2 del citado RSCL, para los casos de gestión a través de sociedad de economía mixta, dispone:

«Expirado el período que se fijare, revertirá a la Entidad local su activo y su pasivo y en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio.»

El artículo 115 del mismo Reglamento al regular la concesión de servicios públicos enumera las cláusulas que como mínimo han de establecerse en toda concesión de servicios públicos y, entre ellas, la siguiente:

«2.^a Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla.»

El artículo 128 del RSCL, al enumerar las obligaciones del concesionario, menciona la siguiente:

«4.^a No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la Entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación.»

El artículo 164 del TRLCAP, titulado «Reversión», dispone lo siguiente: **7/08**

«1. Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en estado de conservación y funcionamiento adecuados.»

El artículo 169 de la misma Ley, titulado «Efectos de la resolución», establece lo siguiente:

«1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.»

De la lectura de estos preceptos cabe extraer con claridad ciertas conclusiones. La primera de ellas es que finalizado el plazo contractual, el que se hubiere fijado para la gestión del servicio público, tendrá lugar la reversión de los bienes, obras e instalaciones afectos a la gestión del mismo. La segunda es que no todos los bienes empleados en la ejecución y el cumplimiento del contrato de gestión de servicios públicos revertirán a la Administración titular del mismo; sólo revertirán los que el contratista deba entregar de acuerdo con lo establecido en el contrato. La tercera es que si por cualquiera de las causas establecidas en el TRLCAP tuviera lugar la resolución del contrato antes de la finalización del plazo contractual, habrá que estar en primer término a lo expresamente convenido entre las partes sobre el alcance y condiciones de la reversión, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de *pacta sunt servanda*, surgiendo para la Administración la obligación de abonar al contratista el precio de las obras e instalaciones ejecutadas por éste que hayan de pasar a propiedad de aquélla. La cuarta es que durante la vigencia de la concesión y previa autorización de la Entidad titular del servicio, el gestor del mismo podrá enajenar bienes afectados a dicha gestión.

Finalmente, cabe poner de relieve que también la jurisprudencia se ha planteado esta cuestión, resolviéndola a favor de la tesis privatista expuesta. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 en la que la cuestión controvertida es si al término del plazo de la concesión el mercado del pueblo de Gerena, construido por el concesionario sobre terreno privado del mismo, debe o no revertir al patrimonio municipal, que son las tesis contrapuestas del Ayuntamiento que dice que sí, y de la recurrida Sra. M. que dice que no. En el contrato concesional, otorgado mediante escritura pública el 31 de diciembre de 1911, las partes convinieron que el concesionario construiría el mercado público sobre terreno de su propiedad particular y lo explotaría a través de subconcesiones y con las tarifas que se indicaron durante el plazo de setenta años, y que a la finalización de dicho plazo, cada parte quedaría en libertad para hacer o no un nuevo contrato, quedando el dueño de la Plaza de Abastos

7/08 en la quieta y pacífica posesión del inmueble; en los fundamentos de derecho de la misma se razona en los siguientes términos:

«Octavo. Como dijo la Sentencia esta Sala de 11 de junio de 1979, todo se cuestiona en relación con la naturaleza jurídica de la concesión; empezando los autores por disentir de si es posible hacer una construcción unitaria de la figura o si solamente pueden darse notas comunes de sus distintas especies (demanial, de servicios, industrial); discutiéndose también si se trata de un acto unilateral de la Administración (un acto de poder, de soberanía, un privilegio policial o de autoridad) o de un acto bilateral –sentencia de 5 de julio de 1943–, de un pacto contractual –Sentencias de 30 de septiembre de 1911 y de 14 de marzo de 1936– o de un vínculo contractual del que derivan derechos y obligaciones recíprocas (Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1945), o de un Concerto de obligatoria observancia –Sentencia de 26 de marzo de 1935– de un Contrato bilateral (Sentencia de 6 de mayo de 1911) o simplemente de un contrato sin más calificativos –Sentencias de 31 de mayo de 1910, 27 de diciembre de 1912, 7 de febrero de 1914, 11 de diciembre de 1916, 1 de julio de 1920, 20 de mayo de 1923, 9 de noviembre de 1933, 21 de febrero de 1942, 5 de julio de 1943, 3 de enero de 1944–; habiendo destacado la Sentencia de este Tribunal de 21 de febrero de 1969 el papel estelar de la idea de servicio público y señalado que toda concesión implica un doble carácter por constituir a la vez un derecho a favor del titular y una función que se le confía para prestar un servicio de interés general; haciéndose presente la coexistencia del interés público y privado, y ambos deben coexistir armoniosamente sin que el primero absorba o desnaturalice al segundo (salvo en casos de rescate) y sin que el privado pase por encima del público y desvirtúe el sentido propio de la institución.

Noveno. Es por esta concurrencia de intereses que surge la cuestión de la reversión; porque el concesionario tratará de llevarse sus aportaciones y la Administración concedente intentará quedarse con ellas para dar efectividad al principio de la continuidad del servicio público en beneficio del interés general; y esta lógica continuidad del servicio rechaza, en principio, la desintegración de sus elementos de prestación porque la Administración habrá de seguir dando el servicio una vez acabada la concesión y para ello necesitará normalmente utilizar los mismos elementos que integran la explotación, ya estuviesen funcionando y adscritos al servicio, ya estuviesen destinados a él.

[...]

Undécimo. Ya hemos comprobado que a tenor del pacto concesional, aquí no hay la menor duda de que a la finalización del convenio, el dueño de la Plaza de Abastos, esto es, el Concesionario, se ha de quedar en la quieta y pacífica posesión del inmueble, lo que es lo contrario a la reversión; y en esto se apoya la Sra. M. para oponerse a ella. El Ayuntamiento, desde el Informe del Secretario Municipal del folio 1 del expediente, no niega la realidad de este pacto pero dice que, pese al mismo, el artículo 55 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (NDL 22455) vigente en el momento de formalizarse la concesión (año 1911) disponía que transcurrido el plazo de la concesión la obra pasará a ser

propiedad del Estado, de la Provincia o del Municipio a cuyo cargo fuere; y el Ayuntamiento pretende dar efectividad a este mandato legal contra lo expresamente prevenido en el pacto concesional.

Duodécimo. Si no pudiera aplicarse ahora al ámbito de la Administración Local otra Ley que la citada de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que efectivamente dispone lo que dejamos aducido en el fundamento precedente (que es en lo que el Ayuntamiento se funda), tal vez habríamos de dar la razón al Ayuntamiento aplicando aquella Ley de 1877 contra el pacto contractual, dando prioridad a la Ley sobre el pacto; pero es claro que en el momento de finalizar la concesión que nos ocupa, la primera fuente normativa era la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio del mismo año cuya disposición transitoria 2.^a expresamente dispone haber de aplicarse el mismo a los servicios existentes a su entrada en vigor para el régimen sucesivo de los mismos, como así lo ha refrendado este propio Tribunal en sus Sentencias de 4 de noviembre de 1980 y de 28 de mayo de 1986; esto obliga ahora a examinar en primer término qué es lo que dispone esta legislación de Régimen Local de 1955 (que es legislación específica, posterior y prevalente sobre la citada Ley General de Obras Públicas de 1877) en materia de reversión de las obras y servicios municipales concedidos.

Decimotercero. El artículo 163,1 de dicha Ley de Régimen Local establece que en los casos de concesión regirán las diversas normas que especifica en sus 5 apartados, indicando el apartado d) que en las concesiones se habrán de señalar las condiciones de la reversión total o parcial; lo cual ya de por sí ofrece argumento para ver que la reversión puede ser total o parcial; después, el artículo 115 del Reglamento de Servicios dice que en toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes, dando así plena validez y carta de naturaleza a la autonomía de la voluntad como fuente primera de la concesión; y cuando en la regla 2.^a del propio artículo 115, se trata concretamente de la reversión, se dice que en las cláusulas concesionales se desarrollarán las: "Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedarán sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla"; de lo cual ya resulta con la máxima claridad que en la concesión de servicios municipales puede haber obras e instalaciones que habrá de hacer el concesionario y que quedarán sujetas a reversión y otras que irán también a su cargo, pero que no habrán de revertir al término de la concesión a la Administración; con lo que se sienta como dogma para esta cuestión el de la autonomía de la voluntad y se consagra en esto el principio del *pacta sunt servanda* común en la contratación en general y en la administrativa en particular como aplicó este Tribunal en su Sentencia de 13 de junio de 1986.

Decimocuarto. Siendo el de la autonomía de la voluntad, o su equivalente *pacta sunt servanda*, los principios que primero debemos aplicar, pues, en el ámbito de la reversión derivada de la gestión indirecta de los servicios públicos por concesión, y habiendo sido establecido en este caso con claridad notoria que al finalizar el plazo de la

concesión el dueño de la Plaza de Abastos quedará en la quieta y pacífica posesión del inmueble, es patente que a este pacto se habría de estar para decidir la controversia de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.»

Asimismo, en reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de junio de 2004, en la que se discute el carácter de público de un camino de acceso a una propiedad privada, se declara la protección que para el propietario de un bien inscrito en el Registro de la Propiedad deriva de dicha inscripción y de la eficacia defensiva que la misma le proporciona, tanto frente a la perturbación de otro particular como de una Administración pública. De este modo, se dice en ella lo siguiente:

«Tercero. Las valoraciones anteriores no dejan de tener valor secundario o introductorio, puesto que son dos los datos que a nuestro criterio tienen valor preeminente, hasta el punto de que el fallo depende del rango que se les adjudique.

c) Obra en los autos prueba suficiente de un dato al que la Sala, en ocasiones similares, insiste en resaltar, prestando atención singular a la acreditación de circunstancias de esta índole, o a contrario, a su falta de prueba. Nos referimos al acondicionamiento del vial en el año 1984. En efecto, en supuestos anteriores, hechos de este tipo se interpretaba como el indicio más genuino de una inequívoca relación posesoria entre la entidad local y el camino, ha de entenderse en concepto de dueño, puesto que el acondicionamiento de un terreno tiene marcado carácter dominical, y es de presumir, por pura lógica social, que las Entidades Locales solamente asumen el acondicionamiento y conservación de los bienes que reputan de su titularidad y respecto de los que están llamados a ejercer sus competencias.

d) Sin embargo, lo significativo de esta causa es que no podemos esperar del dato anterior la eficacia concluyente que ha brindado en ocasiones anteriores, en la medida en que la contrarresta el juego del Registro de la Propiedad.

[...]

La eficacia defensiva de la inscripción registral, producto del denominado principio de legitimación art. 38 LH: “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos ... existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo ... de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio ... tiene la posesión de los mismos” crea una situación jurídica consolidada a favor del inscrito de idéntico grado la perturbe un particular o la Administración; la inscripción y –el derecho inscrito– se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la LH (art. 1.3), por eso ha podido afirmarse que las personas a cuyo favor aparezcan extendidos los asientos tienen derecho a que se soporte la situación jurídica con arreglo a los términos de la inscripción, mientras los tribunales no decidan lo contrario, afirmación que en este caso, y precisamente en virtud

de la imposibilidad en que se halla la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de acometer pronunciamientos dominicales, se torna circular, puesto que la decisión del Tribunal, ante la carencia de datos susceptibles de desvirtuar la presunción, no puede ser otra que la de remitir a otro Tribunal la definitiva decisión sobre la dominicalidad del terreno discutido, amparando provisionalmente a los inscritos, en la medida en que, el hecho de que la Administración haya procedido *contra tabulas*, destruye la presunción de validez de su actuación, fundamentada en lo expuesto en el primero de nuestros razonamientos, hasta reducirla a los confines próximos de la vía de hecho.»

De acuerdo con cuanto antecede, este Centro Directivo entiende que el carácter demanial de un bien deriva, bien de su declaración como tal por ley, bien de la concurrencia en él de dos requisitos: tratarse de un bien de titularidad de una Administración pública y estar afectado a un uso o a un servicio público, de modo que la falta de uno de ellos impide atribuir al bien el carácter de demanial. Por esta misma razón, los bienes de titularidad de las Administraciones públicas no afectos al uso general o al servicio público son bienes de dominio privado o patrimoniales de dichas Administraciones, no de dominio público, según la clasificación que en función de su régimen jurídico hace el artículo 4 de la LPAP. Al mismo tiempo, la sola circunstancia de la afectación del bien a un servicio público, como ha quedado expuesto, no altera su régimen jurídico, por lo que, de tratarse de un bien de titularidad de un particular, dicho bien será de propiedad del mismo durante toda la vigencia del contrato de gestión del servicio público, por lo que, previa autorización para ello, podrá ser enajenado, y sólo pasará a ser de titularidad pública una vez extinguido el plazo fijado para dicho contrato cuando así se haya establecido en el mismo, previendo la reversión del bien.

En el supuesto que constituye el objeto de esta consulta resulta con toda claridad la falta de uno de los requisitos necesarios para determinar la demanialidad de las edificaciones e instalaciones afectados a la prestación de los servicios públicos municipales de mercado mayorista de fruta, verdura y pescado, ya que dichos bienes no son de titularidad del Ayuntamiento de Barcelona, sino de titularidad de MERCABARNA, por tanto, son bienes de propiedad privada de dicha sociedad, aunque afectos a la gestión del servicio público que la misma tiene encomendado, circunstancia esta última que, si bien determina que los bienes en cuestión estén sometidos a un doble gravamen o carga real, la derivada de su afectación a la gestión del servicio y la derivada, en su caso, de su posible reversión en el momento de finalización del plazo de duración de la sociedad, no altera en modo alguno la titularidad de los mismos.»

Así las cosas, y a modo de recapitulación de lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que los contratos de gestión de servicio público actualmente en vigor, en virtud de los cuales las MERCAS, en su actual condición de sociedades mercantiles de capital no íntegramente público, gestionan bajo modalidad de gestión indirecta el servicio público local de mercado mayo-

7/08 rista de productos alimenticios, pueden resolverse anticipadamente a la finalización del plazo contractual previsto. De ser ello así y en lo relativo a los efectos y alcance que tendrá dicha resolución anticipada habrá que estar, en primer término, a lo que expresamente convengan las partes sobre el alcance y condiciones de la resolución, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de la regla *pacta sunt servanda*. Respecto de los bienes afectos a la prestación del servicio público local, tendrán la consideración de bienes de dominio público durante la gestión indirecta del servicio y mantendrán dicha condición una vez resuelto anticipadamente el contrato de gestión indirecta en el supuesto de que se trate de bienes de titularidad de la respectiva Corporación Local y se mantengan afectos a la gestión del referido servicio. En el supuesto de tratarse de bienes de propiedad privada de la sociedad mercantil gestora del servicio, si bien se habrán encontrado sometidos a un doble gravamen durante la vigencia del contrato de gestión indirecta del servicio, la derivada de su afectación a la gestión del servicio y la derivada, en su caso, de su posible reversión en el momento de finalizar el plazo de duración de la sociedad, una vez que se proceda a la resolución anticipada del contrato de gestión de servicio público, y en orden a la determinación de a quién deban corresponder, habrá que estar, en primer lugar, a lo que se hubiese previsto expresamente en el contrato de gestión de servicio público, pues así se dispone en el artículo 164 del TRLCAP al establecer que «cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados» y, a falta de previsión contractual expresa, continuarán siendo de propiedad de la sociedad mercantil.

En virtud de todo lo expuesto, este Centro Directivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. El contrato de gestión de servicios públicos locales cuando dicha gestión se atribuya a una sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública no quedará sujeto a las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público reguladores del citado contrato y constituirá un supuesto de gestión directa del citado servicio público local, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 de la misma y en el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local en la nueva regulación dada al mismo por la disposición final primera de aquélla.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la citada Ley, la gestión del servicio público de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios por parte de las MERCAS quedará sujeto, como modalidad de gestión indirecta del servicio público (artículo 85.2 de la LBRL) a las disposiciones de la LCSP y, en consecuencia, al límite temporal de sesenta años que

se establece en el artículo 254 de dicha Ley, cuando el capital de las citadas sociedades no sea de titularidad íntegramente pública. Por el contrario, constituirá una modalidad de gestión directa del servicio público (artículo 85.2 de la LBRL) y no quedará sujeto a las disposiciones de la LCSP, sin que, por tanto, exista limitación temporal, cuando el capital de las citadas sociedades sea de titularidad íntegramente pública, sin necesidad de que tal titularidad corresponda en exclusiva a la entidad local titular del servicio (artículo 8.2 de la LCSP).

Segunda. La transformación de las MERCAS, cuyo capital en la actualidad es mayoritariamente público, en sociedades de capital íntegramente público podrá realizarse, a falta de transmisión voluntaria de las acciones pertenecientes a los particulares, por dos vías: a) a través de la adopción de un acuerdo de reducción de capital mediante amortización de las acciones pertenecientes a los accionistas privados presentes en la MERCA, con devolución de aportaciones, lo que cabría denominar como amortización forzosa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 148 y 164.3 de la Ley de Sociedades Anónimas; y b) mediante la expropiación forzosa de las citadas acciones, de acuerdo con los términos de los artículos 170 de la LRL, 45.2 del RSCL, 85.2 de la LBRL y 156.d) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tercera. La transformación en modalidad de gestión directa de la hasta ahora gestión indirecta del servicio público local de mercados mayoristas de productos alimenticios, una vez que las MERCAS se constituyan como sociedades mercantiles de capital íntegramente público, requerirá la resolución anticipada del contrato de gestión de servicio público en vigor por mutuo acuerdo entre la entidad local titular del servicio y la sociedad gestora del mismo. La resolución anticipada del contrato se producirá con los efectos y con el alcance que se acuerde, sin alterar, salvo previsión contractual expresa en otro sentido, la titularidad de los bienes afectados a la prestación del servicio público en los términos que se exponen en el apartado III del presente informe.