

# LES SOCIETATS MERCANTILS DE CAPITAL ÍNTEGRAMENT MUNICIPAL: LA TRANSICIÓ CAP AL DRET ADMINISTRATIU I L'IMPACTE DE LA LLEI 9/2017, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC<sup>1</sup>

**Marc Montaña Cortina<sup>2</sup>**  
*Tècnic superior en dret  
Foment de Terrassa, SA  
Ajuntament de Terrassa*

## Resum

Malgrat que les societats mercantils de capital íntegrament municipal són entitats de dret privat, en els darrers anys han sofert, tant per l'entrada en vigor de normativa d'aplicació com per diverses interpretacions jurisprudencials i doctrinals, una important penetració del dret administratiu en diversos aspectes relacionats amb el personal, el patrimoni, la transparència, la responsabilitat patrimonial i, especialment, la contractació pública. En aquesta transició cap al dret administratiu, el pas més rellevant ha estat l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), que en molts aspectes equipara les societats mercantils de capital íntegrament municipal amb les administracions públiques. Per a entendre aquesta transició, en aquest article definirem el règim jurídic de les societats mercantils municipals i després assenyalarem totes les qüestions pròpies del dret administratiu que han tingut un impacte en la gestió d'aquestes entitats. Ens centrarem, especialment, a analitzar el grau d'aplicació de la Llei de contractes del sector públic a les societats municipals en totes les fases del procediment de contractació —preparació, adjudicació, formalització i execució—, amb la pretensió d'aclarir, també des d'un punt de vista pràctic, els aspectes que no queden prou clars i que poden ser objecte d'interpretació. Finalment, posarem en context l'impacte de la Llei de contractes del sector públic en el règim jurídic de les societats mercantils municipals, així com en el de la resta d'àmbits propis del dret administratiu que també els resulten d'aplicació, per tal de valorar quina és la situació actual i futura d'aquestes entitats.

1. Citació recomanada: Montaña Cortina, Marc. «Societats mercantils». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 1 (2024), p. 175-204.

2. marc.montana.c@gmail.com.

**Paraules clau:** societats mercantils de capital íntegrament municipal, ens instrumentals, contractació pública, poders adjudicadors no Administració pública, transició al dret administratiu, eficiència, eficàcia.

## LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE MUNICIPAL: LA TRANSICIÓN HACIA EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL IMPACTO DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### Resumen

A pesar de que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal son entidades de derecho privado, en los últimos años han sufrido, tanto por la entrada en vigor de normativa de aplicación como por diversas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, una importante penetración del derecho administrativo en varios aspectos relacionados con el personal, el patrimonio, la transparencia, la responsabilidad patrimonial y, en especial, la contratación pública. En esta transición hacia el derecho administrativo, el paso más relevante ha sido la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que en muchos aspectos equipara a las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal con las administraciones públicas. Para entender esta transición, en este artículo definiremos el régimen jurídico de las sociedades mercantiles municipales y después señalaremos todas las cuestiones propias del derecho administrativo que han tenido un impacto en la gestión de estas entidades. Nos centraremos, especialmente, en analizar el grado de aplicación de la Ley de contratos del sector público en las sociedades municipales en todas las fases del procedimiento de contratación —preparación, adjudicación, formalización y ejecución—, con la pretensión de aclarar, también desde un punto de vista práctico, los aspectos que no quedan suficientemente claros y que pueden ser objeto de interpretación. Por último, pondremos en contexto el impacto de la Ley de contratos del sector público en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles municipales, así como en el del resto de ámbitos propios del derecho administrativo que también les resultan de aplicación, con el fin de valorar cuál es la situación actual y futura de estas entidades.

**Palabras clave:** sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, entes instrumentales, contratación pública, poders adjudicadors no Administració pública, transició al derecho administrativo, eficiencia, eficacia.

## MUNICIPAL CORPORATIONS: THE TRANSITION TOWARDS ADMINISTRATIVE LAW AND THE IMPACT OF THE LAW 9/2017 ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS

### Abstract

Municipal corporations, despite being private law entities, have suffered in recent years, both due to different regulations and various jurisprudential and doctrinal interpretations, a significant penetration of administrative law in several aspects related to human resources, patrimonial assets, transparency, patrimonial responsibility and, especially, in public procurement. In this transition towards administrative law, the most relevant step was the entry into force of Law 9/2017, of November 8, on public sector contracts which, in many aspects, equates municipal corporations to public administrations. To understand this transition, this study will define the legal regime of municipal corporations, then point out all those issues of administrative law that have had an impact on the management of these entities and will focus, in particular, on analyzing the level of application of the Law on public sector contracts to municipal corporations in all phases of the procurement procedure—preparation, award, formalization and execution—with the aim of clarifying, also from a practical point of view, those aspects that are not clear enough and that may be object of interpretation. Finally, the impact of the Law on public sector contracts on the legal regime of municipal corporations will be put into context, as well as that of the other areas of administrative law that also apply to them, in order to assess what is the current and future situation of these entities.

**Keywords:** municipal corporations, instrumental public sector entities, public procurement, non-administrative contracting authorities, transition administrative law, efficiency, effectiveness.

**Sumari:** 1. El règim jurídic de les societats mercantils municipals i la seva transició cap al dret administratiu; 1.1. Inclusió al sector públic institucional; 1.2. Obligacions de transparència i accés a la informació pública de les societats mercantils municipals; 1.3. El personal laboral de les societats mercantils municipals; 1.4. Responsabilitat patrimonial de les societats mercantils municipals; 1.5. Patrimoni de les societats mercantils municipals; 1.6. Impugnació d'acords socials; 2. La contractació pública en les societats mercantils municipals i l'impacte de la Llei de contractes del sector públic; 2.1. Àmbit subjectiu de la Llei de contractes del sector públic: el concepte de *poder adjudicador no Administració pública*; 2.2. Fase de preparació i adjudicació dels contractes; 2.2.1. Contractes subjectes a regulació harmonitzada; 2.2.2. Contractes no subjectes a regulació harmonitzada; 2.2.3. Règim de prohibicions de contractar; 2.2.4. L'obligatorietat de la mesa de contractació; 2.3. Fase d'execució dels contractes: efectes, compliment i extinció; 2.4. Règim d'invalidesa i d'impugnació dels contractes; 2.4.1. Règim d'invalidesa i d'impugnació de la fase de preparació i adjudicació dels con-

tractes; 2.4.2. Règim d'impugnació de la fase d'execució dels contractes; 3. Reflexions finals; 3.1. Reflexions relatives al grau d'aplicació de la Llei de contractes del sector públic; 3.2. Reflexions relatives a la transició cap al dret administratiu; 4. Referències bibliogràfiques.

## 1. EL RÈGIM JURÍDIC DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS I LA SEVA TRANSICIÓ CAP AL DRET ADMINISTRATIU

Les entitats locals, per a l'exercici de les seves competències, ja sigui en l'establiment d'un servei públic, ja sigui en l'exercici d'una activitat econòmica, poden optar per la constitució d'una societat mercantil municipal, que és una de les formes de gestió directa previstes en l'article 85 de la Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), com també ho són la gestió per la mateixa entitat local, la creació d'un organisme autònom local i la creació d'una entitat pública empresarial local.

Especialment des de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, del 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local (LRSAL), el fet d'optar per la constitució d'una societat mercantil municipal, per damunt de la resta de formes de gestió directa, ha d'estar degudament justificat en el sentit que sigui l'opció més eficient i financerament sostenible, i la corporació local té l'obligació de supervisar la societat, un cop constituïda, per tal que aquests motius que en justifiquen la creació subsisteixin en tot moment, d'acord amb l'article 81.2 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP).

A partir d'aquí, l'article 85 ter LBRL defineix el règim general de les societats municipals i és el punt de partida per a situar-ne, breument, l'organització, el funcionament i els possibles tipus i formes. D'entrada, en la seva escriptura de constitució hi ha de constar el capital aportat per les administracions públiques o per les entitats del sector públic dependents d'aquestes a les quals correspongui la seva titularitat, i aquesta qüestió és la que permet classificar les societats mercantils entre societats de capital íntegrament públic i societats d'economia mixta, en les quals una part del capital és del sector públic i una altra part és del sector privat. Aquesta classificació encara inclou dues classificacions internes, ja que cal distingir entre les societats de capital íntegrament públic en què tot el capital és de l'ajuntament —capital íntegrament municipal—<sup>3</sup> i les societats de capital íntegrament públic en què el capital pertany a diferents entitats del sector públic. I, pel que fa a les societats d'economia mixta, es pot distingir entre les societats de capital social majoritàriament públic i les societats de capital majoritàriament privat.

Pel que fa a la seva organització i el seu funcionament, l'article 85 ter.3 LBRL estableix que les societats mercantils municipals han d'adoptar algunes de les formes previstes en el Reial decret legislatiu 1/2010, del 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital (TRLSC), principalment la de societat anònima o la de societat de responsabilitat

3. Aquest article, malgrat que una part de les qüestions que tracta són d'aplicació a totes les formes de societats mercantils locals, pretén centrar-se en les societats de capital íntegrament municipal.

limitada, i que els seus estatuts han de determinar la forma de designació i funcionament de la junta general i del consell d'administració, així com els màxims òrgans de direcció de la societat. Per tant, més enllà de les diverses possibilitats d'organització que preveu el TRLSC (administrador únic, diversos administradors que actuen de manera conjunta o de manera solidària, o consell d'administració), en el marc de les societats mercantils municipals la regulació aplicable és més específica i fixa un punt de partida més limitat amb l'existència obligatòria d'un consell d'administració. Aquesta regulació de la LBRL té caràcter bàsic<sup>4</sup> i desplaça la regulació continguda en el Reial decret legislatiu 781/1986, del 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, en el Reglament de serveis de les corporacions locals, en el Decret 179/1995 (RSCL), del 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, i en el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (ROAS), que estableix qüestions més específiques, com ara l'assumpció obligatòria per part del ple municipal de les funcions de la junta general o l'existència necessària de gerència. Ara, per tant, existeix llibertat estatutària en aquestes qüestions, malgrat que l'organització bàsica habitual en les societats mercantils municipals segueix sent la que inclou la junta general, el consell d'administració (amb el conseller delegat) i la gerència com a òrgans de govern.

Finalment, l'article 85 ter LBRL estableix que el règim jurídic aplicable a les societats mercantils municipals és el previst en l'ordenament jurídic privat, excepte en determinades especialitats de dret públic. Ara bé, la situació actual de les societats mercantils municipals es podria descriure pràcticament al revés, de tal manera que, en la majoria de casos, el règim jurídic aplicable és el del dret públic i l'aplicació del dret privat es produeix en situacions excepcionals. Això és degut que, en els últims anys, s'ha produït un procés d'administrativització del règim jurídic de les societats municipals que ha afectat pràcticament tots els seus àmbits.

Per a posar en context la situació actual, cal entendre que moltes vegades les entitats locals van constituir societats mercantils municipals perquè, pel fet que es regien principalment per l'ordenament jurídic privat, oferien una major eficàcia en la gestió que beneficiava l'interès general. Aquesta pràctica s'ha qualificat com una utilització tàctica de l'ordenament jurídic privat.<sup>5</sup> Aquesta situació, però, en alguns casos podia generar pràctiques qüestionables en àmbits com, per exemple, l'accés del personal, l'alienació de patrimoni o la contractació pública, tenint en compte que les societats municipals es creen per satisfer interessos generals i gestionar recursos públics. La pretensió de corregir aquestes situacions ha implicat que tant la normativa com les interpretacions jurisprudencials i doctrinals del seu règim jurídic i la seva activitat s'hagin anat administrativitzant.

A continuació exposarem breument algunes qüestions que, en diversos àmbits, s'apliquen a les societats mercantils municipals i il·lustren que el règim jurídic actual d'aquestes entitats es troba molt afectat pel dret públic.

4. Ballina (2015:98)

5. Rivero (1978).

## 1.1. INCLUSIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC INSTITUCIONAL

Malgrat que la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP), i la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, no preveuen una regulació específica de les societats mercantils municipals, sí que les mencionen i les inclouen, en part, en el seu àmbit subjectiu.

Concretament, els articles 2.2*b* d'ambdues normatives estableixen que les societats mercantils municipals formen part del sector públic institucional i, per tant, ja les situen automàticament dins de l'àmbit d'aplicació de molta normativa de dret públic, preveient la possibilitat que exercixin potestats administratives,<sup>6</sup> casos en què els seran d'aplicació directa les mateixes LRJSP i LPACAP.

El concepte de *sector públic institucional* i la seva distinció de les administracions públiques és una novetat que introdueixen la LRJSP i la LPACAP que no es preveia en l'anterior Llei 30/1992, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i que ha servit per a situar millor l'àmbit d'aplicació a les societats municipals de les mateixes LRJSP i LPACAP i de la resta de legislació del sector públic.

## 1.2. OBLIGACIONS DE TRANSPARÈNCIA I ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS

Les societats mercantils municipals tenen obligacions de transparència i d'accés a la informació pública. D'entrada, han de mantenir una publicitat activa dels òrgans i membres que els conformen, d'acord amb la disposició addicional dotzena LBRL —introduïda per la LRSAL.

Però, més enllà de l'apunt anterior, el més rellevant és que les societats mercantils municipals estan incloses en l'àmbit d'aplicació de la legislació, tant l'estatal com la catalana, de transparència i accés a la informació pública i, per tant, es troben totalment assimilades a les administracions públiques en aquest àmbit.

Tot i així, és interessant destacar un límit al dret d'accés que es pot aplicar en aquells casos en què una societat mercantil de capital íntegrament municipal exerceix una activitat econòmica i de mercat —no en règim de monopoli—. En aquests casos, es pot denegar una sol·licitud d'accés a informació pública que pretengui accedir a informació confidencial per a la competència i per a l'activitat econòmica desenvolupada, en aplicació de l'article 14.1*b* de la Llei estatal, 19/2013, del 9 de desembre, que regula el límit relatiu als interessos econòmics i

---

6. Que les societats, atès que són entitats de dret privat, puguin exercir potestats administratives és un dels casos més clars d'administrativització del seu règim. Per a Chinchilla Marín (2017: 26) això és anòmal i paradoxal, i Flores (2022: 604-605) matisa així el concepte de potestat administrativa que aquí utilitza el legislador:

No puede referirse a aquellas potestades exorbitantes que implican decisiones unilaterales que inciden negativamente en la esfera de los ciudadanos porque se vinculan necesariamente con el ejercicio de autoridad y, por tanto, excluidas de la utilización por las sociedades mercantiles.

comercials. Ara bé, l'aplicació d'aquest límit no és en cap cas automàtica, sinó que ha d'estar correctament justificada la possible afectació dels interessos comercials de la societat, de manera que hi ha resolucions en sentits oposats en funció de cada cas concret, tant del Consell de Transparència i Bon Govern estatal (CTBG) com de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP).<sup>7</sup>

### 1.3. EL PERSONAL LABORAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS

El Reial decret legislatiu 5/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (TREBEP), no inclou en el seu àmbit d'aplicació, previst en l'article 2, el personal laboral de les societats mercantils municipals, malgrat que sí que hi inclou, per exemple, el personal de les universitats públiques o de les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents d'administracions públiques.

De tota manera, la disposició addicional primera del TREBEP preveu que els articles 52, 53, 54, 55 i 59 d'aquesta norma són d'aplicació a les entitats del sector públic, autonòmic i local, que no estiguin incloses en l'article 2 TREBEP. Així, considerant que les societats mercantils de capital íntegrament municipal formen part del sector públic local, d'acord amb el que estableix l'article 2 LRJSP, els són d'aplicació els articles esmentats. Aquests articles fan referència als deures dels empleats públics, als principis ètics, als principis de conducta, als principis rectors de l'accés a la funció pública i a la reserva de llocs per a persones amb discapacitat en les ofertes d'ocupació. El més destacable és que les societats municipals han de seleccionar el seu personal mitjançant procediments que garanteixin tots els principis constitucionals d'accés a la funció pública.

Aquesta regulació ja suposa una aproximació molt important al règim d'accés a les administracions públiques que ha portat, per exemple, a la interpretació jurisprudencial que a les societats de capital públic també els és d'aplicació la figura del treballador indefinit no fix,<sup>8</sup> pròpia del dret públic, almenys en els casos de relacions laborals temporals il·lícites posteriors a l'entrada en vigor de la Llei 7/2007, del 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP).<sup>9</sup>

7. Resolucions que no consideren aplicable el límit dels interessos econòmics i comercials en casos d'empreses públiques: Resolució 105/2015, del 9 de juliol de 2015, del CTBG; Resolució 203/2015, del 24 de setembre de 2015, del CTBG; Resolució 0938/2023, del 19 d'octubre, de la GAIP.

Resolucions que consideren aplicable el límit dels interessos econòmics i comercials en casos d'empreses públiques: Resolució 929/2021, de l'11 de maig de 2022, del CTBG; Resolució 541/2020, del 8 d'octubre, de la GAIP.

8. La Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 18 de juny de 2020 (rec. 2811/2018; rec. 1911/2018) va resultar definitiva per a determinar l'aplicació de la doctrina del treballador indefinit no fix —treballador esdevingut indefinit per una sentència judicial que reconeixia una contractació temporal il·lícita, però que no ha superat un procés selectiu d'accés a la funció pública— a les societats mercantils municipals.

9. Sobre aquest aspecte, la STS del 27 de juny de 2022 (rec. 546/2019) va determinar que la condició d'indefinit no fix no és extensible a una relació temporal il·lícita d'una empresa pública iniciada el maig del

A banda del TREBEP, les lleis de pressupostos generals de l'Estat (LPGE),<sup>10</sup> d'acord amb l'establert en l'article 81.1 LRJSP, tenen en compte les societats mercantils municipals en l'establiment de les taxes de reposició d'efectius, per a les quals estableixen les mateixes limitacions d'incorporació de personal que per a les administracions públiques i també les assimilen en qüestions com la jornada o els increments en les retribucions.

A més d'això anterior, la recent Llei 20/2021, del 28 de desembre, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública, preveu en la seva disposició addicional setena que els preceptes que conté aquesta llei relatius als processos d'estabilització són aplicables a les societats mercantils públiques, sens perjudici de l'adequació, si escau, a la seva normativa específica.<sup>11</sup>

Aquesta llei obliga a uns procediments concrets per a la selecció del personal en què, per exemple, per a les convocatòries de concurs oposició cal que el 60% de la puntuació resulti de la fase d'oposició i el 40% restant, de la fase de concurs de mèrits. Aquests percentatges són d'obligat compliment i, per tant, desplacen els procediments interns o pactats en un conveni col·lectiu de determinades societats que prevegin formes d'accés diferents, fins i tot més laxes, dins del marge del respecte dels ja esmentats principis de publicitat, transparència, imparcialitat i lliure concurrència de l'article 55 TREBEP. A banda d'aquestes exigències per als processos selectius, la Llei 20/2021, igual que la LPGE, també preveu que les societats municipals haurien d'aprovar i publicar un anunci d'oferta pública d'ocupació, malgrat que és un instrument d'ordenació propi de la funció pública.

En definitiva, queda clar que, pel que fa a l'accés del personal, el règim jurídic actual de les societats mercantils municipals s'assimila molt al de l'Administració pública. Ara bé, malgrat aquest règim jurídic de dret públic, per al control dels procediments de selecció de personal té competència la jurisdicció social, ja que, tot i que el procediment es regeix pels principis del TREBEP, els actes que es dicten en els procediments afecten el dret laboral i estan subjectes a la seva jurisdicció. Així ho va establir el Tribunal Suprem en la Sentència 864/2007, del 7 de febrer de 2007 (Rec. 2770/2000).<sup>12</sup> Aquesta situació genera la incongru-

---

2003, és a dir, abans de l'entrada en vigor de l'EBEP del 2007, i va establir que no pot exigir-se el compliment dels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat si les relacions laborals es regien, en aquell moment, exclusivament pel dret privat.

10. La LPGE actualment vigent és la Llei 31/2022, del 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2023, que regula la contractació de personal de les societats mercantils públiques i les situa dins del sector públic mitjançant l'article 19.1f i les equipara amb les administracions públiques per a les regles d'articulació de l'oferta pública d'ocupació mitjançant la disposició addicional vint-i-unena.

11. Beltran de Heredia (2022).

12. STS 864/2007, del 7 de febrer de 2007:

[...] configurándose la demandada como una entidad sometida al derecho privado, aún cuando en los sistemas de selección de personal haya de ajustarse a los principios de mérito y capacidad por su función híbrida de ente público y sociedad privada, en relación con la competencia judicial para conocer de las cuestiones laborales que puedan surgir en la misma, se ha entendido que están sujetas al régimen laboral común y por ello a la competencia del orden jurisdiccional social.



ència que tribunals de la jurisdicció social han de jutjar procediments selectius propis de l'Administració pública i qüestions pròpies de l'accés a la funció pública, ja que, malgrat que la contractació és d'àmbit laboral, les societats mercantils municipals s'acaben assimilant molt, com hem vist, a les administracions públiques pel que fa a l'accés del seu personal. En aquest sentit, resulta interessant la reflexió doctrinal que caldria regular aquesta qüestió de manera que es permetés que la jurisdicció fos dels tribunals de la jurisdicció contenciosa administrativa,<sup>13</sup> assimilant aquest àmbit al de la contractació pública. Al meu entendre, aquesta reflexió és totalment encertada tenint en compte que el règim actual d'accés del personal a les societats municipals és assimilable al de l'Administració pública. No té sentit que la via per a recórrer, per exemple, un anunci d'oferta pública d'ocupació o un procés selectiu de concurs oposició que es regeixi per la Llei 20/2021 sigui la jurisdicció social, ja que aquestes qüestions són pròpies del dret administratiu. I és per això que, seguint el règim actual establert per a la contractació pública, caldria distingir entre un conflicte originat en la fase d'accés i selecció de personal —molt assimilada al dret administratiu— d'un de generat en la fase posterior a la contractació del personal laboral, que ja es regeix per la normativa laboral bàsica i on sí que té sentit que sigui competent la jurisdicció social.

En un sentit similar, la no inclusió de les societats mercantils de capital íntegrament municipal en l'àmbit d'aplicació ja de l'anterior EBEP del 2007 i, posteriorment, de l'actual TREBEP, també es pot considerar un error o una oportunitat perduda, tenint en compte que l'informe elaborat per la Comissió per a l'estudi i la preparació de l'EBEP preveia la possibilitat d'incloure en el seu àmbit d'aplicació les societats municipals creades per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, que depenguin de l'Administració matriu i finançades majoritàriament amb fons públics, i fixava, novament, un àmbit d'aplicació similar al que avui marca la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP) en l'àmbit de la contractació pública.<sup>14</sup> Des del meu punt de vista, tenint en compte les incongruències del règim actual, aquesta hauria estat una bona solució que hauria aportat seguretat jurídica i hauria simplificat l'aplicació d'una normativa que actualment genera molts dubtes interpretatius.

Finalment, cal fer un apunt també sobre el règim del personal directiu de les societats municipals. Com que en les societats les contractacions són d'àmbit laboral, per a les relacions contractuals dels directius s'ha de seguir el que disposa el Reial decret 1382/1985, de l'1

13. Ballina (2015: 246): «Si se quiere reforzar la objetividad, independencia e imparcialidad de los trabajadores de las sociedades públicas, además de establecer una regulación específica para su protección frente al poder político, es importante que el control de los actos de las sociedades, al menos en cuanto a la selección del personal, se realice por una jurisdicción especializada como es la contenciosa, que supone la garantía última del cumplimiento de las normas públicas. Sobre estas premisas para la atribución de competencia a los tribunales contenciosos entenderíamos necesario un pronunciamiento legal expreso, al estilo del efectuado en TRLCSP, en relación con los contratos SARA de los poderes adjudicadores, para atribuir competencia a los tribunales de lo contencioso-administrativo en esta materia. El orden contencioso supone una importante garantía de control de la correcta aplicación de la normativa pública. Existiendo una regulación material de Derecho Público debe atribuirse expresamente la competencia a los jueces y tribunales contenciosos para su control».

14. Ballina (2015: 237).

d'agost, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció, i, per tant, els directius han de tenir contractes d'alta direcció. Ara bé, pel que fa a les retribucions, es torna a aplicar la disposició addicional dotzena LBRL, que es refereix als contractes mercantils i laborals d'alta direcció de les societats, organismes i fundacions que conformen el sector públic local. Aquesta disposició estableix un règim retribucions que les classifica en bàsiques i complementàries, que és una estructura pròpia del dret públic i que limita l'autonomia de la voluntat de les parts. Per tant, la LRSAL, que és la llei que ha introduït aquesta qüestió en la LBRL, ha utilitzat aquesta regulació de dret públic per a controlar i limitar el règim retributiu dels directius locals i, a més, ha afegit l'obligatorietat de publicar la composició dels òrgans de les societats, el seu personal directiu, la seva experiència professional i les seves retribucions, complementant les obligacions de transparència ja exposades. Per tant, en el seu conjunt, aquestes mesures pretenen controlar i evitar abusos en la gestió dels recursos públics, però no deixen d'implicar també una penetració del dret administratiu en les societats mercantils municipals. Pel que fa a la selecció del personal directiu, malgrat que no és d'aplicació a les societats municipals l'article 13 TREBEP, que estableix que el personal directiu s'ha de designar respectant els principis de mèrit, capacitat, idoneïtat, publicitat i concurrència, tenint en compte la normativa pública genèrica que afecta les societats per a la selecció del personal i l'aplicació de l'article 15 TREBEP a aquestes entitats resulta convenient, des del meu punt de vista, que la confiança no sigui l'únic element per a la selecció d'aquest personal i que també es respectin els principis ja esmentats d'accés a la funció pública per a la seva selecció.

#### 1.4. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS

En l'àmbit de la responsabilitat patrimonial de les societats mercantils municipals també hi ha hagut una penetració important del dret administratiu. Abans de l'entrada en vigor de la LRJSP, l'article 144 de la Llei 30/1992, del 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, definia la responsabilitat de dret privat, però es referia únicament a les administracions públiques i establia que, encara que actuessin en relacions de dret privat, havien de respondre via responsabilitat patrimonial de l'Administració. Aquest article, per tant, no afectava les societats municipals, que, en tot cas, havien de respondre via responsabilitat extracontractual civil de l'article 1902 del Codi civil.

Ara bé, actualment la LRJSP preveu la responsabilitat de dret privat en el seu article 35 i n'ha modificat el contingut establint que l'actuació a través d'una entitat de dret privat també donarà lloc al procediment de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, definit en els articles 32 i següents de la mateixa LRJSP. Fins i tot preveu la possibilitat que la responsabilitat s'exigeixi directament a l'entitat de dret privat. I, en conseqüència, permet que les societats mercantils municipals responguin via responsabilitat patrimonial de l'Administració.

Davant d'aquesta situació, es pot entendre que les societats municipals han de tramitar un procediment propi del dret administratiu per a declarar o no la seva responsabilitat i que es

pot demandar directament les societats municipals en la jurisdicció contenciosa administrativa per a reclamar la seva responsabilitat, entenent que la LRJSP ha volgut establir que la forma jurídica del causant —pública o privada— no altera el règim de responsabilitat patrimonial (Flores, 2022: 597).<sup>15</sup> Tenint en compte que l'article 35 LRJSP estableix de manera clara que, efectivament, es pot reclamar contra la societat i, a més, no fa una distinció entre servei públic i la resta d'activitats, alguns autors, optant per una interpretació literal de l'article 35 LRJSP, estableixen que el règim de responsabilitat de les societats mercantils municipals ara és públic, perquè, a més, els articles 2.2*b* LPACAP i LRJSP han introduït el nou concepte de *sector públic institucional*, en el qual han inclòs també les societats mercantils de capital públic, i preveuen la possibilitat que exerceixin potestats administratives. En definitiva, interpreten que aquestes entitats han de respondre per la via administrativa en tots els casos i han de ser demandades davant la jurisdicció contenciosa administrativa.<sup>16</sup>

Des del meu punt de vista, aquesta realitat té un impacte important en el règim jurídic de les societats mercantils municipals i, a més, xoca amb l'article 2 de la Llei 29/1998, del 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA), que preveu que l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu és competent en qüestions derivades de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, sense estendre-ho a societats mercantils públiques. Per tant, s'entenia que una societat mercantil municipal no tenia legitimació passiva per a la jurisdicció contenciosa administrativa en aquestes qüestions. Aquesta situació també es produeix, com s'exposarà de manera detallada, en l'àmbit de la contractació pública i, al meu entendre, la legitimació activa i passiva que preveu la LJCA per a les administracions públiques actualment es podria considerar ampliada a tot el sector públic, incloent-hi les entitats de dret privat, ja que el seu redactat literal ha quedat obsolet davant del procés d'administrativització de les societats en aquestes matèries.

### 1.5. PATRIMONI DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS

En aquest àmbit, primer cal fer un apunt sobre les accions de les societats mercantils municipals. Aquestes accions formen part dels béns patrimonials de l'administració matriu, és a dir, de l'ajuntament, tal com estableix l'article 7.2 de la Llei 33/2003, del 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques (LPAP), en relació amb les societats mercan-

15. Flores Domínguez (2022: 551-619), en tractar aquesta qüestió, també exposa una línia doctrinal per la qual es podria interpretar que només és d'aplicació l'article 35 LRJSP quan el dany s'hagi produït en la prestació d'un servei públic:

Con esta línea podríamos sostener que únicamente cuando los daños son provocados por el funcionamiento de los servicios públicos, con independencia de la forma jurídica que se utilice, estaríamos en presencia de la responsabilidad administrativa, contando con la dificultad que supone aquilatar un concepto de servicio público.

16. Fuentes Gasó (2019) i Velasco Caballero (2016).

tils estatals, però és extensible a les municipals. Des d'aquesta premissa, l'article 30.3 LPAP estableix la inembargabilitat de les accions de societats estatals que executin polítiques públiques o prestin serveis d'interès econòmic general. El règim d'inembargabilitat de les accions de les societats prestadores de serveis públics ja l'havia establert anteriorment la STC 166/1998, del 15 de juliol, i és plenament aplicable a les societats municipals.

Pel que fa als béns immobles de les societats mercantils locals, la normativa patrimonial —la LPAP i el Decret 336/1988, del 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL)— no hi fa referència i, per tant, resulta molt complicat definir el règim del patrimoni de les societats municipals i la seva gestió. Sembla clar, però, que els béns patrimonials de les societats mercantils municipals es consideren patrimoni públic. Així mateix, l'article 209.1.3 del Reial decret legislatiu 2/2004, del 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, inclou la gestió patrimonial de les societats mercantils de capital íntegrament municipal com a contingut del compte general de l'ajuntament. I, a més, la consideració de patrimoni públic del patrimoni de les societats mercantils municipals es desprèn de la mateixa raó de la seva creació, que és la satisfacció d'interessos generals i que implica que el seu caràcter sigui públic i les seves regles siguin diferents de les de les societats privades.<sup>17</sup>

Malgrat la consideració dels béns patrimonials de les societats mercantils municipals com a patrimoni públic, en principi, des del punt de vista de l'anàlisi literal de la normativa, la seva gestió es regeix pel dret privat, ja que aquestes entitats no entren en l'àmbit d'aplicació de la LPAP i el RPEL. Ara bé, la consideració literal que els contractes patrimonials de les societats mercantils públiques s'han de regir exclusivament pel dret privat i, per tant, poden, per exemple, alienar patrimoni amb l'exclusiva aplicació del dret civil i mercantil, ja ha estat desmentida doctrinalment. Resulta evident que les societats mercantils públiques s'han de regir, encara que no siguin d'aplicació directa, pels principis bàsics del RPEL i la LPAP per a la gestió del seu patrimoni i, supletòriament, per la LCSP en qüestions procedimentals. En primer lloc perquè, com ja s'ha exposat, el seu patrimoni és públic; en segon lloc, perquè la LCSP s'aplica a aquestes entitats i aquesta llei es refereix als contractes patrimonials encara que sigui per a excloure'ls del seu àmbit d'aplicació, i, finalment, perquè, com també s'ha exposat, les societats de capital públic es creen per a la satisfacció d'interessos generals i no se'ls pot aplicar únicament el dret privat.

En aquest sentit, per a un supòsit d'alienació d'un bé patrimonial d'una societat mercantil municipal s'entén que caldria, almenys:<sup>18</sup>

- Complir amb les regles bàsiques de publicitat per a l'existència de concurrència i, per tant, no alienar de manera directa.

17. El Tribunal Suprem, en la reunió del Ple no Jurisdiccional de la Sala Segona del 25 de maig de 2017, va establir el següent en relació amb el patrimoni de les societats de capital públic: «Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras administraciones u organismos públicos, deben tener la consideración de patrimonio público».

18. González (2018).

- Efectuar una valoració jurídica de l'operació.
- Fer una taxació del bé patrimonial.
- Establir unes normes bàsiques del procediment d'adjudicació, amb opcions com ara la subhasta o el concurs, especificant els criteris específics de valoració de les ofertes.

En definitiva, amb més o menys intensitat, aquests serien els mínims procedimentals i, per tant, el que caldria és, malgrat ser fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa patrimonial de dret públic, complir amb els principis de bona administració, publicitat i lliure concurrència. Aquest règim ens porta a concloure que, inevitablement, malgrat que amb una regulació molt menys clara que en altres àmbits, en l'àmbit patrimonial també hi ha una penetració del dret administratiu en la gestió de les societats mercantils municipals.

#### 1.6. IMPUGNACIÓ D'ACORDS SOCIALS

La composició de la junta general de les societats de capital íntegrament municipal és assumida per un òrgan, generalment col·legiat, de l'ajuntament (soci únic), ja sigui el ple,<sup>19</sup> ja sigui la junta de govern local, i el seu funcionament es regeix per les normes pròpies d'aquest òrgan col·legiat local, ja que es tracta de dos òrgans diferents. Aquest fet implica que la composició i el funcionament de la junta i, per tant, la formació de la voluntat de les societats mercantils de capital íntegrament local per part d'aquest òrgan, es regeixen per normativa d'àmbit administratiu. Aquesta premissa, juntament amb els diversos àmbits de penetració del dret administratiu comentats, implica una certa confusió quant a la competència jurisdiccional per a la impugnació dels acords socials. En aquest sentit, ha acabat imperant el règim de la doble jurisdicció i dels actes separables, malgrat que és un règim propi del dret administratiu. El detall d'aquest règim de la doble jurisdicció és que, sobre els acords adoptats per la societat, com a regla general la competència és de la jurisdicció civil; en canvi, la jurisdicció contenciosa administrativa té competència en els casos següents:<sup>20</sup>

- Quan la societat exerceixi la gestió d'un servei públic i l'acord sigui sobre aquest exercici.

19. Convé recordar que l'article 85.ter LBRL ha desplaçat la regulació de l'RSCL i el ROAS que establia l'obligatorietat que la junta general l'assumís el ple, i cal considerar que actualment hi ha llibertat estatutària per a establir la composició de la junta. Basant-se en això, ja s'ha establert doctrinalment que no existeix una reserva a favor dels funcionaris de l'Administració local amb habilitació nacional, de les funcions que desenvolupa el secretari de la junta general d'una societat mercantil (Díez, 2022). Flores (2022: 592) considera que, atès que actualment hi ha llibertat estatutària, ja no s'ha d'entendre que el funcionament de la junta general es regeix per normativa d'àmbit administratiu.

20. Ballina (2015: 326-351).

- Quan es tracti d'actes separables, en matèria de contractació pública, en els casos de responsabilitat patrimonial —d'acord amb una interpretació literal de l'article 35 LRJSP— i en els casos d'accés a la informació societària afectada per la legislació de transparència.
- En els actes de formació de la voluntat de la junta general de la societat (però no en el cas dels acords del consell d'administració).

A banda d'aquesta distinció entre la competència de la jurisdicció civil i la de la jurisdicció contenciosa administrativa, també cal destacar que la jurisdicció social té competència en els acords socials que afectin els drets dels treballadors i en les controvèrsies derivades dels procediments de selecció de personal, que, tot i que es regeixen pels principis del TREBEP, afecten el dret laboral, malgrat que això, en alguns casos, pot resultar incongruent.<sup>21</sup>

Finalment, cal afegir a tots els àmbits apuntats el que probablement ha afectat en més mesura el règim jurídic i l'activitat de les societats mercantils de capital íntegrament municipal: el de la contractació pública. És per això que resulta convenient definir amb exactitud quin és actualment el règim aplicable a totes les fases dels procediments de contractació de les societats mercantils municipals.

## 2. LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA EN LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS I L'IMPACTE DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Per a entendre l'impacte de la LCSP en les societats mercantils de capital íntegrament municipal cal situar, breument, quin ha estat el grau d'aplicació a aquestes entitats de les lleis de contractes anteriors, des de la Llei 13/1995, del 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (LCAP), fins al règim actual. La LCAP únicament establí que en les societats mercantils de capital majoritàriament públic s'aplicaven els principis de publicitat i concurrència a la seva activitat contractual. A la pràctica, existia la possibilitat d'escollir lliurement els contractistes sempre que es pogués justificar que hi havia hagut concurrència i publicitat, i, per tant, imperava un règim considerablement allunyat del dret administratiu.

A partir d'aquí, les posteriors Llei 30/2007, del 30 d'octubre, de contractes del sector públic, i el Reial decret legislatiu 3/2011, del 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, ja van començar a aplicar el règim administratiu a les societats municipals, però mantenien una regulació poc clara i, a més, permetien l'aprovació d'instruccions internes de contractació per als contractes no subjectes a regulació harmonitzada, que aprovava la mateixa societat municipal i les quals regien les seves contractacions.

21. Vegeu les notes 14 i 15.

Calia, això sí, que aquestes instruccions respectessin els principis de publicitat, concurrència, transparència, igualtat i no discriminació.

Finalment, en la línia del que ja determinava la normativa comunitària, la LCSP va definir una regulació que va comportar l'administrativització del règim jurídic de les societats mercantils de capital íntegrament municipal i, a la vegada, va aportar seguretat jurídica, ja que va clarificar molt més el seu règim aplicable i va eliminar aquestes instruccions internes de contractació.

## 2.1. ÀMBIT SUBJECTIU DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC: EL CONCEPTE DE PODER ADJUDICADOR NO ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

L'àmbit subjectiu de la LCSP defineix tres categories d'ens als quals és aplicable la Llei de major a menor mesura: en un primer nivell d'aplicació, els poders adjudicadors que tenen la consideració d'Administració pública; en un segon nivell, els poders adjudicadors que no tenen la consideració d'Administració pública; en un tercer nivell, els ens del sector públic que no tenen el caràcter de poder adjudicador.

Les societats mercantils municipals, d'acord amb l'establert en la LRJSP i la LPACAP, són entitats del sector públic que no són Administració pública. Per tant, és evident: primer, que la LCSP els és d'aplicació; segon, que no formen part del primer nivell d'aplicació, previst per a les entitats que tenen la consideració d'Administració pública.

A partir d'aquí, cal determinar si les societats municipals són o no un poder adjudicador. El concepte de *poder adjudicador* prové de la normativa comunitària, i la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, sobre la contractació pública, estableix que són poder adjudicador, per una banda, les administracions públiques i, per l'altra, els organismes de dret públic que compleixin aquestes tres característiques bàsiques que són acumulatives: la primera és que tinguin personalitat jurídica pròpia; la segona, que siguin organismes creats per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter mercantil o industrial; i la tercera, que estiguin finançats majoritàriament per un altre poder adjudicador o bé tinguin un òrgan d'administració nomenat en més de la meitat dels membres per un altre poder adjudicador o que estigui tutelat per aquest. La LCSP, seguint la normativa comunitària que transposa, fa una descripció pràcticament idèntica d'aquests requisits en la seva definició del concepte de *poder adjudicador*.

Pel que fa a la previsió, com a requisit, que les entitats no tinguin caràcter industrial o mercantil, ha generat dubtes i interpretacions en els casos de societats que, malgrat ser de capital íntegrament municipal, poden tenir aquest caràcter industrial o mercantil perquè duen a terme activitats econòmiques de mercat.<sup>22</sup> En aquest sentit, però, la major part de la ju-

22. Convé aclarir que una societat mercantil pública, encara que dugui a terme una activitat econòmica, no s'ha de considerar que té caràcter mercantil si aquesta activitat consisteix en la prestació d'un servei públic d'interès general en règim de monopoli —no de mercat—. Vegeu Valencillo (2013).

risprudència no ha optat per una interpretació literal d'aquesta previsió i ha determinat que, encara que una societat competeixi en el mercat, és un poder adjudicador si els seus fins són d'interès general.<sup>23</sup> Evidentment, però, en aquests casos la qüestió no és plenament pacífica i hi ha alguna interpretació que opta per aplicar la literalitat de la norma.<sup>24</sup>

Tenint en compte tot això anterior, per a l'anàlisi del grau d'aplicació de la LCSP a les societats mercantils municipals cal entendre que són poders adjudicadors que no tenen la consideració d'Administració pública.

## 2.2. FASE DE PREPARACIÓ I ADJUDICACIÓ DELS CONTRACTES

### 2.2.1. *Contractes subjectes a regulació harmonitzada*

Quant a la fase de preparació i adjudicació dels contractes de les societats mercantils municipals, pel que fa als contractes subjectes a regulació harmonitzada, que són els d'un valor estimat igual o superior a 5.538.000 euros en obres, concessió d'obres i concessió de serveis, i de 221.000 euros en serveis i subministraments, el règim de les societats municipals és el previst en l'article 317 LCSP, que remet plenament els poders adjudicadors no Administració pública a les normes aplicables a les administracions públiques quant a la preparació i l'adjudicació d'aquests contractes. Per tant, per a aquests casos, la LCSP estableix una equiparació total entre administracions públiques i societats municipals.

### 2.2.2. *Contractes no subjectes a regulació harmonitzada*

Quant a la fase de preparació i adjudicació dels contractes no subjectes a regulació harmonitzada, la LCSP no fa una equiparació tan clara dels poders adjudicadors no Administració pública amb el règim administratiu i per això la qüestió ha estat objecte de diverses interpretacions. Cal distingir, a més, els contractes d'adjudicació directa, regulats en l'article 318*b* LCSP —amb un valor estimat inferior a 15.000 euros en serveis i subministraments i 40.000 euros en obres, concessió d'obres i concessió de serveis—, i els contractes d'un valor estimat superior a aquests imports, regulats en l'article 318*a* LCSP.

Els contractes d'adjudicació directa, previstos en l'article 318*b* LCSP, són equiparables amb els contractes menors pel règim de les administracions públiques, regulats, principalment, en l'article 118 LCSP. Ara bé, l'article 318*a* LCSP únicament estableix que els poders adjudicadors no Administració pública poden adjudicar directament a qualsevol empresari

---

23. STJUE del 15 de gener de 1998, assumpte C-445 (cas Mannesmann); Circular 1/2008, del 3 de març, de la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó; Resolució 51/2020, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó.

24. Informe 3/2020, del 9 de juny de 2021, de la Comissió Consultiva de Contractació de la Junta d'Andalusia.



amb capacitat d'obrar i l'habilitació professional necessària els contractes amb un valor estimat inferior a 15.000 euros en el cas de serveis i subministraments i de 40.000 euros en obres, concessions d'obres i concessions de serveis. Per tant, malgrat establir els mateixos llindars que per als contractes menors de l'Administració pública, no fa cap remissió a totes les exigències procedimentals de publicitat i de durada que regula la LCSP per al contracte menor. En conseqüència, una interpretació literal de la Llei, podria permetre entendre que les societats mercantils municipals, com a poders adjudicadors no Administració pública, tenen més llibertat a l'hora de tramitar i adjudicar aquests contractes d'adjudicació directa que no pas les administracions públiques amb el contracte menor. Ara bé, tant la Direcció General de Contractació Pública de la Generalitat com l'Advocacia General de l'Estat i la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat coincideixen a dir que els contractes d'adjudicació directa previstos en l'article 318a LCSP es refereixen, conceptualment, als contractes menors que regula l'article 118 LCSP i, per tant, queden sotmesos, amb les especificitats formals que corresponguin, al mateix règim jurídic que el contracte menor, a les seves exigències en relació amb l'expedient (art. 118 LCSP), a la mateixa durada màxima (art. 29.8 LCSP) i a les mateixes exigències de publicitat (art. 63.4 LCSP).<sup>25</sup>

D'altra banda, pel que fa als contractes dels poders adjudicadors no Administració pública que no es poden tramitar per la via de l'adjudicació directa, prevista en l'article 318a LCSP, però que tampoc no es troben subjectes a regulació harmonitzada perquè estan per sota dels llindars del contracte harmonitzat, estan regulats en l'article 318b LCSP, que, pel seu redactat, pot generar dubtes en almenys dues qüestions.

La primera és que l'article 318b LCSP, en remetre els poders adjudicadors no Administració pública al règim general de la Llei per a aquests contractes, només fa referència a la fase d'adjudicació, no a la de preparació. A partir d'aquí, fent una interpretació literal de la norma, algunes entitats amb condició de poder adjudicador no Administració pública van considerar que, de manera potestativa, podien mantenir unes instruccions internes de contractació per a regular qüestions de caràcter intern sobre aquesta fase de preparació dels contractes.

La segona qüestió és que l'article 318b LCSP estableix que els poders adjudicadors no Administració pública poden adjudicar aquests contractes per qualsevol dels procediments previstos en el règim general de la LCSP. Novament, una interpretació literal de la Llei pot donar a entendre que aquesta regulació permetria als poders adjudicadors no Administració pública utilitzar qualsevol procediment d'adjudicació d'entre els previstos en la LCSP, independentment de la quantia màxima de valor estimat que s'estableix per a cadascun d'ells o de qualsevol dels altres requisits que en permeten l'ús.

En relació amb aquestes qüestions, però, cal descartar una interpretació literal de l'article 318b LCSP perquè la Directriu 3/2018 de la Direcció General de Contractació Pública va

25. Es van pronunciar en aquest sentit: la Directriu 3/2018 de la Direcció General de Contractació Pública de la Generalitat, per la qual es fixen els criteris sobre l'aplicació als poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública de la LCSP; l'Informe 2/2018 (R-32/2018) de l'Advocacia General de l'Estat, del 17 de gener de 2018; la recomanació de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat del 28 de febrer de 2018.

interpretar que en la preparació dels contractes, malgrat que no es mencioni específicament en la LCSP, els poders adjudicadors no Administració pública, per coherència amb la voluntat del legislador, han d'aplicar el mateix règim jurídic que les administracions públiques. I, en relació amb la segona qüestió, tant la Directriu 3/2018 de la Direcció General de Contractació Pública, com l'Informe 2/2018 (R-32/2018) de l'Advocacia General de l'Estat, del 17 de gener de 2018, i la Recomanació de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat del 28 de febrer de 2018 van interpretar que, en realitat, la possibilitat dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública d'elegir qualsevol dels procediments d'adjudicació previstos per les administracions públiques ha d'anar acompanyada d'una assumpció íntegra de la totalitat de la regulació aplicable al procediment escollit.

En definitiva, doncs, vistes les disposicions de la LCSP i les interpretacions que se n'han fet, es pot concloure que tota la fase de preparació i adjudicació dels contractes de les societats mercantils de capital íntegrament municipal, tenint en compte que són poders adjudicadors no Administració pública, està equiparada amb el règim administratiu.

A banda de tot això anterior, cal assenyalar dues qüestions molt concretes, pròpies de la fase de preparació i adjudicació dels contractes, que també poden ser objecte d'interpretació en la gestió de la contractació pública de les societats mercantils municipals: el règim de les prohibicions de contractar i l'obligatorietat de constituir meses de contractació.

### *2.2.3. El règim de prohibicions de contractar*

Pel que fa a les prohibicions de contractar, d'entrada cal situar que són un seguit de circumstàncies enumerades a la Llei en les quals es poden trobar empreses licitadores que impliquen la prohibició de contractar i que també són d'aplicació als contractes i les actuacions de les societats mercantils municipals. Els articles 71, 72 i 73 LCSP defineixen tot el règim de prohibicions de contractar, que, a grans trets, poden ser d'aplicació automàtica o poden requerir una declaració prèvia i, pel que fa a l'àmbit d'aplicació, poden afectar tot el sector públic o bé únicament l'òrgan de contractació en qüestió.

A partir d'aquí, una primera qüestió rellevant per a les societats mercantils municipals és que l'article 72.4 LCSP atribueix la competència per a declarar la prohibició de contractar, en els casos en què l'entitat contractant no té el caràcter d'Administració pública, a l'òrgan competent de l'entitat al qual estigui adscrita l'entitat contractant o al que correspongui la seva tutela o control. Per tant, en el cas de les societats mercantils municipals, l'òrgan competent de l'ajuntament seria qui hauria de declarar una prohibició de contractar detectada arran d'una contractació de la societat mercantil municipal. Així ho va interpretar l'Informe 2/2018 (R-32/2018) de l'Advocacia General de l'Estat del 17 de gener de 2018, i, com veurem, no és l'únic cas en què l'ajuntament està involucrat en la contractació pública d'una societat municipal dependent.<sup>26</sup>

26. En l'apartat relatiu al règim d'invalidesa i impugnació del present article s'esmenten els casos del

En segon lloc, una qüestió que també ha estat objecte d'interpretació és com afecta a una societat mercantil municipal una prohibició de contractar específica de l'ens matriu —en aquest cas, l'ajuntament— com la relativa als supòsits d'incompatibilitat prevista en l'article 71.1g LCSP. En aquests casos, s'ha interpretat que si algun empleat públic o, per exemple, un regidor tingués una prohibició per a contractar amb l'ajuntament, aquesta prohibició s'hauria d'estendre a tots els ens instrumentals vinculats o dependents d'aquest ajuntament, entre els quals hi hauria les societats mercantils municipals. Així ho ha interpretat la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat en els seus informes 62/2009 i 76/2009, i és una qüestió que cal tenir en compte en la fase d'adjudicació de la contractació de les societats municipals.

#### 2.2.4. *L'obligatorietat de la mesa de contractació*

La mesa de contractació és un òrgan d'assistència tècnica especialitzada que, entre altres funcions, té la d'examinar les ofertes i proposar a l'òrgan de contractació el candidat a l'adjudicació del contracte. Aquest òrgan està regulat en l'article 326 LCSP —situat fora de l'àmbit d'aplicació a poders adjudicadors no Administració pública— i es refereix únicament a les administracions públiques. A més, els articles que regulen els contractes dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública no es pronuncien sobre l'obligatorietat que aquests hagin de constituir una mesa de contractació en els seus procediments.

Ara bé, malgrat que fent una interpretació literal de la LCSP<sup>27</sup> es podria entendre que els poders adjudicadors no Administració pública no han de constituir una mesa de contractació en els seus procediments, la Directriu 3/2018 de la Direcció General de Contractació Pública va interpretar que, tenint en compte que els poders adjudicadors que no són Administració pública han d'aplicar els mateixos procediments d'adjudicació que les administracions públiques, es considera que la LCSP, quan fa una remissió a la utilització dels procediments d'adjudicació de les administracions públiques, ho fa a la totalitat del procediment i, per tant, en els procediments en què la constitució de la mesa és obligatòria s'entén que aquesta obligació s'aplica també als poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública.

### 2.3. FASE D'EXECUCIÓ DELS CONTRACTES: EFECTES, COMPLIMENT I EXTINCIÓ

Per a analitzar la fase d'execució, en primer lloc cal situar que l'article 26.1b LCSP estableix que tindran la consideració de contractes privats els que celebrin els poders adju-

---

recurs d'alçada impropï i del règim de revisió per actes nuls o anul·lables, en els quals també és competent per a resoldre l'ajuntament, com a ens matriu.

27. La Recomanació de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat del 28 de febrer de 2018, amb una interpretació literal, considera que en aquests casos la mesa de contractació és facultativa, tot i que, igualment, recomana constituir-la com a garantia d'objectivitat i transparència.

dicadors no Administració pública. Seguidament, el mateix article 26.3 LCSP afegeix que a aquests contractes, quant als seus efectes i la seva extinció, els és aplicable la normativa de dret privat, amb certes excepcions que s'especifiquen en l'article 319 LCSP. Per tant, el punt de partida és que els contractes de les societats mercantils municipals són contractes privats.

Ara bé, aquesta qüestió té certes excepcions, ja que l'article 319 LCSP remet, per a la fase d'execució, a diverses disposicions de la LCSP de règim administratiu que sí que s'apliquen als poders adjudicadors no Administració pública i que són les següents:

- L'article 201 LCSP, que implica que són d'aplicació les normes relatives a les obligacions en matèria mediambiental, social i laboral.
- Els articles 203-205 LCSP, en relació amb el règim de modificació dels contractes, als quals cal afegir la previsió del mateix article 319.1 LCSP, que adapta l'article 191.3*b*, relativa a les modificacions no previstes d'un import igual o superior a sis milions d'euros i superiors al 20% del preu inicial del contracte.
- Els articles 214-217 LCSP, relatius a la cessió i subcontractació.
- Els articles 218-228 LCSP, relatius a la racionalització tècnica de la contractació: acords marc, sistemes dinàmics d'adquisició i sistemes centrals de contractació.
- Els articles 198.4, 210.4 i 243.1 LCSP, sobre les condicions de pagament.

En tots aquests aspectes el legislador imposa una normativa de dret administratiu als contractes de dret privat de les societats mercantils municipals, que aporta seguretat jurídica però n'administrativitza el règim. Per a la resta de qüestions, però, els contractes es regeixen pel dret privat i, per tant, en la fase d'execució s'aplica un règim mixt entre l'administratiu i el privat.

Es produeix una situació similar en el cas de les causes de resolució dels contractes previstes en l'article 211 LCSP. Tot i que aquestes no són aplicables a les societats mercantils municipals, cal indicar les següents excepcions en què sí que s'apliquen:

- Segons l'article 211.1*i* LCSP, relatiu a què és causa de resolució del contracte durant l'execució d'aquest, quan el contractista no pagui els salaris als treballadors adscrits o incompleixi les condicions dels convenis col·lectius.
- En contractes de concessió d'obres o serveis, els articles 279 i 294 LCSP apliquen les mateixes causes de resolució específiques per a aquests contractes que s'apliquen a les administracions públiques, amb l'afegit que el rescat, la supressió o la intervenció de la concessió les ha d'acordar l'ens matriu, és a dir, l'ajuntament.
- Segons el paràgraf segon de l'article 203.2 LCSP, sobre l'aplicació del règim de modificacions, si no és possible modificar el contracte per les causes previstes o imprevistes en les condicions dels articles 204 i 205 LCSP, serà necessari resoldre i celebrar un nou contracte.
- La impossibilitat d'executar la prestació en els termes pactats inicialment, d'acord amb les previsions 319.2 i 26.3 LCSP, pràcticament idèntiques a la de l'article 211.1*g* LCSP per a les administracions públiques.

- L'article 314.2 LCSP, per la remissió prevista en l'article 320 LCSP, preveu els casos en què s'exigeix responsabilitat al contractista per defectes o errors del projecte en contractes de serveis consistents en l'elaboració d'un projecte d'obra. En aquests casos, després d'obrir un termini de dos mesos al contractista per a esmenar l'error, i en cas que aquest persisteixi, es pot optar per resoldre el contracte.

En definitiva, doncs, en la fase d'execució dels contractes de les societats mercantils municipals s'aplica un règim mixt entre el dret públic i el privat. I, per tant, és convenient que en tot allò referent als efectes, el compliment i l'extinció del contracte, les societats mercantils municipals facin una regulació exhaustiva en els plecs de clàusules administratives particulars i regulin amb detalls qüestions com les penalitats, el procediment de les modificacions, la suspensió, l'incompliment parcial o el defectuós i les causes de resolució. Aquesta regulació permet dotar la relació contractual de major seguretat jurídica i es pot incorporar en virtut del principi de llibertat de pactes previst en els articles 1225 del Codi civil espanyol i 34 LCSP, sense que això alteri el caràcter privat d'aquests contractes.

## 2.4. RÈGIM D'INVALIDESA I D'IMPUGNACIÓ DELS CONTRACTES

### 2.4.1. Règim d'invalidesa i d'impugnació de la fase de preparació i adjudicació dels contractes

La LCSP equipara la posició dels poders adjudicadors no Administració pública amb la de les administracions públiques en relació amb els supòsits d'invalidesa i les causes de nul·litat i anul·labilitat, ja que els són d'aplicació els articles 38, 39 i 40 LCSP, que es refereixen als poders adjudicadors en general. Evidentment, això implica, de nou, una important penetració del dret administratiu en el règim jurídic de les societats de capital íntegrament municipal.

Cal entendre, però, que totes les causes de nul·litat i anul·labilitat que implicarien la invalidesa dels contractes són pròpies de la fase de preparació i adjudicació, tal com estableix l'article 38b LCSP, i és per això que s'apliquen a tots els poders adjudicadors, que, com ja s'ha exposat, estan pràcticament equiparats amb les administracions públiques en aquesta fase del procediment de contractació. Així, en relació amb els contractes ja celebrats, l'article 38 LCSP, a banda de remetre a les causes de nul·litat i anul·labilitat en el seu apartat segon, estableix en el primer i el tercer que també són causes d'invalidesa les que concorrin de conformitat amb el dret civil i les derivades de la il·legalitat de les seves clàusules, pensant en la fase d'execució dels poders adjudicadors.

A tot això anterior cal afegir que l'article 41.2 LCSP estableix que tenen la consideració d'actes administratius els actes preparatoris i d'adjudicació dels poders adjudicadors no Administració pública i que la revisió d'ofici d'aquests actes s'ha de fer d'acord amb el capítol I del títol V de la LPACAP. Per tant, tot el règim de revisió en la via administrativa dels actes nuls i anul·lables propi del dret administratiu és, en aquest cas, d'aplicació a les societats mercantils de capital íntegrament municipal. A més, per a aquesta revisió d'ofici la LCSP atribueix a l'administració de tutela —en el cas de les societats mercantils de capital íntegrament municipal,

l'ajuntament— la competència per a declarar la nul·litat o lesivitat d'aquests actes, tenint en compte que així ho estableix l'article 41.3 LCSP i així ho va interpretar l'Informe 2/2018 (R-32/2018) de l'Advocacia General de l'Estat, del 17 de gener de 2018.

D'altra banda, pel que fa al règim d'impugnació en matèria de contractació de les societats mercantils de capital íntegrament municipal, cal distingir, en general, entre la fase de preparació i adjudicació i la fase d'execució dels contractes, i, dins d'aquesta fase d'execució, cal fer un esment especial de l'àmbit de les modificacions contractuals. Amb la regulació anterior a la LCSP, fora dels contractes harmonitzats, per a les impugnacions era competent la jurisdicció civil, considerant la condició d'entitat de dret privat de les societats mercantils. Ara aquesta situació ha canviat, especialment en la fase de preparació i adjudicació, amb la nova regulació del recurs especial en matèria de contractació i del recurs d'alçada impropï.

D'entrada, el recurs especial en matèria de contractació, previst en l'article 44 LCSP, és aplicable tant a les administracions públiques com als poders adjudicadors no Administració pública, i, per tant, els contractes d'obres, concessió d'obres i concessió de serveis d'un valor estimat superior a tres milions d'euros i els contractes de serveis i subministraments d'un valor estimat superior a cent mil euros de les societats mercantils municipals són susceptibles d'un recurs especial.

A banda d'establir l'aplicabilitat del recurs especial a les societats municipals, la LCSP també unifica el règim d'impugnació per als poders adjudicadors amb la previsió, en l'article 27.1c, que la jurisdicció contenciosa administrativa és competent per a resoldre els conflictes relatius a la preparació, l'adjudicació i les modificacions de tots els contractes de poders adjudicadors, amb independència que siguin o no harmonitzats i que s'hagin impugnat o no a través d'un recurs especial en matèria de contractació.

És a dir, que, tenint en compte que el recurs especial és potestatiu, alternativament a la seva interposició es podrà interposar, per als conflictes relatius a la preparació, l'adjudicació i les modificacions, un recurs contenciós administratiu, de conformitat amb la LJCA. També es podrà interposar un recurs contenciós administratiu contra la resolució dictada després de la interposició del recurs especial, en el cas de Catalunya, pel Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, tal com estableix l'article 59.1 LCSP i de conformitat amb els articles 10.1*k* i *l* i 11.1*f* LJCA. Aquesta resolució no només la pot impugnar el contractista, sinó també la societat mercantil municipal, que cal considerar que té legitimació activa i que li és d'aplicació l'article 19.4 LJCA, malgrat que es refereix a les administracions públiques.

Així doncs, tant en aquesta qüestió com pel que fa a l'actual nou règim de responsabilitat patrimonial de les societats municipals que s'ha exposat anteriorment, es pot considerar que les previsions de la LJCA quant a la legitimació activa i passiva, que es refereixen únicament a les administracions públiques, s'han de considerar ampliades al sector públic en general perquè en casos com els exposats han d'incloure les societats mercantils municipals, ja que, com s'ha comentat anteriorment, el redactat literal de les previsions ha quedat obsolet davant del procés d'administrativització de les societats en aquestes matèries.

Pel que fa a les actuacions pròpies de la fase de preparació, adjudicació i modificació dels contractes que no són susceptibles de ser objecte de la interposició d'un recurs especial

perquè es tracta de contractes amb llindars econòmics inferiors als d'aquest recurs especial, cal tenir en compte el que disposa l'article 44.6 LCSP per als poders adjudicadors i la interpretació que en deriva. Aquest article estableix que les actuacions dutes a terme per poders adjudicadors que no tinguin la condició d'administracions públiques s'han d'impugnar en la via administrativa, de conformitat amb el que disposa la LPACAP, davant del titular del departament, òrgan, ens o organisme al qual estigui adscrita l'entitat contractant o al que en tingui la tutela. D'aquesta manera, malgrat que en general a les societats mercantils municipals no els és d'aplicació el règim de recursos de la LPACAP —reposició, alçada i extraordinari de revisió—, en virtut d'aquesta remissió al règim administratiu que preveu la LCSP les actuacions pròpies de la fase de preparació, adjudicació i modificació dels contractes de les societats mercantils de capital íntegrament municipal que no són susceptibles de recurs especial són impugnables per la via del recurs d'alçada davant de l'ajuntament que en té la tutela. Concretament, l'òrgan competent per a resoldre és l'alcalde, o bé, en cas d'adscripció de la societat a una de les àrees de l'ajuntament, l'òrgan titular d'aquella àrea, sempre segons el decret de delegacions d'alcaldia vigent.<sup>28</sup>

Aquest recurs, pel fet que el resol una entitat diferent de la que dicta l'acte recorregut, s'anomena *recurs d'alçada impropia* i es regeix per les normes relatives a terminis i requisits de l'article 121 LPACAP que regulen el recurs d'alçada. Així, el termini per a interposar el recurs d'alçada és d'un mes i el màxim per a dictar i notificar la resolució del recurs per part de l'òrgan competent de l'ajuntament és de tres mesos. I, posteriorment, contra la desestimació expressa o per silenci del recurs d'alçada es pot interposar un recurs contenciós administratiu en el termini de dos mesos a comptar del dia següent al de la recepció de la notificació corresponent, si la resolució és expressa, o en el de sis mesos a comptar de l'endemà del dia en què el referit recurs s'entengui desestimat per silenci.

Aquesta és una remissió molt rellevant en el règim administratiu de les societats mercantils municipals que, per l'alteració que suposa del seu règim jurídic teòricament privat, va ser objecte d'interpretació després de l'entrada en vigor de la LCSP. La Recomanació de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat del 28 de febrer de 2018, l'Informe 2/2018 (R-32/2018) de l'Advocacia General de l'Estat del 17 de gener de 2018 i l'Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del 30 de maig de 2019 són casos d'interpretacions que confirmen l'aplicació d'aquest recurs d'alçada impropia.<sup>29</sup>

En definitiva, vist tot això anterior, tant en el règim de revisió per actes nuls o anul·lables com en la impugnació de les actuacions de les fases de preparació i adjudicació, així

28. Aquest apunt relatiu a l'òrgan competent de l'ajuntament també s'aplica en les altres dues qüestions ja exposades en què l'ajuntament, com a entitat de tutela, té competència per a resoldre: la declaració de les prohibicions de contractar i el règim de revisió per actes nuls o anul·lables.

29. Cal destacar que el recurs d'alçada no escau gairebé mai en l'àmbit local, ja que els ajuntaments no tenen una estructura jeràrquica vertical, sinó horitzontal, en funció de les competències de cada òrgan. Només s'aplica en processos selectius en què els tribunals i els òrgans de selecció de personal es consideren dependents de l'òrgan al qual estan adscrits i en el cas exposat de l'anomenat *recurs d'alçada impropia*, que resol una entitat diferent de la que dicta l'acte recorregut.

com les modificacions contractuals, la remissió de les societats mercantils municipals al dret administratiu és total i, fins i tot, la LCSP imposa la intervenció de l'ajuntament com a entitat matriu i Administració pública.

Aquesta remissió al dret administratiu en la fase de preparació i adjudicació dels contractes i en les modificacions, afecta absolutament tots els procediments de contractació de les societats mercantils municipals, començant per la competència jurisdiccional contenciosa administrativa, segons l'article 27 LCSP, i continuant amb l'aplicació del recurs especial en matèria de contractació, el recurs d'alçada impropï i el règim de revisió d'ofici. Per sota dels llindars del recurs especial, la possible interposició de recursos d'alçada impropïis afectaria fins i tot els contractes d'adjudicació directa, ja que, de la mateixa manera que l'article 44.6 LCSP afecta també els contractes menors de les administracions públiques, afecta, per analogia, els contractes d'adjudicació directa de les societats mercantils municipals. I, per tant, l'afectació d'aquests preceptes en el dia a dia de les societats municipals té una gran importància i és, al meu entendre, un dels casos més clars de penetració del dret administratiu en el règim jurídic d'aquestes entitats.

#### *2.4.2. Règim d'impugnació de la fase d'execució dels contractes*

Pel que fa al règim d'impugnació de la fase d'execució dels contractes de les societats municipals, d'acord amb l'article 27.2b LCSP és competent la jurisdicció civil. Davant d'aquesta norma general hi ha l'excepció de les modificacions que, en alguns casos, malgrat que formen part de la fase d'execució, se'ls aplica el règim administratiu de recursos i la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest cas és, d'acord amb l'article 27.1c LCSP, quan s'impugna una modificació per un possible incompliment de les regles dels articles 204 i 205 LCSP —se suposa que s'hauria de realitzar una nova adjudicació— i és competent la jurisdicció contenciosa administrativa. En canvi, si la causa que s'al·lega davant de la modificació no està relacionada amb el que disposen els articles 204 i 205 LCSP —sinó que es basa en altres motius, que normalment estaran vinculats a l'aplicació de normes de dret privat—, és competent la jurisdicció civil. És a dir, en aquells casos en què una modificació no corresponia i s'hauria hagut de fer una altra adjudicació, caldrà anar al règim administratiu de recursos i a la jurisdicció contenciosa administrativa; en canvi, per als aspectes relatius a una modificació ja feta en què la controvèrsia neix per una qüestió pròpia de l'execució del contracte —per exemple, un incompliment del contractista—, caldrà anar a la jurisdicció civil.

En definitiva, la pretensió del legislador quant al règim d'impugnació és que totes les qüestions més pròpies del dret administratiu, com ara la fase de preparació i adjudicació i les modificacions, en què la LCSP pràcticament equipara els poders adjudicadors no Administració pública amb les administracions públiques, siguin competència de la jurisdicció contenciosa administrativa, i, en canvi, la fase d'execució dels contractes de dret privat sigui competència de la jurisdicció civil. Ara bé, aquesta consonància entre règim aplicable —administratiu o privat— i jurisdicció competent —contenciosa administrativa o civil— no es produeix en tots els casos perquè les modificacions no són l'única qüestió de règim adminis-



tratiu que s'aplica en la fase d'execució dels contractes de les societats municipals, com a poders adjudicadors no Administració pública, sinó que també ho són, per exemple, les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral (art. 201 LCSP), les condicions especials d'execució (art. 202 LCSP) o la cessió i subcontractació (art. 214-217 LCSP). En cas de controvèrsia, aquestes qüestions, malgrat que són pròpies del dret administratiu, les resoldria, pel fet de tractar-se d'un contracte privat d'una societat municipal, la jurisdicció civil.

### 3. REFLEXIONS FINALS

#### 3.1. REFLEXIONS RELATIVES AL GRAU D'APLICACIÓ DE LA LLEI DE DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Respecte al grau d'aplicació de la LCSP a les societats mercantils de capital íntegrament municipal, ja s'han extret diverses conclusions que han permès delimitar-lo en totes les fases del procediment. A grans trets, es pot concloure que les societats mercantils de capital íntegrament municipal, com a poders adjudicadors que no tenen la consideració d'Administració pública, estan pràcticament assimilades a les administracions públiques en la fase de preparació i adjudicació dels contractes; en canvi, en la fase d'execució, i pel que fa als efectes i l'extinció, se'ls aplica normativa de dret privat, amb diverses excepcions, com, per exemple, el règim de modificacions. Aquesta distinció entre fase de preparació i adjudicació i fase d'execució s'ha de traslladar també al règim d'invalidesa i d'impugnació, que varia en funció de la fase, de manera que el règim de revisió i de recursos propi del dret administratiu és d'aplicació en la fase de preparació i adjudicació dels contractes, i en aquesta fase és competent la jurisdicció contenciosa administrativa; en canvi, en la fase d'execució la competència és de la jurisdicció civil, novament amb diverses excepcions que ja s'han detallat.

Establert aquest marc d'aplicació, hi ha algunes reflexions que es poden extreure respecte a l'aplicabilitat de la LCSP en els processos de contractació de les societats municipals i que són interessants també des d'un punt de vista pràctic.

La primera és que, per a la gestió de la contractació en les societats, davant de qual-sevol dubte interpretatiu és convenient fer una interpretació que assimili les societats mercantils municipals, com a poder adjudicador no Administració pública, a les administracions públiques, prenent com a base els principis bàsics de la LCSP que els són d'aplicació. Aquesta conclusió es pot extreure del fet que, com s'ha exposat, la majoria d'interpretacions que han fet els òrgans consultius han anat en aquesta línia. Tant la Direcció General de Contractació Pública de la Generalitat com l'Advocacia General de l'Estat i les juntes consultives, l'estatal o bé les autonòmiques, quan han interpretat el grau d'aplicació de la LCSP als poders adjudicadors no Administració pública han optat, en general, per assimilar-los al règim de les administracions públiques, en contra de les interpretacions literalistes de la LCSP, entenent que aquesta era la voluntat del legislador. A banda de l'existència d'aquesta línia d'interpretació, s'ha de tenir en compte que és probable que els òrgans que fiscalitzaran l'activitat contractual de les societats municipals també tinguin una mirada administrativista en la seva activitat de

control, pel fet que són òrgans fiscalitzadors de qüestions pròpies del dret administratiu. Són exemples d'aquests òrgans fiscalitzadors la Sindicatura de Comptes de Catalunya, el Tribunal de Comptes, la intervenció de l'ajuntament que sigui entitat matriu de la societat o, inclús, en cas de recursos, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic —en l'àmbit català— o el Tribunal Administratiu Central de Recursos —en l'àmbit estatal— i els tribunals de la jurisdicció contenciosa administrativa quan siguin competents.

Per altra banda, una segona reflexió en l'àmbit de la contractació és que aquelles qüestions pròpies de la fase d'execució en les quals sí que és clar que les societats mercantils de capital íntegrament municipal tenen un règim diferenciat del de les administracions públiques s'han de regular amb molt deteniment en els plecs de clàusules administratives i en els contractes. Cal tenir en compte que, en aquestes qüestions, per a tot allò que no es detalli en la documentació de l'expedient de contractació, serà d'aplicació el dret privat, i no el règim general de la LCSP de manera supletòria. Per tant, és convenient que les societats mercantils municipals facin una regulació exhaustiva en els plecs de clàusules administratives particulars i regulin amb deteniment qüestions com ara les penalitats, el procediment de les modificacions, la suspensió, l'incompliment parcial o el compliment defectuós i les causes de resolució, per tal de dotar la relació contractual de major seguretat jurídica. En regular aquestes qüestions, a més, es pot aprofitar aquest règim propi de les societats i establir una regulació que aporti més agilitat i eficàcia en l'execució, els efectes i l'extinció dels contractes que la que tindran les administracions públiques, i a la vegada intentar mantenir el màxim de prerrogatives possibles que puguin situar la societat municipal en una posició de força en casos de conflicte. Un exemple pot ser el cas de les modificacions dels contractes en les quals s'aplica un règim mixt entre el dret públic i el privat pel fet que s'apliquen a les societats municipals els articles 203, 204 i 205 LCSP, relatius a la potestat de modificar i les modificacions previstes i no previstes, però, en canvi, no els són d'aplicació l'article 206 LCSP, relatiu a l'obligatorietat de les modificacions per al contractista, ni l'article 207 LCSP,<sup>30</sup> relatiu a les especialitats procedimentals. En aquest cas, és recomanable regular el procediment per a adoptar les modificacions o la seva obligatorietat per al contractista en els plecs i el contracte, però no necessàriament adoptant el mateix règim que el previst per a les administracions públiques en els articles 206 i 207 LCSP, sinó adaptant-lo al que sigui més convenient per a la societat municipal —per exemple, dotant-se d'un procediment més àgil per a la modificació del contracte.

Finalment, davant la càrrega que representen per a les societats mercantils municipals l'aplicació de la LCSP i les seves exigències procedimentals en la fase de preparació i adjudicació de tots els contractes, siguin de l'import que siguin, sempre és convenient, per tal de simplificar la qüestió, utilitzar sistemes de racionalització de la contractació (acords marc,

30. Cal dir que, malgrat que l'article 207 LCSP, relatiu a les especialitats procedimentals de la modificació, no s'aplica a les societats mercantils municipals, sí que cal tenir en compte que l'article 319.1 LCSP, adaptant l'article 191.3b LCSP, estableix que per a fer les modificacions no previstes d'un import igual o superior a sis milions d'euros i superiors al 20% caldrà, en el cas de les societats municipals, l'autorització de l'ajuntament com a entitat matriu, amb el dictamen previ favorable d'un òrgan consultiu autonòmic —en el cas de Catalunya, la Comissió Jurídica Assessora.

sistemes dinàmics d'adquisició i contractació centralitzada) i, també, l'anomenada *contractació conjunta esporàdica*, consistent en la contractació de serveis, subministraments o obres conjuntament amb l'entitat matriu, de manera que serà aquesta última la que assumirà la preparació dels plecs que regiran els contractes i el desenvolupament del procediment. Per a la contractació conjunta esporàdica, prevista en els articles 31.2 i 3 LCSP i 38 de la Directiva 2014/24/UE, cal entendre que és necessària l'elaboració d'un document previ en què l'òrgan competent de la societat mercantil municipal manifesti la voluntat de participar en el procediment, la previsió clara en els plecs de clàusules administratives de la participació de la societat municipal en la contractació, amb el detall de les dades econòmiques del seu contracte, i, finalment, la formalització contractual separada, de manera que la societat municipal formalitzi un contracte propi amb l'empresa seleccionada.<sup>31</sup> Aquestes exigències procedimentals mínimes, malgrat que no estan previstes en la regulació esmentada, són evidents si es té en compte que els contractes de les societats municipals són privats i tenen, en la fase d'execució, un règim diferenciat del de l'ens matriu que és una administració pública.<sup>32</sup>

### 3.2. REFLEXIONS RELATIVES A LA TRANSICIÓ CAP AL DRET ADMINISTRATIU

Pel que fa al règim jurídic de les societats municipals, com ja s'ha exposat, malgrat que són entitats de dret privat, actualment els és d'aplicació la normativa de dret públic pel que fa a, entre altres qüestions, la transparència i el dret d'accés a la informació pública, en la contractació i el règim del seu personal, en la gestió dels seus béns patrimonials, en la responsabilitat patrimonial i en la contractació pública. A més, els seus actes de formació de voluntat també tenen caràcter administratiu i aquestes societats municipals poden exercir potestats administratives, de manera que el règim jurídic d'aquestes entitats s'ha alterat tant que ja té poc a veure amb el propi d'una societat mercantil.

Aquesta situació comporta que, avui, el règim jurídic de les societats mercantils municipals sigui d'una gran complexitat i es generin incongruències i dificultats en la seva aplicació. D'entrada, el fet que els articles 2.2*b* LRJSP i 2.2*b* LPACAP reconeguin la possibilitat que les societats mercantils municipals exerceixin potestats administratives i, a més, les subjectin al règim del procediment administratiu, genera una situació d'incongruència amb altra normativa també vigent. L'article 85 LBRL, per exemple, estableix, fent referència a l'article 9 TREBEP, que les societats, pel fet de tenir personal laboral, no poden desenvolupar activitats que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les administracions públiques, en contra del que estableixen la LRJSP i LPACAP. A banda d'això, la possibilitat

31. Gil Van Beveren i Ballina (2019).

32. Abans de la regulació actual, la contractació conjunta esporàdica ja havia estat admesa i comentada pels informes 12/2012 de la Junta Consultiva de Catalunya i 5/2014 de la Junta Consultiva d'Aragó, que també establien les exigències procedimentals comentades.

d'exercir potestats públiques i l'aplicació, si escau, del procediment administratiu són el punt de partida per al règim públic de responsabilitat patrimonial que preveu l'article 35 LRJSP per a les societats i per a la consideració d'actes administratius dels actes de preparació i adjudicació de contractes que preveu la LCSP. Aquestes dues qüestions, com s'ha comentat, comporten que la jurisdicció contenciosa administrativa sigui competent en els conflictes que es generin en aquests àmbits, però, en canvi, la LJCA, quant a la legitimació activa i passiva, es refereix únicament a les administracions públiques, la qual cosa suposa un altre xoc important entre la normativa vigent.

Aquests són alguns exemples que, entre d'altres,<sup>33</sup> il·lustren que aquest procés d'administrativització de les societats municipals ha generat un marc normatiu entre el dret públic i el privat que convindria homogeneïtzar per a evitar incongruències en diverses matèries.

De tota manera, totes les penetracions del dret administratiu descrites poden tenir en molts casos el seu sentit i la seva justificació en el fet que les societats mercantils de capital íntegrament municipal són entitats creades per a satisfer necessitats d'interès general a través de la gestió de fons públics. Ara bé, el que en alguns casos no té tant sentit és que, amb el règim actual,<sup>34</sup> es continuï utilitzant una forma de personificació jurídica privada, com una societat mercantil, per a la realització d'algunes activitats pròpies de l'Administració local, especialment si tenim en compte quins van ser els motius que en van justificar la creació.<sup>35</sup>

En aquest sentit, cal destacar que en molts casos es van constituir societats mercantils municipals perquè oferien una major eficàcia en la gestió. És a dir, s'optava per una forma de gestió de règim privat, fugint del dret administratiu, per a poder fer una utilització tàctica de l'ordenament jurídic privat i, així, obtenir una eficàcia en benefici de l'interès general. L'evolució natural de l'ordenament jurídic administratiu, però, ha estat anar limitant l'aplicació

33. Altres exemples d'incongruències són el fet que, com s'ha dit, la jurisdicció civil sigui competent per a resoldre qüestions pròpies del dret administratiu de la fase d'execució dels contractes de les societats municipals o el fet que la jurisdicció social sigui competent per a resoldre conflictes derivats de procediments selectius de societats municipals assimilats als de l'Administració pública. Per a aquestes qüestions, amb el règim jurídic actual tindria més sentit que fos competent la jurisdicció contenciosa administrativa.

34. En aquest sentit, Chinchilla Marín (2017: 26) exposa:

[...] una sociedad mercantil no debería ejercer nunca potestades públicas, pues carece de sentido adoptar una forma jurídico-privada y que la ley le atribuya potestades públicas. Si la huida del derecho administrativo es una técnica criticable, no puede serlo menos la que consiste en crear una persona jurídica privada para, luego, atribuirle potestades públicas.

35. Flores (2022: 556) estableix respecte a aquesta qüestió:

El problema hay que situarlo en el control a la hora de crear estas sociedades, es en esta fase donde debe justificarse adecuadamente que el fin se satisface más eficaz y eficientemente con el recurso del derecho privado. La solución a la proliferación de estos entes no debe consistir en reducir sus singularidades y uniformarlos con el régimen administrativo, porque entonces no tiene sentido su creación, sino en permitir que se utilicen únicamente cuando resulta absolutamente necesario para cumplir el fin que se pretende.

del dret privat a aquestes entitats, per tal de controlar la seva gestió dels recursos públics, fins a arribar a la situació actual. En aquest context, des del meu punt de vista hi ha molts casos de societats en els quals resulta difícil sostenir que, amb el grau d'aplicació de la normativa de dret públic que tenen actualment, la seva creació i, inclús, la seva existència puguin respondre a principis d'eficàcia, eficiència i major flexibilitat. Segurament, només amb l'impacte en la gestió que suposa el grau d'aplicació de la LCSP que s'ha descrit, aquesta justificació de l'eficàcia i l'agilitat perd bona part del seu sentit. I, per tant, actualment no sembla gens clar, al meu entendre, que una societat mercantil de capital íntegrament municipal pugui gaudir d'un règim jurídic, en tots els àmbits de gestió, molt més flexible, eficaç o de règim privat que una entitat pública empresarial local, un organisme autònom o, en alguns casos, el mateix ajuntament.

Evidentment, però, la utilització d'una societat mercantil per part d'un ajuntament com a forma de gestió directa segueix tenint sentit en molts casos, sobretot en aquells en què es pretén fer una activitat econòmica o una activitat mercantil o industrial. Ara bé, per a aquelles societats dedicades exclusivament a la prestació d'un servei públic, considero que la transició del seu règim jurídic cap al dret administratiu pot acabar posant en qüestió, en molts casos, la seva creació i existència. Cal tenir en compte que l'article 81.2 LRJSP estableix que les administracions han de controlar i comprovar contínuament la subsistència dels motius que van justificar la creació de les seves entitats dependents i, en funció d'això, proposar-ne el manteniment, la transformació o l'extinció. I és per això que, de la mateixa manera que l'entrada en vigor de la LRSAL, amb els límits en la creació i el redimensionament del sector públic que va introduir, va acabar generant l'extinció d'una part de les societats municipals i va disminuir-ne la creació, la constant penetració del dret administratiu que s'està produint i que s'ha descrit pot acabar generant uns efectes similars en aquestes entitats i, en molts casos, posar en qüestió aquesta forma de gestió directa mitjançant una entitat de dret privat.

#### 4. REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES

- BALLINA DÍAZ, Diego (2015). *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: Instrumentos públicos entre el derecho público y el derecho privado*. Madrid: INAP, 393 p.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2022). «Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, p. 19-45.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2017). «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?». *Revista de Administración Pública*, núm. 203, p. 17-56. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.01>.
- DÍEZ SASTRE, Sílvia (2022). «La secretaria de la junta general de las sociedades municipales. Instituto de Derecho Local». *Universidad Autónoma de Madrid* [blog]. <[www.idluam.org/blog/la-secretaria-de-la-junta-general-de-las-sociedades-municipales/](http://www.idluam.org/blog/la-secretaria-de-la-junta-general-de-las-sociedades-municipales/)> [consulta: 15 febrer 2024].
- FLORES DOMÍNGUEZ, Luis Enrique (2022). «Las sociedades mercantiles municipales». A: MARTÍ SARDÀ, Isidre (dir.); MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis (coord.). *Régimen jurídico y con figuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*. Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi, p. 551-619.

- FUENTES GASÓ, Josep Ramon (2019). «El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas tras la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública». *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 11 (2019), p. 291-368. ISSN 2172-6531.
- GIL VAN BEVEREN, Marc; BALLINA DÍAZ, Diego (2019). «Alternativas al contrato menor: Contratación conjunta esporádica en los PANAPS». *Observatorio de Contratación Pública* [en línea].
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2018). «El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas. Catedrático de Derecho Administrativo». A: FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier; MARTÍNEZ ROSADO, Javier. *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*. Madrid: Iustel, 2018, p. 415-433.
- RIVERO YSERN, Enrique (1978). «Derecho público y derecho privado en las organizaciones y actividad de las empresas públicas». *Revista de Administración Pública*, núm. 86, p. 11-52.
- VALENCILLO MORENO, Fermín (2013). «Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo». *Diario La Ley*, núm. 8107, sección «Doctrina».
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2016). «Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP». *Instituto de Derecho Local. UAM* [blog]. <[www.idluam.org/blog/responsabilidad-patrimonial-de-las-sociedades-municipales-en-la-nueva-lrjsp-francisco-velasco/](http://www.idluam.org/blog/responsabilidad-patrimonial-de-las-sociedades-municipales-en-la-nueva-lrjsp-francisco-velasco/)> [consulta: 15 febrer 2024].