DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL

4

SERVEIS I EMPRESES MUNICIPALS

Ajuntament de Barcelona

DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL 4

DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL

QUADERN 4:
«GESTIÓ DELS SERVEIS MUNICIPALS»

Ajuntament de Barcelona

Edita: Ajuntament de Barcelona. Comissió de la Carta Municipal
Disseny portada: Mario Esquenazzi
Coordinació tècnica: Marta Grabulosa
Impressió: Centre Gestor Impremta Municipal
D. L.: B. 23.307-1987
Exp. 9000554

SUMARI

PRESENTACIÓ

Dins els treballs d'estudi de la Carta Municipal, en l'apartat dedicat a la gestió de Serveis Municipals que es presenta en aquest quadern, es pretén valorar quines propostes de formes de gestió són més adequades a la prestació de serveis que els Ajuntaments i concretament l'Ajuntament de Barcelona estan donant. La Carta Municipal hauria de definir quines són aquestes formes i, arribant una mica més enllà, vincular cadascuna d'elles amb una tipologia de servei, de manera que es pogués disposar d'una indicació prèvia sobre quines són les formes més convenients per prestar cadascun dels serveis de la manera més òptima i eficient.

Avui està una mica en la idea de tots, que en la mesura que la nova Carta Municipal es concretés tal com s'ha anat definint en els treballs realitzats fins ara i complís en matèria d'organització el seu objectiu bàsic de millorar l'eficàcia i l'eficiència, la temptació de descentralització funcional que en aquest moment és molt forta, ho aniria sent menys. Es a dir, com més a prop estiguem d'una organització articulada en centres gestors amb capacitat de gestionar els seus recursos i als quals se'ls fixin objectius quantificables i controlables, més es plantejarà la descentralització funcional en raó de condicions tècniques i econòmiques molt més objectives del que ara succeeix. En aquest sentit,comença a haver-hi a l'Ajuntament de Barcelona una certa cultura en aquest camp, malgrat que és necessari encara, fer un esforç per objectivar i sistematitzar molt més les condicions que exigeixen un sistema de gestió diferenciat.

Resumint i concretan l'experiència ens fa pensar que una millora de l'organització municipal hauria de produir, per una part, una important disminució dels organismes autònoms amb personalitat jurídica i una pràctica desaparició dels organismes autònoms sense personalitat jurídica i, d'altra banda, hauria de reduir la gestió a través d'empreses,en els casos que ho fessin necessari en funció d'unes decisions preses prèviament i d'una sistemàtica d'anàlisi. Però això, repetim, només serà possible si realment som capaços de mo-

dificar moltes situacions concretes de l'Administració, algunes de les quals han estat en l'origen de les reflexions que s'han fet arran de la carta: la preocupació de la legalitat per sobre de la preocupació per la gestió, la manca d'homologació dels sistemes de l'Administració amb els de les empreses i organitzacions que s'han demostrat com més eficaces en la gestió de serveis, etc...

Aquesta gestió deferenciada, en tot cas, necessitarà sempre dos tipus de relacions, de dependències municipals:

D'una banda necessita una relació que asseguri la coherència de les polítiques i que, per tant, lligui fonamentalment les activitats que es fan a través d'organismes diferenciats amb les àrees commpetents en la matèria de què es tracta; però per una altra part, es fa necessari també un tipus de relació que asseguri el control dels resultats i l'eficiència, i això està lligat fonamentalment a allò que hem anat anomenant àmbits de serveis generals. Estem parlant de polítiques de personal, de captació i aplicació de recursos, de sistemes d'auditoria, etc.

En aquests moments, a l'Ajuntament de Barcelona la prestació de serveis es veu tencionada per tres possibles decisions, tres possibles tendències, que sembla podrien anar en sentit contrari. Per un costat, la descentralització funcional, o sigui, la creació d'òrgans de gestió diferenciats, per un altre, la descentralització territorial dels serveis a través dels Districtes i, per fi, la prestació d'aquests serveis en un àmbit superior al municipal, en un àmbit metropolità. Aquest és un tipus de dialèctica que, en la perspectiva de la nova Carta, cal racionalitzar al màxim, ja que si no es fa així, podem acabar prenent decisions en funció d'una negociació política entre àrees, o d'una posició de força que no tingui molt a veure amb la realitat de cada servei i amb la fórmula més adequada per prestar-la.

Voldríem recordar, per acabar, que l'Ajuntament de Barcelona té en aquests moments a més de la seva Administració centralitzada, vint-i-quatre organismes autònoms que prenen formes jurídiques molts diverses, i de les que el Consell d'Empreses agrupa les 15 més importants: totes les empreses municipals i mixtes (que són nou i dues respectivament), i els Patronats, Instituts i òrgans de gestió importants, que encara que no revesteixin la forma d'empreses, tenen una funció econòmica d'un volum molt significatiu. En definiti-

va, són entitats que o bé serveixen per gestionar serveis que abans ja es realitzaven centralitzadament, o per gestionar serveis nous o bé, per últim i sobretot, representen un nou tipus d'actuacions municipals que van molt lligades a la proposta olímpica i a l'animació econòmica i social de la ciutat.

En aquest sentit, doncs, són vint-i-quatre òrgans diferenciats que configuren tota una experiència i tota una cultura de la descentralització funcional que s'ha tingut molt en compte a l'hora de treballar en la nova Carta Municipal. Aquest és concretament l'eix de la reflexió de Francesc Rafart, que es produeix bàsicament des d'una óptica de gestió. Els altres dos treballs que es presenten, el de Sebastià Moll i el de Moreno Royes i Joaquim Bisbal, responen a una òptica més jurídica i, especialment la darrera, exploren les possibles formes de gestió de la iniciativa pública en el camp de l'activitat econòmica, aspecte aquest especialment important en l'esperit de la Nova Carta Municipal.

Il·lm. Senyor Josep M. SERRA I MARTÍ

Tinent d'Alcalde i Conseller-Regidor de
l'Àrea de Serveis i Empreses Municipals.

SECCIÓ 1:

EMPRESES I SERVEIS MUNICIPALS EN LA NOVA CARTA DE BARCELONA

INTRODUCCIÓ

El planteig d'aquest treball en relació amb els problemes de les empreses i serveis municipals i les propostes de solució dintre la Nova Carta Municipal de Barcelona, serà fet fonamentalment sota una òptica de gestió i no tant d'anàlisi dels problemes des d'un punt de vista estrictament jurídic. Es fa necessari situar la metodologia de treball que s'ha seguit fins arribar aqui. El tema d'Empreses Municipals en la Nova Carta de Barcelona ha estat a cavall entre dos grups de treball. Per un costat, el grup de treball que ha estudiat els problemes de l'organització. No ès menys cert que les empreses són una part de l'organització municipal. Un altre grup de treball molt més específic, ha estat estudiant el marc jurídic en el que aquestes empreses estaven inserides i els problemes que es plantejaven, donant lloc a uns treballs que proporcionen unes bases que permetran una reflexió més profunda dels aspectes jurídics.

Assenyalat això, aquest treball tindrà tres parts. Una primera part en què es contemplaran aquells criteris i principis bàsics, que representen un punt de partida i unes reflexions prèvies. En una segona part, es passarà revista als problemes més importants detectats en el passat en les empreses. Finalment, en una tercera part es farà l'exposició dels punts que la Nova Carta hauria de contemplar i possibilitar.

No obstant algunes d'aquestes propostes ja es podrien dur a terme. S'assenyala això perquè l'actual situació d'alguns temes organitzacionals no ve com a conseqüència de limitacions del marc jurídic, sinó que ve com a resultat de la voluntat de dur a terme de determinada manera i fins a determinats límits la reforma de l'administració que es va endegar a partir de l'any 79.

I. CRITERIS BÀSICS I PUNTS DE PARTIDA

En els estudis de Dret Comparat es pot constatar que en aquelles ciutats en què el patró divisional està molt més assumit

i desenvolupat, i per tant les divisions molt més operatives, la creació d'empreses obeeix a uns criteris i necessitats molt més precisos: contractació, recursos, màxima agilitat, etc. i per casos molt concrets.

En el cas de l'Ajuntament de Barcelona aquesta situació ha estat bastant lluny de la realitat. La reforma administrativa que es va iniciar durant la primera legislatura democràtica, i que va solucionar molts problemes, millorant la situació anterior, no va ser portada a les últimes conseqüències. Des del punt de vista de les possibilitats jurídiques, especialment per la pròpia existència de la Llei Especial de Barcelona, es podria haver anat en alguns temes més lluny, no volent per altre part entrar en les raons que van motivar el que no s'hagi fet fins ara.

Històricament en l'Ajuntament la creació d'empreses municipals i ens amb personalitat jurídica ha estat tant per una definició voluntarista, anant a la recerca de fórmules de gestió més eficaces i tractant de solucionar determinats problemes que hagin pogut existir en el passat i que van portar a la municipalització de determinats serveis, com a un rebuig i fugida d'una situació que, en la pràctica, impossibilitava en molts casos una bona gestió, per causa d'una estructura municipal molt centralitzada, feixuga, burocratitzada en excés i poc eficient. Es constatable per tant, que han existit dos vectors: el de la racionalitat i el de la fugida.

Una altra reflexió a fer dintre aquesta part introductòria, és que crear empreses i ens amb personalitat jurídica representa en certa forma, portar a les últimes conseqüències els principis de l'organització divisional que es defineix per l'Ajuntament. Per això és important que es contemplin les empreses municipals, no com quelcom extern i estrany a l'Ajuntament, sinó com formant part del propi Ajuntament, però amb les seves normes de funcionament específiques per a la gestió dels serveis. S'ha tingut certa tendència a considerar massa separadament l'Ajuntament i les Empreses Municipals quan tot de fet és Ajuntament. Aquest és un principi important que cal tenir en compte.

Si les àrees i els sectors municipals disposen d'una gestió molt més autònoma, la descentralització funcional donant lloc a organismes autònoms i societats mercantils, serà com a resultat d'una exigència de la pròpia activitat, no com una fugida, i després d'haver estudiat prèviament totes les al-

tres alternatives de fórmules divisionals. Això és important perque arribar a la creació d'aquests ens ha de ser com l'última fase d'un procés en que prèviament s'hagin esgotat les possibilitats racionals d'una organització divisional que òbviament ha de ser molt més eficient.

Una altre qüestió que es planteja seria la de si en tots els àmbits on s'organitza l'Administració Municipal podria enfocar-se la gestió per empreses i organismes autònoms. Al considerar l'Administració Executiva es poden definir diferents àmbits:

a) Àmbit dels Serveis Generals, de Suport i Finances: inclouria la política de recursos, programació i control de gestió, auditoria interna i finances; b) Àmbit del manteniment de la normativa i política de la ciutat; c) Àmbit de l'Organització Executiva Territorial; d) Àmbit de la Producció de Serveis i Creació de la Infrastructura de la ciutat.

Es precisament en aquest últim dels àmbits, en què els conceptes de «centres gestors» i «àrees» amb amples possibilitats de gestió autònoma són bàsics, que els Organismes Autònoms es presenten com una alternativa de forma de gestió, en base no obstant al compliment de certes condicions que s'assenyalaran més endavant. Els serveis que s'inclourien en aquest àmbit serien els següents: serveis directament al ciutadà (personals); serveis de disseny i creació de ciutat (urbanisme, projectes urbans); serveis de manteniment i suport al funcionament de la ciutat; serveis de dinamització de l'activitat econòmica i desenvolupament econòmic i social. Per tots aquests serveis i després d'analitzar la seva tipologia, característiques, condicions de funcionament, etc., s'hauria de passar a establir la fórmula de gestió més adequada.

Resumint els diferents punts que s'han anat exposant, es podrien concretar així: els organismes autònoms s'han de considerar com una part de l'Organització Executiva Municipal, però, amb les característiques específiques i el grau d'autonomia que es determinaran per cadascun d'ells dintre els seus propis Estatuts i amb els mecanismes de tutela i control que es defineixin per a cada cas.

S'ha de donar per ben entès que tota aquesta concepció que s'està presentant únicament és vàlida i coherent amb l'existència d'uns Centres Gestors i unes Arees amb una àmplia possibilitat de gestió autònoma (quadres directius, recur-

sos, contractació, etc.). Aquesta necessitat d'una autonomia real, amb amples possibilitats de control i d'aprovisionament dels recursos, és bàsic. En cas contrari entrariem de nou en situacions que generen moviments centrífugs, en què es tracta de sortir de l'organització centralitzada i es dóna lloc a creacions d'ens autònoms, no com a resultat d'una decisió racional, sinó com a rebuig d'una situació molesta i dificultosa per a una bona gestió. Aquesta ha estat una de les crítiques que s'han fet en el passat a certs processos de creació d'empreses i organismes autònoms, i que la nova organització municipal no hauria de propiciar.

II. SITUACIÓ ACTUAL I PROBLEMES DETECTATS EN EMPRESES I ORGANISMES AUTÒNOMS

Fet aquest plantejament previ s'entrarà en la situació actual, passant revista als problemes detectats considerats més significatius.

Com és conegut, la Gestió Directa de Serveis amb òrgan de gestió interposat pot revestir tres fórmules: Organ de Gestió sense personalitat jurídica; Fundació Pública (Institut o Patronat) i Empresa Municipal. Caldrà també fer referència a l'Empresa Mixta que si bé està considerada com una forma indirecta de gestió, reuneix certes característiques derivades de la pròpia presència d'un capital municipal i dels serveis que gestiona, que fa que en certs aspectes s'apropi al que és una Empresa Municipal.

L'evolució ha anat a l'Ajuntament de Barcelona des de la creació d'ens autònoms sense un pla precís i sense uns criteris bàsics fins, en aquests darrers temps, a un major control i racionalització d'aquest conjunt i dels sistemes de gestió emprats.

Veurem seguidament quins problemes s'han detectat, d'origen jurídic, organitzatiu i de funcionament fent les distincions necessàries per a cada tipus d'Organisme Autònom que s'ha assenyalat abans.

1) Òrgans de gestió sense personalitat jurídica

Ha estat de fet un instrument poc utilitzat i un recurs de l'antiga Carta de Barcelona que hauria permès una major des-

centralització de funcionament sense la necessitat de crear certs òrgans amb personalitat jurídica. De fet s'han creat quatre Organs de Gestió d'aquest tipus en aquests darrers anys. El primer va ésser el Centre Ordinador Municipal per resoldre problemes molt concrets i puntuals. El segon va ser el Servei Municipal de Parcs i Jardins en la versió actual, donat que la seva situació anterior presentava problemes tant a l'àmbit jurídic com operatiu. Finalment, se'n van crear dos més que no existeixen en aquests moments: l'Oficina Olímpica i el Front Marítim del Poblenou que ha estat actualment transformat en empresa (Vila Olímpica, S.A.). Es pot veure per tant que ha estat una forma de gestió relativament poc utilitzada.

Tal vegada l'únic òrgan representatiu del que aquesta possibilitat de gestió podia donar de si ha estat el Servei Municipal de Parcs i Jardins. Es podria afirmar que s'adopten, encara que molt tímidament, unes possibilitats de delegacions de facultats i de descentralització, que coincideixen molt amb el que s'està preconitzant en la Nova Carta, quan es defineixen els Centres Gestors com a òrgans bàsics de l'Administració Executiva. El funcionament d'aquests Organs Especials s'ha basat fonamentalment en tres pilars:

- Primer: unes Normes de Funcionament del Servei que representen en certa forma els seus estatus.

- Segon: unes Bases d'Execució del Pressupost permetent una execució parcialment descentralitzada.

- Tercer: una delegació de competències, dintre de certs límits, per part de l'Alcaldia a la Gerència de l'Òrgan pel que fa a les autoritzacions de les despeses i a les disposicions.

Aquest és actualment, el model de funcionament del Servei Municipal de Parcs i Jardins. Aquesta forma d'Òrgan Especial de Gestió, té relativament poca importància cara al futur, donat que els Centres Gestors i les noves Arees pràcticament esdevindrien, quant al seu funcionament, el que són els actuals «òrgans de gestió amb autonomia funcional sense autonomia financera» tal com venen definits.

2) Fundacions Públiques: Instituts i Patronats

Aquests organismes representen un pas important cap a una gestió per resultats. S'identifiquen molt més clarament el que

són centres gestors i se'ls dóna una altra autonomia. No obstant, presenten algunes característiques i problemes que cal destacar. Continúa sent bastant feixuga la gestió quant a procediments, especialment quan es tracta d'activitats econòmiques, donat que es queden a mig camí respecte a les empreses, presentant una situació ambigua en molts casos. Una altra característica és la tendència en el passat a fer molt restrictius els seus marcs d'actuació, reforçant els controls i les tuteles, venint tot això reflectit en els seus Estatuts respectius. Un altre punt és que si aquests organismes desenvolupen una activitat econòmica important, es veuen obligats, per dur a terme una bona gestió basada en l'adequada informació, a portar una doble comptabilitat, això és, la pressupostària per raons legals i una segona de gestió per partida doble, complicant-se així l'administració de l'entitat.

Una última característica és que estan sempre obligats a actuar sota les formes del dret públic, sense possibilitats d'actuar sota el dret privat. En certs casos aquest és un tema prou important com després subratllarem.

3) Empreses Municipals

Es podrien definir quatre grups de problemes en el cas de les Empreses Municipals:

- Derivats de la seva pròpia definició jurídica.

- Derivats de les relacions Empreses/Ajuntament.

- L'estructura i funcionament dels Òrgans d'Administració i Govern de les Empreses.

- El tractament diferenciat i discriminatori de les empreses respecte a l'Ajuntament.

a) Problemes derivats de la seva pròpia definició jurídica.

En primer lloc el problema derivat de la transmissibilitat d'accions. Es paradoxal i il·lògic dir que aquestes Empreses Municipals es constitueixen per accions i que després aquestes no siguin transmissibles. Això és important quan es plantegen canvis en les empreses o transferències de competències entre Administracions Públiques, havent-se ja presentat per aquest fet problemes en el passat.

Un altre punt seria el de la participació de les empreses en terceres societats, fet freqüent quan s'entra en activitats d'iniciativa econòmica. Un darrer tema lligat amb l'anterior seria el de les possibilitats de control municipal sobre aquestes terceres empreses que es constitueixin. Un últim tema a considerar seria el del suport jurídic en les actuacions de caràcter econòmic. Tal com es defineixen en la Llei de Bases de Règim Local i en el Text Refós, si bé donen la possibilitat i la legitimació als Ajuntaments en actuacions en el camp de la iniciativa econòmica, els conceptes no queden excessivament clars. Per exemple, s'està confonent el que és propiament un «servei públic» i el que són els «Serveis Públics».

b) Les relacions Empreses Municipals - Ajuntament.

Les relacions jurídiques entre les Empreses Municipals i l'Ajuntament per la prestació de serveis han portat una sèrie de problemes donat que no estan contemplades aquestes empreses com una part del municipi, sinó com a quelcom extern i assimilat en certa forma a una empresa cent per cent privada. Això fa que en el moment en què l'Ajuntament fa un encàrrec a una Empresa Municipal, en certs aspectes fos com si l'encarregués a un tercer privat, que no té res a veure amb el propi Ajuntament. Es plantegen freqüentment situacions difícils quan es tracta de fer una concessió, una contractació, un encàrrec o encomanat a una Empresa Municipal veient-se obligats a buscar fórmules que sempre esdevenen complicades. Aquest problema es planteja també quan l'Empresa està fent serveis al propi Ajuntament, encara que amb la millora de la gestió centralitzada, en el futur, aquests serveis possiblement tendiran a disminuir.

c) Estructura i funcionament dels òrgans d'administració societària.

Aquest, probablement, és un dels problemes més importants que han tingut les empreses, arrossegant una sèrie de fets en cascada. No hem d'oblidar el doble paper de control. En primer lloc estaria el Control Polític, a dur a terme per l'estament polític, que de fet consistiria en el control de l'eficàcia de l'empresa, això és el compliment dels seus objectius, i en el control de pertinença, és a dir si l'empresa s'adapta o no al que l'entorn espera d'ella, i en el grau de satisfacció de les necessitats socials. Un segon Control seria el Control Econòmic i de l'Eficiència amb que realitza les seves tasques.

Els Consells d'Administració de les empreses, màxims òrgans per realitzar certs tipus de control, realment no han funcionat com haurien d'haver funcionat. Això té moltes analogies amb el que també passa a l'empresa privada, en què en moltes ocasions tampoc funcionen adequadament. Alguns dels principals problemes detectats en el cas de les nostres empreses públiques han estat: la poca implicació moltes vegades dels Consellers en l'Empresa; no sentir-se els Consellers compromesos autènticament amb els resultats de la pròpia Empresa: són membres del Consell d'Administració però no senten la responsabilitat directa en els resultats econòmics; una gran heterogeneïtat que porta a una baixa eficàcia en el seu funcionament; una poca tecnificació i experiència dels problemes de gestió empresarial; els Consellers provinents d'altres institucions públiques esdevenen simples vigilants de l'Empresa i tenen una actitud poc participativa en relació amb els seus problemes reals; freqüentment resulten ser un lloc de coordinació de les Arees Municipals amb l'Empresa o inter-àrees municipals, quan evidentment no és el lloc més adequat per a la coordinació.

Aquests són alguns dels problemes que s'estan donant i que es refereixen als Consells d'Administració, exigint per tant una revisió de la seva composició i del seu funcionament.

Un altre punt dins del que són els òrgans d'administració societària, es referiria a la Junta General. La identificació del Consell Plenari amb la Junta General porta a una ambigüitat político-societària: ni és un control polític, en el seu sentit més ampli, ni un control societari adequat, i porta una certa dilució del propi paper que li correspon a la Junta General d'acord amb la Llei de Societats Anònimes.

d) El tractament diferenciat i discriminatori de les Empreses amb l'Ajuntament.

Fonamentalment fa referència a la fiscalitat i dintre la fiscalitat a dos aspectes més importants: l'Impost de Transmissions Patrimonials i l'I.V.A. Hi ha un tractament diferenciat de l'Ajuntament respecte al de les Empreses Municipals, fins i tot encara que aquestes empreses, com és un cas molt freqüent, gestionin únicament Serveis Municipals. No s'entra aquí en les empreses d'iniciativa econòmica, que estan moltes vegades en competència amb el sector privat i per les quals els avantatges fiscals serien molt més discutibles, sinó en les empreses que únicament presten servei

municipal. La situació és força absurda, i valgui un exemple: es dóna la paradoxa fiscal que el Valor Afegit que representa la neteja d'un Districte de la ciutat, feta per gestió directa, no està gravat per l'I.V.A. i en canvi, el Valor Afegit que s'aporta pel treball d'una empresa concessionària en un Districte veí vé gravada per l'impost. Ara bé, resulta que en el cas d'una empresa municipal passa exactament el mateix. Resulta poc lògic que si es decideix que la neteja d'un Districte la fa l'Ajuntament directament o un Institut, no quedi gravada per l'I.V.A., però si es decideix crear una empresa municipal, aquest servei quedi gravat. Talment pot semblar que això sigui una espècie de peatge obligat, pagar l'I.V.A., per voler sortir-se del marc del dret públic i passar-se al marc del Dret Privat, la qual cosa des de l'òptica de gestió esdevé absurda, i demostra per part del legislador, un desconeixement real de les formes de gestió i funcions de les empreses municipals.

4) Empreses Mixtes

Finalment, pel que fa a les Empreses Mixtes cal referir-se als procediments de constitució i al tema de la fiscalitat en la part pública. Les Empreses Mixtes poden tenir importància, no tant moltes vegades pel paper de gestor de la part pública, sinó per possibilitar un major control. Es buscarien els avantatges d'una gestió privada, però amb la presència i control per part del sector públic, amb una supervisió des de dintre de la gestió que es porti. Per les raons i objectius que s'han assenyalat, s'està pensant en Empreses Mixtes en què, en molts casos, la participació pública pot ser fins i tot minoritària.

III. LA GESTIÓ DELS SERVEIS, LES EMPRESES MUNICIPALS I ELS ORGANISMES AUTÒNOMS EN LA NOVA CARTA DE BARCELONA.

Es farà per començar una breu referència a la gestió de serveis per part de les Àrees Centralitzades, per passar després a les Empreses Municipals i finalitzar amb unes consideracions amb relació als Organismes Autònoms.

A. Gestió de Serveis en les Arees centralitzades

Les formes de prestació de serveis previstes en la legislació actual són plenament acceptables. Existeix no obstant la

necessitat d'aprofondir en els criteris d'adopció d'una determinada forma de gestió sigui directa o indirecta, amb relació al propi servei o activitat a gestionar, i als condicionants que l'envolten, ponderant els avantatges i inconvenients que pot comportar cada possible modalitat.

Com ja s'ha apuntat abans, el problema és que, moltes vegades, la utilització de formes de descentralització es dóna no per les pròpies característiques de l'activitat o el servei, sinó bàsicament per aconseguir una major agilització en la gestió. Recollint això, el planteig a fer en la Nova Carta de Barcelona ha de tendir des d'un principi a corregir aquesta realitat amb una major capacitat de gestió autònoma de les àrees.

Faltaria un darrer punt a considerar. Una de les innovacions per a la NCB s'hauria de referir a la possibilitat de formes de gestió que permetessin introduir fórmules de Dret privat, que és a on l'actual regulació és fa més allunyada de les necessitats reals del municipi. Considerant que el desenvolupament de sistemes empresarials per part de l'Ajuntament prové fonamentalment de la recerca de millors sistemes de gestió i no tant de l'objectiu bàsic d'uns resultats econòmics empresarials, hauria de contemplar-se en la Carta la possibilitat que existeixin ens municipals (àrees, agències, etc.) formant part de l'Administració Municipal Executiva que poguessin actuar tant en règim de dret públic com de dret privat, fent innecesari així en certs casos la necessitat de constituir organismes autònoms dotats de personalitat jurídica.

B. Les Empreses Municipals.

A partir de la forma en què es planteja la nova organització municipal, amb amples possibilitats de gestió autònoma per les seves àrees i sectors, l'adopció d'una gestió descentralitzada en forma d'Empresa vindrà com a conseqüència que es donin certes condicions:

- Gestió d'una sèrie de serveis i funcions permanents i estables, amb un contingut econòmic important lligat al seu propi desenvolupament, podent ser prestats en concurrència amb el sector privat, i en els que la gestió, entesa com el procés lligat a l'execució, sigui un element bàsic, així com la necessitat de mantenir el valor del capital adscrit al servei.

- Activitats d'iniciativa municipal lligades a la promoció econòmica de la ciutat.

- Intervencions específiques sobre la infraestructura i l'activitat de la ciutat, amb un caràcter temporal o permanent.

- Conveniència d'una concertació i col·laboració entre el municipi i el sector privat en el desenvolupament de certes activitats.

- Activitats que duguin a la participació de l'Ajuntament en operacions extra municipals tals com la transferència de tecnologia i venda de serveis.

No es voldria afegir aquí una darrera condició i que seria aquell cas en què esgotades les altres possibilitats de gestió centralitzades, el realisme dugui a considerar que no hi ha més remei que gestionar a través de la creació d'una empresa. L'haver de recorrer a aquest argument denotaria el propi fracás en el disseny i funcionament de l'administració centralitzada.

Per tot l'exposat anteriorment, l'Empresa Municipal definida així com un òrgan de l'Administració Executiva, es contempla com un instrument municipal d'una gestió no solament econòmica, sino també com un mitjà per part de l'Ajuntament en l'execució de certs programes d'actuació, a mig i llarg termini, que formen part de la política municipal entesa en el seu sentit més ampli, i com un instrument bàsic de la intervenció pública de l'Ajuntament en el marc econòmic de la ciutat.

Un altre tret a considerar és que l'empresa municipal ve especificada per una dualitat definitòria, ja que es tracta, a la vegada, d'un sistema econòmic empresarial i d'un sistema municipal de gestió. Aquesta dualitat porta a què sigui necessari considerar, dintre de la Carta de Barcelona, una sèrie de punts específics que respectant les finalitats polítiques i objectius per als quals l'empresa ha estat creada i el seu efectiu control, permetin potenciar al màxim la seva gestió i eficàcia.

Tal com ja s'ha apuntat al principi, actualment les «Empreses Municipals», que dintre del marc jurídic vigent hem de definir com «Societats Privades municipals», presenten una

sèrie de problemes que el nou marc estatutari ha de permetre solucionar independentment de possibilitar la potenciació i racionalitat de les seves actuacions.

Els canvis que es proposen per la Nova Carta de Barcelona, a més de buscar solució als problemes esmentats, tracten com a punt important de donar el marc jurídic adequat al paper que l'Ajuntament desenvolupa en el terreny de les iniciatives econòmiques i locals. També com a fet més significatiu, en la Nova Carta es proposa modificar el règim de les anomenades Societats Privades Municipals i s'hi refereix com a Societats Municipals per accions, donant llibertat per a la composició de la Junta General, i deixant d'identificar-la amb el Consell Plenari augmentant la significació que aquell òrgan té en el cas de la societat annima privada.

Dins d'aquestes línies que hem assenyalat, els punts més importants que es proposen per la Nova Carta són els següents:

1. Redefinició dels òrgans socials d'administració de la societat, establint més clarament els seus diferents nivells de control: d'eficàcia, econòmic, d'eficiència i societari. Es tractaria, en resum, de buscar una millora en la governabilitat de les Empreses Municipals a través d'una nova definició dels seus òrgans de govern. També s'establiran els mecanismes de les necessàries relacions funcionals dels òrgans municipals centralitzats amb les empreses.

Els òrgans socials d'administració i control seran els següents:

- La Junta General és el màxim òrgan de control de la societat i tindrá una composició i nombre de vots amb la mateixa proporcionalitat que la del Consell Plenari i un nombre de membres no superior a quinze. La Junta General portarà a terme el control societari que determina la Llei de Societats Anònimes. El President de la Junta General serà l'Alcalde.

- Les Comissions del Plenari, amb responsabilitat sobre les tasques en qüestió, exerciran ordinàriament el Control d'Eficàcia i Pertinència de les activitats de les Empreses Municipals, avaluant el compliment dels objectius que li estiguin assignats establint-se aixi l'adequat control polític. El Consell Plenari podrà exercir aquest control en aquelles

circumstàncies que així ho cregui convenient, d'una forma semblant a la de les altres àrees i sectors municipals.

- El Consell d'Administració ostentarà totes les facultats que per la Llei de Societats Anònimes i els Estatuts de la Societat li siguin atribuïdes. A través del Consell d'Administració es portarà a terme el control econòmic i d'eficiència de la societat. Els criteris per definir la seva formació seran els de composició homogènia i reduïda quant a nombre de components, capacitat tècnica i empresarial i un alt grau de compromís dels consellers amb la consecució dels objectius i dels resultats de l'empresa. El President del Consell d'Administració serà nomenat per l'Alcalde entre els Regidors del Consell Plenari. Es contemplarà també la presència d'observadors amb veu però sense vot.

- L'òrgan assessor i consultiu de la Junta General serà el Consell d'Empreses i actuarà com entitat especialitzada amb les funcions de controlar i informar dels resultats del conjunt d'Empreses Municipals, participant en l'explicitació dels seus objectius, la seva planificació, i en els processos de millora de la seva gestió, avaluació del compliment de les finalitats per a les quals l'empresa ha estat creada i vigilarà la seva adequació a l'entorn que rep els seus serveis o en el que es desenvolupen les seves activitats. El Consell d'Empreses tindrà dret per solicitar de les Empreses la informació que cregui oportuna pel desenvolupament de les seves funcions, així com per fer a les empreses aquells suggeriments que cregui pertinents.

El Consell d'Empreses es dotarà de l'estructura tècnica necessària per al desenvolupament de les funcions que té encomanades i que s'inseriran dintre de l'organització de l'administració executiva. Es contemplarà també, dins de la Carta i en el marc del Consell d'Empreses, la necessària coordinació i orientació general de les activitats de caràcter econòmic desenvolupades per les empreses municipals o mixtes, tant per la gestió de serveis com per activitats d'iniciativa econòmica.

El nomenament del Consell d'Empreses serà aprovat pel Consell Plenari podent participar-hi, a més dels membres de la Corporació, representants dels estaments Econòmics i Socials. Aquest Consell d'Empreses podria evolucionar cap al que es defineix com a Consell de Vigilància en la 5a. Directiva de la CEE, si algun dia s'arriba a aprovar.

2. Les empreses municipals s'organitzaran com a Societats, per accions transmissibles. Els Estatuts contemplaran les competències, modalitats i límits que es puguin determinar per la transmissibilitat i que vindran normalment derivades del procés d'aprovació de la pròpia creació de la Societat.

3. Reconeixement per a l'empresa municipal prestant serveis municipals propis de l'Ajuntament de tots els beneficis fiscals de què gaudeix l'Ajuntament. Pel que fa a les empreses mixtes aquesta exempció s'hauria de fer en l'estricta proporció de participació del capital municipal, o d'una altra entitat de caràcter local, en la que l'Ajuntament de Barcelona participés (Mancomunitat, Consorci, etc...), però sempre prestant serveis municipals, per evitar d'entrar en competència i conflicte amb l'activitat privada. En l'antiga Llei Especial de Barcelona ja existia el reconeixement de determinats beneficis fiscals a les empreses municipals, però que posteriors lleis tributàries han derogat o si més no, han complicat molt en la seva aplicació.

4. Es contemplarà a les Empreses Municipals com a Òrgans de l'Administració Municipal, que tant poden donar serveis directament als ciutadans, com que els pugui rebre el propi Ajuntament, desenvolupant tasques tècniques, administratives o serveis. En aquests casos i com a continuació del propi procés de creació de les empreses, l'adjudicació o encàrrec serà directe i lliure per part de l'Ajuntament, subjecte en cada cas a les condicions econòmiques de funcionament i de control, etc., que específicament es fixin.

5. La intervenció de l'Ajuntament en l'activitat econòmica no sols està legitimada per la Llei sinó que s'avala per una necessitat d'incidir positivament en els processos econòmics dintre del municipi. Per tant la Nova Carta contemplarà que la iniciativa econòmica del municipi, desenvolupada mitjançant empreses, quedi ben definida i adequadament diferenciada del que són els serveis públics municipals i la seva gestió. S'augmentarà també la flexibilitat d'aquestes empreses, un cop constituïdes, per l'aprovació de les activitats concretes que desenvolupin.

6. S'establirà clarament , evitant qualsevol tipus de indefinició jurídica, la possibilitat que una empresa municipal, total o parcialment de l'Ajuntament de Barcelona, pugui participar en el capital d'una tercera empresa. Així mateix

s'hauran de definir les condicions de la seva participació. Entre elles, el que aquesta pugui fer l'aportació d'una concessió administrativa municipal o el encàrrec de prestació d'un servei municipal, que pugui concedir l'Ajuntament i definir els mecanismes del seu control, bàsicament polític, en aquestes noves societats.

7. Es desenvoluparà en la Carta un tractament per a les Empreses Mixtes, o de capital social sols parcialment pertanyent a l'Entitat Local, com es descriu en la nova Llei de Bases, creades tant per gestionar serveis com per concessions municipals, que puguin afavorir aquests tipus de societats en els aspectes jurídics, operatius, etc., per tal d'aprofitar els avantatges que pugui aportar una gestió privada amb un adequat control i participació en la gestió per part municipal, encara que aquesta última sigui societàriament minoritària.

8. Com a desenvolupament del punt anterior, s'establirà una regulació per a les empreses mixtes que faciliti tant el procès de creació com el seu funcionament. Per altra part, es contemplaran aquelles garanties necessàries, per part de l'Ajuntament, en els aspectes de: representació mínima municipal als òrgans d'administració, necessitat de vot favorable per part de la representació municipal en determinades circumstàncies i decisions i possibilitat d'intervenció a les vendes de la participació privada.

C. Els organismes Autònoms.

Donades les possibilitats que es contemplen a la Carta Municipal d'una gestió autònoma per part dels diferents sectors i àrees municipals, l'existència d'Organismes Autònoms amb personalitat jurídica es limitarà a aquells casos en què es compleixin unes condicions determinades:

- Que les finalitats de caràcter cultural, social, educatiu, etc..., siguin els elements en les seves activitats que predominin per sobre dels aspectes bàsicament econòmics del seu desenvolupament.

- Que el finançament de l'Organisme Autònom, a pesar del seu caràcter municipal pugui venir donat, total o parcialment, per l'aportació de recursos d'altres entitats fonamentalment públiques, facilitant així el funcionament i comportant que la forma d'organisme autònom permeti una millor

transparència, pel que fa a l'avaluació dels resultats en l'aplicació d'aquells recursos.

- Que l'existència d'un Organisme Autònom faciliti la participació jurídica d'altres institucions públiques en entitats municipals, amb les finalitats esmentades, i que de fet donarien lloc a formes de caràcter consorcial.

La tutela i control dels organismes autònoms es portarà a terme amb mecanismes equivalents al definits per les Empreses, però no existirà, en aquest cas, per la seva pròpia naturalesa de Fundacions Públiques, la Junta General que pel que fa a les Empreses Municipals ve determinada per exigències derivades de la Llei de Societats Anònimes. La Nova Carta de Barcelona haurà de contemplar també les possibilitats de creació de fundacions privades, especialment per a les activitats i serveis de caràcter cultural.

El marc que estem contemplant en la Nova Carta de Barcelona fa que els Organismes Autònoms amb «autonomia funcional, però no financera», i sense personalitat jurídica, que han estat funcionant en el passat, s'identifiquin amb les noves àrees i sectors de gestió, i per tant, perdin en una gran part el seu sentit i raó de ser.

IV. CONSIDERACIONS FINALS

Per acabar es voldrien afegir unes consideracions finals que afecten el conjunt de la N.C.B. i el seu procés d'elaboració i aplicació.

La nova carta es pensa no hauria de ser excessivament reglamentista. Ha d'estar en la línia de permetre que, el que es vulgui fer, es pugui fer. Reglamentar massa en detall: no. Donar un marc: sí. Per tant hauria de possibilitar que els diferents elements que s'han anat assenyalant puguin portar-se a la pràctica. Aquest és un punt important i que comportarà l'anàlisi aprofondit de totes aquelles lleis i reglaments (Llei de Bases de Règim Local, Reglament de Serveis de les Corporacions Locals, Llei de Societats Anònimes, Lleis Fiscals, etc.) que restringeixen el marc en què es voldria moure l'Ajuntament en la gestió dels seus serveis i activitats.

També és precís no oblidar en cap moment la raó per la crea-

ció d'ens autònoms amb personalitat jurídica. La racionalitat en l'aplicació dels recursos ciutadans comporta tant ajustar-se a les seves necessitats i desitjos com la correcta aplicació dels recursos disponibles. Aquest darrer punt ens duu a estructures descentralitzades, sigui territorialment, sigui divisionalment, per la gestió dels serveis. Per tant, a la creació d'ens i empreses, que té com a objectiu una gestió més àgil, competitiva i rendible, s'hi ha d'arribar una vegada s'han analitzat les altres possibles fórmules centralitzades.

Un altre punt que es vol remarcar és que l'Ajuntament és un tot, amb diversitat de formes. S'assenyala això perquè cal pensar que les Empreses «són Ajuntament». No s'ha de confondre, cosa que es fa a vegades, el que és «esencial» amb el que és únicament «procedimental», al definir els límits del que és el municipi. Creiem que aquesta és la filosofia i concepció cap a on s'ha d'anar. L'Ajuntament és un tot, que donades la seva pròpia complexitat i heterogeneïtat, comporta necessariament formes d'actuació i de gestió que poden ser i de fet són molt diferents.

Finalment i per acabar, tot aquest procés de reflexió sobre la gestió i l'organització municipal endegat amb motiu de l'elaboració de la Nova Carta de Barcelona té un calendari de concreció que pot ser més o menys llarg. No obstant ja s'apunten línies de cap a on es vol anar; línies de reforma i de millora que tant són factibles amb la Nova Carta com amb l'antiga, sempre que s'apuri fins a les últimes conseqüències l'actual marc legal. El que es duguin a terme des d'ara, amb més o menys modificacions, dependrà més d'una voluntat política que del marc en què es mou l'Ajuntament. Les propostes estan aquí. En certs casos es poden ja dur a terme, sempre que es considerin coherents amb les línies de reforma que s'estan presentant. Algunes propostes necessiten canvis jurídics, però altres només requereixen la voluntat de tirar-les endavant.

Intervenció a les Jornades d'Estudi
sobre la Nova Carta Municipal de Barcelona

Abril 1987

SECCIÓ 2a.:

MATERIALS PER A L'ELABORACIÓ DE LA LLEI ESPECIAL DEL MUNICIPI DE BARCELONA (REFLEXIONS SOBRE L'ACTIVITAT ECONÒMICA MUNICIPAL)

I. CONSIDERACIONS PRELIMINARS

Durant molt de temps l'excercici d'«activitats industrials i mercantils» pels municipis -per utilitzar l'expressió habitual- ha depès, d'un mode més o menys intens, de la categoria «servei públic». En aquest segle, les transformacions més significatives de l'Estat han estat el producte de la seva intervenció en l'activitat econòmica. L'exercici d'activitats industrials i mercantils per part del propi Estat ha constituït bona part d'aquest «intervencionisme». En l'àmbit local s'han reproduït a escala els mateixos fenòmens de l'intervencionisme públic en l'economia, si bé, alguns d'ells porten aquí una data anterior. No és necessari esbrinar tots aquets fets, ni detallar la seva complexitat. Amb tot, creiem que val la pena recordar que les transformacions experimentades per les activitats públiques en generalitzar-se l'intervencionisme, no han consistit exclusivament en canvis de natura organitzativa i instrumental (com les que, de fet, s'han derivat d'aquestes noves tasques de l'Estat, erigint-se un complicat aparell institucional capaç de desenvolupar, amb major o menor eficàcia, aquest intervencionisme). Els canvis s'han produït també, i sobretot, en el terreny dels principis; en l'aspecte que podem denominar com «legitimació de l'intervencionisme». D'una legitimació confosa amb el fonament mateix de l'Estat lliberal, en la mesura en què la intervenció en l'economia no era altra cosa que la pròpia estructura delimitant d'aquest Estat, s'ha hagut de passar a una fonamentació autònoma de l'intervencionisme quant a l'Estat explícitament ha assumit tasques en tot allò que és econòmic. El punt culminant d'aquesta evolució s'aconsegueix en aquells Estats que, com el nostre, situen com a principi bàsic de la seva constitució la clàusula de l'Estat social de Dret. Amb aquesta clàusula el propi intervencionisme, no sols en l'economia, i els fins que persegueix, s'han convertit en fonts de legitimació de l'Estat. Insistim, tot i que, sigui obvi, en què aquesta transformació s'ha produït en ambdós plans: en l'organitzatiu i instrumental, i en el dels principis. I, tot i que, també sigui obvi, volem advertir que gran part de la complexitat d'aquest procés d'evolució no radica en els canvis

requerits en cada pla per separat, sinó en les interrelacions d'ambdós. Una il·lustració d'aquesta complexitat la trobem, precisament, en el tema que ens ocupa: l'activitat econòmica municipal. Si l'establiment dels instruments necessaris al desenvolupament de les activitats econòmiques assumides per les entitats locals ha estat, i és, un procés complex i inacabat, no ho ha estat menys la busca del fonament legitimador de l'excercici de tals activitats per part d'aquests ens. Un punt d'arribada, pacífic durant molt de temps, perquè ha pogut articular de mode coherent la relació entre ambdós plans, ha estat la categoria «servei públic». Amb aquesta categoria s'ha dotat de l'organització necessària a les entitats locals, però també s'hi ha trobat el fonament legitimador de l'intervencionisme (local) en l'economia. (Aquestes observacions relatives a la doble funció de la categoria «servei públic», necessàriament han de matisar- se en referir-les a l'administració no local de l'Estat. Que en aquest àmbit l'intervencionisme ha pres unes dimensions tals que ha calgut trobar categories legitimadores diferenciades i més complexes que sols de mode molt tènue deixaven entreveure la dependència de la noció de «servei públic». Vegin, per exemple, els fonaments de l'anomenada administració institucional de l'Estat - en la Llei d'Entitats Estatals Autònomes, de 26 de desembre de 1958 - o ara també de l'administració institucional autonòmica en la Llei Reguladora de l'Administració Institucional de la Comunitat de Madrid, de 19 de gener de 1984 o en la Llei de l'Estatut de l'Empresa Pública Catalana del 29 de març de 1985).

Amb tot, i aquest és l'objectiu bàsic d'aquestes reflexions (necessàriament breus), creiem que existeixen avui fets suficientment significatius per a revisar aquest plantejament tradicional. Hi ha activitats econòmiques que exerceixen avui els municipis que difícilment són reconduïbles a la categoria «servei públic». L'entramat organitzatiu del servei públic difícilment s'adequa a aquestes noves activitats. La via instrumental resulta estreta i deformant en molts casos. Raonant en termes tradicionals podria objectar-se que no hi ha motiu per a estranyar-se de què sigui així, ja que en la mesura en què aquestes activitats no són servei públic, no és casual que els resulti difícil adaptar-se a una organització prevista per al desenvolupament d'allò que precisament ha de ser considerat servei públic; concloent, en conseqüència, que la inadaptació és el simple resultat de la il·legitimació de l'exercici d'aquestes acti-

vitats. No obstant això, aquesta possible objecció ignora un fet de natura jurídica: l'existència avui d'un fonament de legitimació de la intervenció dels ens públics en l'economia, que no té res a veure amb la categoria «servei públic». Una font autònoma de legitimació que té el seu origen en la pròpia Constitució de 1978 i en aquella part que s'acostuma a denominar «Constitució Econòmica». Si això és cert, i creiem poder-ho provar en el que segueix, la possible objecció advertida pot diluir-se, contra-argumentant en els següents termes: l'organització de l'activitat econòmica municipal ha de ser immediatament objecte de revisió per evitar que s'hagin d'assumir formes de servei públic, activitats legítimes que no són serveis públics. Obligar la reconducció d'aquestes activitats a la categoria «servei públic» significa ignorar el seu fonament autonòmic i és la causa de les deformacions que experimenten certs instruments organitzatius. En definitiva els nous fets (tant materials -com l'excercici d'activitats econòmiques que són serveis públics-, com jurídics el fonament constitucional de la seva legitimitat exigeixen una urgent redifinició de l'esquema organitzatiu de les activitats dels ens locals: Una readaptació dels mitjans organitzatius per a l'exercici d'activitats econòmiques que sí, són servei públic i l'establiment dels nous instruments organitzatius necessaris per al desplegament d'activitats econòmiques, que no, són serveis públics.

L'ocasió concreta per a aquestes reflexions la brinda el fet de l'elaboració d'una nova Llei Especial per al Municipi de Barcelona (Carta Municipal). No obstant això, el context en el qual, necessàriament, s'ha de produir aquesta nova Carta Municipal no és del tot favorable al desenvolupament i articulació de les consideracions que s'acaben d'anunciar. Així i tot, la necessitat d'avançar en aquesta direcció és urgent, si no es desitja que els fets vagin per davant de les idees (quan es tracta només de les mínimes precises per no caminar a cegues).

En efecte, l'Ajuntament de Barcelona, per raons òbvies, ha anat desenvolupant un conjunt de serveis públics i el seu esquema organitzatiu respon, per una part, al que és establert per la Llei Especial per al Municipi de Barcelona (LEB), aprovada pel Govern mitjançant el Decret n. 1166/1960, del 23 de maig -en ús de l'autorització que se li ha conferit per l'article 94.2 de la Llei de Règim Local de 1955, reformada per la Llei del 7 de novembre de 1957- (arts. 38 a 40) i pel Decret n. 4026/1964, del 3 de desembre, que

disposà el Reglament de desenvolupament parcial de la LEB (arts. 77 a 81). I, per altra part, aquest esquema organitzatiu respon al comú regulat per la legislació de Règim Local i, especialment al contingut en el Reglament de Serveis de les Corporacions Locals de 1955. Hem de recordar a més, que la part de l'esquema que és especial per a la Corporació barcelonina, li retallaren la LEB i el Decret 4026/1964 sobre el patró de la Llei d'Entitats Estatals Autònomes de 1958. I no només per la remissió a aquesta última que facultativament estableix l'art. 40.2 de la LEB quan es tracta de gestionar serveis determinats que, òbviament, no impliquen l'exercici d'autoritat, mitjançant una organització especial distinta de la general de l'Ajuntament, sinó perquè a més la trilogia «organismes autònoms», «serveis administratius sense personalitat jurídica distinta de la del Estat» i «empreses nacionals» de la LEEA és clarament evocada en els arts. 77 i ss. del Decret 4026/1964 en assenyalar les formes de prestació de serveis per gestió directa que pot adoptar l'Ajuntament de Barcelona; «Institució Municipal dotada de personalitat», «òrgan especial sense personalitat jurídica» i «Empresa Municipal». Amb tot, i molt especialment malgrat això últim, l'esquema organitzatiu conjunt no permet enquadrar l'exercici d'activitats econòmiques que no siguin estrictament serveis públics. La varietat, i la sofisticació moltes vegades, de formes de prestació que es contenen en aquest esquema, no en comprèn cap, pensada especialment per al desenvolupament de la iniciativa econòmica municipal en els termes que avui pot ser desplegada. I no obstant això, l'Ajuntament de Barcelona, ofereix bons exemples, sobretot en els últims temps, d'experiències d'iniciatives d'aquest gènere, extremadament fructíferes que no poden ser ignorades.

En aquest sentit el cas Iniciatives, S.A. sorgeix com a paradigma d'un conjunt de possibilitats legítimes, a la llum del text constitucional, i com a prova suficient del caràcter positiu del seu exercici. Però el cas Iniciatives, S.A. és en primer lloc un cas d'exercici d'activitats econòmiques no subsumibles en la categoria «servei públic» en sentit estricte. Si té alguna raó el fet de portar-ho a la nostra consideració, no és per altre motiu que l'haver estat, en part el banc de proves de l'adequació de l'esquema organitzatiu que existeix, per a la prestació de serveis de l'Administració municipal de Barcelona, a les necessitats actuals. La majoria dels problemes que han anat sorgint en la configuració d'aquesta nova experiència d'activitat públi-

ca, derivaven, i deriven, de les insuficiències d'aquest esquema i de la confusió dels fonaments legitimadors de l'exercici d'aquesta activitat. La necessitat de reconduir aquest excercici a la categoria «servei públic» i d'adaptar una de les formes de gestió previstes en l'esquema organitzatiu per al desenvolupament d'activitats distintes, és en el fons dels problemes advertits. En el cas concret que aquí assenyalem, els problemes, si bé han entrebancat el desenvolupament de l'activitat, no han aconseguit impedir els excel·lents resultats de l'experiència. La inadequació de l'esquema organitzatiu s'ha salvat en part amb alambinades fórmules jurídiques alternatives, i, en part, perquè no dir-ho, amb grans dosis d'imaginació jurídica. Malgrat tot, entenem que la sola presència d'aquests problemes és la que ha de ser eliminada, màxim si, com també ho entenem, el seu origen pot ser descobert en la inadequació esmentada i enquadrat des de l'òptica constitucional. La reflexió desplegada al fil d'aquesta experiència és la que es tradueix, més endavant, quan considerem la revisió dels modes de gestiò de les activitats mitjançant formes societàries privades.

Però fins aquí no hi ha res que justifiqui la qualificació desfavorable que atribuïem més amunt al context en el qual s'ha d'articular la nova Carta Municipal. El cas Iniciatives, S.A. és un argument perfecte per reclamar una revisió de l'esquema organitzatiu dels serveis públics, que és en definitiva del que es tracta. A més la reiterada insinuació de la constitucionalitat d'aquest nou gènere d'activitats tampoc sembla explicar els motius d'aquesta consideració negativa del context. Però hi ha fets ulteriors que no podem desconèixer.

El context en el qual haurà d'elaborar-se la nova Carta Municipal ve caracteritzat per la reforma de la legislació del Règim Local. I aquí s'hi troba precisament, l'origen de les dificultats anunciades. Volem advertir des de bon principi, que no ens referim al gènere d'obstacles nascuts de la forma en la qual es van consolidant les fases fonamentals de la reforma; no ens referim a l'eventual estret marge de maniobra en el qual poden quedar tancades les possibilitats de la Nova Llei Especial del Municipi de Barcelona després de la promulgació de la Llei n. 7/1985, del 2 d'abril de Bases de Règim Local amb la transcendència del significat del seu caràcter bàsic, així com la del significat del caràcter idèntic que sembla tenir la legislació ulterior dictada, o que es dicti en el futur, a l'empara de la Disposició Final

primera d'aquella (això és, pel moment, la constituïda pel Reial Decret Legislatiu, n. 781/1986, del 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de les disposicions legals vigents en matèria de Règim Local, i en el futur el nou Reglament de Serveis de les Corporacions Locals). Ni tampoc ens referim a l'eventual reducció de l'àmbit de possibilitats de la nova Carta Municipal deguda al caràcter que semblen posseir els règims especials previst en el Capítol IV, del títol II de la LBRL de 1985. Pel moment en tenim prou amb comptar amb la confiança en un major camp operatiu, derivat del reconeixament implícit de l'especificitat barcelonesa que es conté en la Disposició Addicional Sisena d'aquesta Llei, i que veus més autoritzades que les nostres seran capaces d'explicitar, superant el dictat literal d'aquestes disposicions, en favor de l'Autonomia Municipal.

Perquè aquí només ens ocuparem d'un gènere de dificultats distint, nascut també amb les fases consolidades de la reforma, però referibles al mode com, en l'àmbit de l'articulació del sistema de prestació de serveis, s'han anat diluint els principis constitucionals que configuren la iniciativa econòmica pública. Cal observar, bé que no alludim a una restricció interpretativa del text constitucional en aquest punt, sinó a quelcom, potser pitjor, que suposa la ignorància de les categories noves que la Constitució de 1978 ha establert al respecte. En uns altres termes, creiem advertir que el reformador local ha articulat vells esquemes organitzatius per a desenvolupar principis nous i sense ignorar-los en absolut ha configurat, com no podria ser d'una altra manera, un sistema ambigu i confús. Tractar d'orientar-nos mínimament en aquest context és el que ens proposem en aquestes pàgines.

En conseqüència, les consideracions que segueixen s'ordenaran del següent mode: en primer lloc (epígraf 2), examinarem el significat i l'abast dels nous principis que es contenen en el text constitucional en relació a la iniciativa econòmica pública que permeten establir, tal com confiem privar, un fonament autònom a aquesta activitat pública distint de la categoria «servei públic»; a continuació (epígraf 3), analitzarem l'esquema organitzatiu de les activitats i serveis dels ens locals, establert en la LBRL de 1985, proposant una interpretació d'aquest esquema que elimini les ambigüitats i sigui coherent amb els principis constitucionals que abans hem precisat; tot seguit (epígraf 4), afrontarem el mateix gènere d'ambigüitats que motiva el RDL 781/1986 pro-

cedint, a l'igual que en l'epígraf anterior, a assenyalar una interpretació del mateix que encaixi en la nostra Constitució Econòmica. Una vegada arribats a aquest punt pensem haver pogut posar ja en clar el context en el qual haurà d'elaborar-se la nova Carta Municipal, reconeixent la possibilitat de separar netament allò que pot ser activitat econòmica municipal, com iniciativa econòmica pública en sentit estricte, d'allò que pot ser activitat econòmica municipal reconduïble a la categoria «servei públic». No obstant això, aquest fet no implicarà necessàriament l'existència de dos esquemes de desplegament de l'activitat econòmica absolutament diferenciats. La polivalència de les estructures organitzatives com instruments tècnics haurà de ser considerada. Per aconseguir-ho caldrà assenyalar aquelles formes organitzatives que, amb les revisions necessàries, puguin ser útils tant per a la iniciativa econòmica, com per al desenvolupament dels serveis públics. Creiem que les principals formes polivalents són les que adopten el règim societari.

Per aquesta raó acabarem considerant (epígraf 5) l'adaptabilitat de l'estructura organitzativa de les societats municipals al nou sistema d'activitats econòmiques que l'Ajuntament de Barcelona desenvolupa i pot continuar desenvolupant, continuant, a més les rectificacions que, segons el nostre criteri, són necessàries per a la seva màxima eficàcia i racionalització. La necessitat de distingir clarament la iniciativa econòmica pública i el servei públic, i la de tenir present aquesta distinció als efectes d'articular separadament dos gèneres diversos de formes d'organització adaptables respectivament a cada gènere d'activitat -amb independència del caràcter intercanviable que posseeixen les formes organitzatives de tipus societari-, constituiran el nucli essencial d'allò que, en la nostra opinió, hauria de contenir la nova Carta Municipal en matèria d'activitats econòmiques, i que, a mode de conclusions assenyalarem al final.

II. LA INICIATIVA ECONÒMICA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓ DE 1978. ANÀLISI DEL SEU ARTICLE 128.2

Un dels diversos aspectes que integren la denominada «Constitució Econòmica» d'un país («Constitució econòmica formal» si, a més, tal com succeeix en el nostre cas, aquests aspectes estan continguts en el propi text constitucional),

és la determinació de quins agents estan legitimats per a l'exercici d'activitats econòmiques, al mateix temps que la regulació bàsica de com aquests agents han d' exercir aquestes activitats. En la Constitució espanyola de 1978, l'article 38, reconeix el dret (la legitimació) a l'exercici de «la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat» a tots els ciutadans. Els subjectes privats són, doncs, els agents legitimats per a l'exercici d'activitats econòmiques. No obstant això, respecte a com han de ser exercides aquestes activitats, aquest article no dóna altres indicacions distintes de les que es deriven d'aquesta diferència al marc de l'economia de mercat en el qual ha de desenvolupar-se aquesta activitat. Ni en aquest article, ni en cap altre del text constitucional, existeix indicació explícita alguna que determini ulteriorment el mode d'exercir les activitats econòmiques per part dels subjectes privats. Es erroni creure, com algunes vegades ha succeït, que l'exercici de la llibertat d'empresa és reconegut en la mesura en què s'adequa a l'aconseguiment de fins socials. Només una visió apressada del paral·lelisme que existeix entre l'art. 38 de la Constitució espanyola i l'art. 41 de la italiana, que s'acostuma a portar repetides vegades com a referència -creiem que impròpiament-, explica aquest equívoc. Si bé, és cert que, l'art. 41 del text constitucional italià de 1947 assenyala, en el seu paràgraf segon, que «La llei determina els programes i els controls oportuns perquè l'activitat econòmica pública i privada pugui ser dirigida i coordinada als fins socials», no ho és menys que l'art. 38 de la nostra Constitució, que estableix una fórmula que és precisament, la inversa: l'obligació dels poders públics de garantir i protegir l'exercici de la llibertat d'empresa, d'acord amb les exigències de l'economia general i, en el seu cas, de la planificació. Es doncs el mode de cumplir aquesta obligació de garantia de l'exercici de la llibertat d'empresa, que tenen els poders públics, el qual ha de considerar les exigències de l'economia general (expressió, tot sigui dit, que resulta bastant distinta a més dels «fins socials» que conté l'art. 41 de la Constitució italiana). De tot això es dedueix, com per altra part, ha admès la nostra millor doctrina, que la llibertat d'empresa reconeguda en la Constitució de 1978 no està funcionalitzada a l'aconseguiment de l'interès general, sinó que aquest interès general actua, en tot cas, com a límit negatiu; això és així, la llibertat d'empresa no pot contrariar els denominats «interessos generals», quelcom ben diferent de la creença en la qual els qui estan legitimats per a l'exercici de les activitats econòmiques

deuen de manera positiva, procurar la realització d'aquests interessos.

No obstant això, la qüestió anterior no ha de conduir-nos a pensar que el com exercir l'activitat econòmica no està condicionada a cap gènere de limitacions; ja que, en primer lloc, es troba el propi marc de l'economia de mercat, el qual, si més no, exigeix el respecte de certes regles explícites en el nostre ordenament i contingudes com a mínim en la llei de repressió de pràctiques restrictives de la competència del 20 de juliol, que no només estableix una regulació anti-monopoli, sinó que permet fundar, amb aquest caràcter mínim que posseeix aquesta legislació, la repressió de la il·licitud concurrencial. Però sobretot, el com exercir l'activitat econòmica es troba condicionat per la clàusula de l'Estat Social que ja en el primer article de la Constitució es recull. D'aquí deriven uns límits ulteriors, que convé distingir la seva naturalesa de la qual posseirien aquelles limitacions precedents de la pretesa funcionalització (i legitimació) de l'exercici de la llibertat d'empresa a l'aconseguiment dels interessos generals. Es tracta d'advertir, senzillament, que la naturalesa d'aquests límits ulteriors que sí existeixen està vinculada al fet de què la llibertat d'empresa no pot contrariar els «interessos generals» que són els que persegueix un Estat que s'adjectiva com social. Es tracta en definitiva de límits que deriven del no poder exercir la llibertat d'empresa violant el dret al medi ambient, atemptant la salut o els interessos econòmics dels consumidors, o en general, vulnerant els principis rectors de la política social i econòmica del propi Estat Social de Dret (així assenyalat, per exemple, per Angel ROJO, «Iniciativa pública y actividad económica privada en la Constitución española», Rev. Dcho. Mercantil, 1983, pp. 309-341, esp. p. 320).

Fins aquí hem vist, en línies generals, els aspectes constitucionals de la regulació del com, els agents legitimats per a exercicir les activitats econòmiques, deuen d'exercir-les. Abans havíem recordat que l'art. 38 de la nostra Constitució ha assenyalat també quins agents són legitimats per a l'exercici d'aquestes activitats i dèiem que aquests eren els subjectes privats. Tanmateix, el text constitucional de 1978 no s'ha limitat a legitimar només a aquests conjunts d'agents, sinó que ha legitimat també el conjunt constituït pels Ens públics. L'art. 128.2 de la Constitució ha reconegut explícitament «(...) la iniciativa pública en l'activi-

tat econòmica». Com ha assenyalat un destacat administratiu (Fernando GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, Madrid 1980, p. 1348) «(...) l'al·lusió a la iniciativa pública de l'apartat 2 de l'article 128, primer incís, engloba l'acció econòmica de qualsevol ens públic no sols estatal, sinó municipal, provincial i autonòmic (...)». D'aquesta manera, com també s'ha dit autoritzadament (Martín BASSOLS COMA, Constitución y sistema económico, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p.170) la Constitució ha consentit que l'actuació econòmica deixi de ser «(...) una activitat inicialment reservada als particulars per a poder ser exercida també pels ens públics (Estat, Comunitats Autònomes i Ens locals) invertint-se així el plantejament tradicional de signe lliberal (...)» Noti's bé, que la cosa realitzada per la Constitució ha estat ampliar el conjunt de subjectes legitimats per a l'exercici d'activitats econòmiques sense alterar en absolut els factors condicionants d'aquest exercici. Si no hagués estat així, ara la pregunta, «com s'ha d'exercitar l'activitat econòmica?» tindria respostes distintes segons fos privat o públic el subjecte al qual la referiríem. En això resideix la inversió del plantejament tradicional a la qual al·ludia l'últim autor citat. La inversió s'ha produït no perquè abans els subjectes públics no estiguessin legitimats per a exercir activitats econòmiques, sinó perquè el model d'exercir-les era distint del mode com podien exercir-les els subjectes privats. Ara, subjectes privats i ens públics estan sotmesos als mateixos condicionants i han d'observar les mateixes limitacions quan exerceixen el dret a la iniciativa econòmica que la Constitució els reconeix directament en el fonament legitimador de la iniciativa econòmica privada les raons de la seva existència; raons que, per altra part, determinaven una forma d'exercici de l'activitat econòmica pública distinta de la forma d'exercitar-se la iniciativa privada. En resum «(...) en reconèixer la iniciativa pública en l'activitat econòmica, sense més condicionaments, el que la Constitució està fent és trencar, erradicar el principi de subsidiarietat que en les Lleis Fonamentals anteriors presidia l'actuació de l'empresa (pública)» (T.R. FERNÁNDEZ, citat per BASSOLS COMA, op.cit., p. 171).

Si observem ara el mode com algunes vegades es tracten aquestes qüestions, descubrirem que aquí també existeixen creences errònies, anàlogues a les esmentades en el començament. Així quan després d'admetre que la iniciativa econòmica privada no està funcionalitzada a l'aconseguiment dels inte-

ressos generals, sinó que aquests apareixen només com els seus límits negatius, s'afirma que, per contra, la iniciativa econòmica pública ha d'assumir la realització positiva d'aquests interessos generals, de nou ens trobarem front a una proposició falsa. L'equívoc en aquest cas també acostuma a tenir arrels italianes i igualment, és el citat art. 41 de la Constitució republicana el que es porta a col·lació: hom diu que el text constitucional de 1947, a l'igual que l'espanyol de 1978, ha abandonat la subsidiarietat com fonament legitimador de la iniciativa econòmica pública, més amb això no ha deixat de condicionar el desplegament de l'activitat econòmica pública a l'aconseguiment de fins socials. Això últim és cert, no obstant això, el què no subratlla suficientment és que en aquell context, a diferència del que ocorre en el nostre, tant la iniciativa econòmica pública com la privada són regulades per la Llei, perquè puguin ser «dirigides i coordinades per a l'aconseguiment de fins socials» (art. 41 in fine. Amb la qual cosa l'únic rellevant als nostres efectes és que, a l'igual que en la Constitució de 1978, iniciativa pública i iniciativa privada es troben en situació d'igualtat (Francesco GALZANP, Il Diritto Privato fre Codice e Constituzione, Zanichelli, Bologna, 1978, pp. 132-133). En conclusió, el text constitucional de 1978 ha establert un principi de co-iniciativa (privada i pública) en l'activitat econòmica. Els limits que estableix el marc de l'economia de mercat a la primera, també són limits a la segona. I, l'obligació de no vulnerar en el seu desenvolupament els principis continguts en la clàusula de l'Estat social, és obligació que pesa sobre les dues. Això és tot, i l'únic, que es dedueix del nostre ordre constitucional.

Ara bé, les consideracions anteriors no esgoten els problemes. Els Ens públics (l'Estat, les Comunitats Autònomes, les Entitats Locals) quan desenvolupen activitats econòmiques no sempre exerceixen el dret a la iniciativa econòmica de la qual en són titulars, a l'igual que els subjectes particulars. L'Administració Pública té assignada la missió de «(...) servir amb objectivitat els interessos generals (...)» (art. 103 de la Constitució espanyola). No hi ha cap dubte, que el compliment d'aquesta missió exigeix el desenvolupament d'activitats econòmiques. Però en aquest cas, són altres principis els que han d'entrar en joc. El mateix art. 128.2 del text constitucional, si en el seu primer incís reconeix la iniciativa econòmica pública, en el segon, estableix els principis bàsics que regulen el cas en el qual els Ens Pùblics desenvolupen activitats econòmiques sense exer-

cir per això el seu dret a la iniciativa econòmica. El concepte clau en aquest aspecte és el de «reserva», i aquí allò que es ve a regular són les condicions per a l'exercici d'«un altre dret de l'Estat» distint : el de suspendre el marc de l'economia de mercat en determinades circumstàncies («[...] Mitjançant Llei, es podrà reservar al sector públic recursos o serveis essencials, especialment en cas de monopoli», art. 128.2 citat). Es un concepte nou el que aquí s'estableix amb una funcionalitat perfectament adaptable al reconeixament del dret a la iniciativa econòmica pública. Mitjançant la noció de «reserva» l'Estat pot determinar quins àmbits d'activitat econòmica exigeixen una forma de ser desenvolupats distinta de la forma concurrencial. És la facultat de modificar el com exercir la iniciativa econòmica d'allò que aquí es ve a reconèixer. I com aquesta facultat, si fos illimitada, comportaria la destrucció de tots els principis abans esmentats, la Constitució la regula, condicionat formalment, el seu exercici a l'empara de la Llei, i, materialment, a l'àmbit d'activitats econòmiques que siguin susceptibles de referir-se a recursos i serveis essencials.

De tot el que hem vist anteriorment podem deduir que la Constitució de 1978, i respecte a les activitats econòmiques exercides pels ens públics, ha establert una clara distinció. Per un costat ha reconegut la possibilitat que els ens públics desenvolupin activitats econòmiques com a manifestació del dret a la iniciativa econòmica. En aquest cas els límits i condicionants de l'exercici d'aquest dret són els mateixos que pesen sobre els particulars. Per altra part, s'ha establert la possibilitat que determinades possibilitats econòmiques siguin substretes del règim de la iniciativa econòmica (tant privada com pública) i sotmeses a ulteriors condicionants que es justifiquen per l'essencialitat del recurs o la del servei al qual es refereixen. (Es difícil no veure que només en aquest últim cas pot afirmar-se l'existència d'un paral·lelisme amb l'antiga reconducció necessària a la categoria «servei públic» per al desenvolupament d'activitats econòmiques per part dels ens públics).

Que el legislador constituent hagi establert amb nitidesa una distinció, no significa que el legislador ordinari la continuï mantenint, (altra cosa distinta és que ho hagi de fer o no). El cas de la LBRL de 1985 és un exemple il·lustratiu. Aquí, el legislador no ha esborrat aquesta distinció (en aquest cas ara sabríem a quina cosa atenir-nos), sinó que l'ha ignorada. Els problemes que es deriven d'això

no tenen res a veure amb la inconstitucionalitat, sinó amb la confusió i l'ambigüitat. D'això, ens en ocuparem tot seguit.

III. L'ESQUEMA ORGANITZATIU DE LES ACTIVITATS I SERVEIS, DE LA LLEI REGULADORA DE LES BASES DE RÈGIM LOCAL DEL 2 D'ABRIL DE 1985

Els art. 85 i 86 de la LBRL de 1985, que són els que ara ens interessa examinar, contenen una regulació organitzativa que és difícil referir amb nitidesa a la distinció iniciativa econòmica pública-activitat econòmica reservada (servei públic) que acabem de veure. No neguen aquesta distinció, ja que explicítament l'art. 85, defineix en termes molt amplis la noció «servei públic local», («Són serveis públics locals tots els que tendeixen a l'aconseguiment dels fins assenyalats com de la competència de les Entitats locals»), i estableix un esquema organitzatiu de les formes en què es pugui revestir la seva gestió, (Gestió directa-Gestió per la pròpia Entitat Local, Organisme autònom local, Gestió interessada, Concert, Arrendament, Societat mercantil i cooperatives legalment constituïdes, que el seu capital social només parcialment pertanyi a l'Entitat local); mentre que, l'art.86 per la seva part sembla ocupar-se de la iniciativa econòmica pública (la dels Ens Locals, mitjançant expedient acreditatiu de la conveniència i oportunitat de la mesura, podran exercir la iniciativa pública per a l'exercici d'activitats econòmiques conforme a l'art. 128.2, de la Constitució»). Fins aquí no tenim res a dir-hi.

Però una vegada admesa la distinció constitucional, el legislador de 1985 sembla que desconegui el seu abast. Els apartats 2 i 3 de l'art. 86 són la manifestació més clara d'aquesta ignorància. La suficiència de l'aprovació pel Ple de la Corporació de l'exercici de l'activitat (suposen que la descrita en l'apartat 1, la iniciativa econòmica local), quan es faci «en règim de lliure concurrència» (sic), i la necessitat que el propi Ple sigui qui determini la forma concreta de gestió del «servei» no presenta gaires problemes. Es cert que sense vulnerar la tan reiterada distinció constitucional, un sector de la doctrina va admetent que totes les activitats que desenvolupen els ens públics dins de l'àmbit de la seva competència poden ser denominades, en un sentit molt ampli, «servei públic». Ara bé, la cosa que no té cap justificació és condicionar a l'aprovació del Ple de la Corporació l'exercici de la iniciativa econòmica que es

vagi a fer «(...) en règim de lliure concurrència», per la senzilla raó, de què, no hi ha altra forma, des del punt de vista constitucional, d'exercir la iniciativa econòmica-pública, (aquí local). No obstant això, l'absurditat desapareix si referim a l'apartat 3 el significat de l'apartat 2. En efecte, el contingut d'aquest apartat constitueix la concreció en l'àmbit local de l'institut de la reserva establert en l'art. 128.2 de la Constitució.

La LBRL de 1985, en aquest article, ha complert el mandat constitucional que exigeix que les activitats econòmiques per a les quals es suspèn el règim de mercat siguin establertes per la Llei: «Hom declara la reserva en favor de les Entitats Locals de les següents activitats o serveis essencials: (...). L'Estat i les Comunitats Autònomes, en l'àmbit de les seves respectives competències, podran establir, mitjançant Llei, idèntica reserva per a altres activitats i serveis. El segon paràgraf d'aquest apartat condiciona l'efectiva execució d'aquestes activitats "en règim de monopoli" a l'aprovació del Ple de la Corporació i a la de l'Òrgan de Govern de la Comunitat Autònoma. Aquí sí que té sentit utilitzar l'expressió "en règim de monopoli" com alternativa al "règim de lliure concurrència": la tècnica de la reserva implica una assumpció d'activitats que veuen afectades el mode del seu exercici sense que això impliqui necessàriament el que aquest hagi de passar per la forma monopolitzada.»

Resumint, la nostra opinió és que, contrastada la distinció constitucional entre iniciativa econòmica pública i activitats que es refereixen a recursos i serveis reservats per ser essencials, amb la noció «servei públic local», resulta un panorama constituït per (a) iniciativa econòmica pública que no significa servei públic, (b) servei públic que no implica activitat econòmica (els termes amplis de l'art. 85.1 així ho donen a entendre), i, (c) una zona comuna de serveis públics que impliquen activitats econòmiques i, que si bé podran desplegar-se en règim de lliure concurrència o de monopoli, en algun moment l'Estat, mitjançant la tècnica de reserva, ha explicitat la necessitat de què el règim comú de la iniciativa sigui modificat.

Aquesta interpretació de la LBRL permet que la nova Carta Municipal de Barcelona, tingui en compte la distinció constitucional assenyalada i tracti d'articular sistemes organitzatius distints per tot el que és iniciativa econòmica pública i per tot el que són serveis públics (tot i que si-

guin de natura econòmica). Tanmateix les dificultats interpretatives que ofereix la LBRL són poques si les comparem amb les que ofereix la LBRL són poques si les comparem amb les que ofereix el RDL 781/1986.

IV. LA INICIATIVA PÚBLICA EN MATÈRIA ECONÒMICA EN L'ÀMBIT DE LES CORPORACIONS LOCALS, SEGONS EL RDL. 781/1986

En els apartats anteriors d'aquest treball s'ha analitzat l'abast de l'art. 86 de la LBRL, a la llum de l'art. 128.2 de la Constitució espanyola. Es necessari contemplar ara el tractament que d'aquest tema es fa en la normativa vigent de rang inferior, és a dir, en el Reial Decret Legislatiu 781/1986, del 18 d'abril pel qual s'aprova el text refós de les disposicions vigents en matèria de règim local. També analitzarem el tractament que d'aquests temes es fa a l'Esborrany de Reglament de Serveis, elaborat pel Ministeri d'Administració Territorial.

Fóra convenient tractar d'incidir en el text definitiu del nou reglament de Serveis perquè tot i que, és cert que d'aprovar-se la Carta Municipal de Barcelona, tindrà un rang normatiu superior, no és menys cert que el Reglament tindrà una importància per diversos motius:

- Serà aplicat directament a l'Ajuntament de Barcelona mentre no s'aprovi la Carta Municipal.

- Un règim jurídic exclusiu per a Barcelona notablement distint de l'aplicable a la resta de les Entitats Locals, a més de dificultar l'aprovació de la pròpia Carta, pot crear problemes donat el caràcter de norma bàsica del Reglament de Serveis, a més de la seva aplicació subsidiària.

Hem vist ja les grans possibilitats que l'art. 86 de la LBRL obre a les Entitats Locals en el camp de la iniciativa pública en l'activitat econòmica. Tanmateix, el RDL 781/1986, no només no ha avançat en la línia oberta per la LBRL, sinó que la seva lectura posa de manifest una absoluta falta d'assimilació per l'anomenat text legal de les potencialitats del tan citat art. 86. Els problemes sorgeixen per dos motius, primer perquè no s'ha desenvolupat suficientment el concepte d'iniciativa econòmica; segon, perquè es manté una notable confusió entre el concepte ampli de servei públic (art. 95,103 i 104) i la noció clàssica (art. 97.b, 106, 107 i

108). En relació amb la primera de les qüestions plantejades, l'art. 96 del citat text estableix!

«La iniciativa de les Entitats Locals per a l'exercici d'activitats econòmiques, quan ho sigui en règim de lliure concurrència, podrà recaure sobre qualsevol tipus d'activitat que sigui d'utilitat pública i es presti dins el terme municipal i en benefici dels seus habitants.»

No tenim res a objectar a aquest precepte que defineix de forma clara i suficientment oberta tot allò que s'hagi d'entendre per iniciativa econòmica. Pocs dubtes hi ha de què una activitat com la d'Iniciatives S.A. dirigida a la promoció, recolzament i participació en activitats econòmiques i socials que contribueixen al desenvolupament de l'entorn sòcio-econòmic, potenciant iniciatives generadores de riquesa i ocupació (art. 3 dels Estatuts Socials), té ple encaix en el dit precepte, sobretot a la llum de l'abast de l'art. 86 LBRL (no entrem a analitzar aquí els possibles conflictes de competències que puguin sorgir amb altres Administracions en executar activitats concretes d'iniciativa econòmica). Malgrat tot, l'encert de l'art. 96 es veu enfosquit per altres preceptes del citat RDL que semblen reconduir la iniciativa pública en l'activitat econòmica a simple prestació de serveis públics en la seva noció clàssica. Així en l'art. 97, en establir-se els requisits per a l'exercici d'activitats econòmiques es diu en punt 1.b «(...)

També, haurà d'acompanyar-se un projecte de preus del servei, per a la seva fixació es tindrà en compte que és lícita l'obtenció de beneficis aplicables a les necessitats generals de l'Entitat Local com a ingrés del seu pressupost, sense perjudici de la constitució de fons de reserva i amortitzacions (...)». Es evident que el precepte està pensat en funció clàssica i no, en les activitats que, per exemple, hem vist que constitueixen l'objecte social de la Societat Municipal Iniciatives, S.A.

Especialment il·lustratiu de tot el que diem, és l'art.106, que sembla tenir un àmbit d'aplicació que comprèn tot gènere d'activitats, i segons el qual:

«Els actes de gestió del servei en les seves relacions amb els usuaris estaran sotmesos a les normes del propi servei (...)»

I, el mateix l'art. 107, en la determinació de les tarifes, o l'art. 108.

Tenint en compte que a l'esborrany de Reglament de Serveis de les Corporacions Locals es manté la confusió conceptual que denunciem, creiem convenient que la Carta Municipal desenvolupi quelcom més el concepte d'iniciativa econòmica, en la línia de l'objecte social de la Societat Privada Municipal Iniciatives S.A.

Es tracta d'explicar la possibilitat que les Corporacions Locals desenvolupin un tipus d'activitats que s'inclouen en el concepte d'iniciativa econòmica, com ja hem vist, però que ni han estat tradicionalment desenvolupades pels Municipis, ni són reconductibles a les fòrmules organitzatives de les activitats tradicionals.

També, sembla convenient un tractament individualitzat d'aquesta competència municipal, que si bé en molts aspectes s'encobreix amb la noció de servei públic en sentit estricte, té un contingut molt més ampli. (Hem de recordar que una interpretació restrictiva del concepte d'iniciativa econòmica està en la base del recurs del Foment del Treball Nacional contra la creació d'Iniciatives, S.A. i que l'assimilació dels nous conceptes jurídics és lenta sobretot per part de la Magistratura.)

V. ELS MODES DE GESTIÓ DE LA INICIATIVA PÚBLICA EN L'ACTIVITAT ECONÒMICA, ESPECIAL REFERÈNCIA A LA SOCIETAT PRIVADA MUNICIPAL I A LES SOCIETATS DE CAPITAL MIXT

A. La societat privada municipal

L'Ajuntament de Barcelona per a l'exercici de la iniciativa pública en l'activitat econòmica, ha creat la Societat Privada Municipal, Iniciatives S.A. és a dir, en la terminologia de la nova LBRL, una societat mercantil que el seu capital pertany íntegrament a l'Entitat Local.

L'instrument escollit ens sembla correcte, (no analitzarem aquí els avantatges d'aquesta forma de gestió que, per altra part, són ben coneguts). Això no obstant per a assenyalar, que una fòrmula alternativa hagués pogut ser la de crear un organisme autònom dels que la Llei General Pressupostària

(art. 6) denomina organismes autònoms de caràcter comercial, industrial, financer o anàleg.

Hem d'assenyalar tanmateix, que l'avantprojecte de Llei de Reforma Parcial i adaptació de la legislació mercantil a les Directrius de la CEE en matèria de societats, es dóna una nova redacció a la L.S.A. establint-se en el seu nou art. 13:

«Accionista únic: En qualsevol cas, l'accionista únic respondrà il·limitadament dels deutes socials, en la mesura que el patrimoni sigui insuficient per a satisfer- los.»

Evidentment, de no exceptuar-se aquest precepte en el cas que l'accionista únic sigui una entitat pública la persistència de les societats privades municipals, en la seva configuració de societats anònimes, quedaria greument amenaçada.

Però sens dubte, la qüestió menys pacífica des d'un punt de vista jurídic, sobretot a la llum de l'art. 97 del RDL/1986, consisteix en determinar si és possible que l'exercici de la competència en matèria d'iniciativa econòmica pugui ser desenvolupat genèricament per una societat municipal (o altra forma organitzativa), i per tant el procediment previst en el citat art. 97, només és necessari per justificar la creació de l'esmentada societat, o si per contra, ho és per a l'aprovació de totes i cada una de les iniciatives econòmiques que afronti el Municipi.

Ja hem dit que l'art. 97, està pensat en funció de la prestació de serveis públics en la seva noció estricta, per la qual cosa no té cap sentit aplicat a aquelles iniciatives econòmiques que no tenen l'esmentat caràcter.

Per això creiem molt oportú que en la futura Carta Municipal, i/o en el Reglament de Serveis de les Corporacions Locals es posi en clar l'abast de l'art. 97, assenyalant-se la seva no aplicabilitat quan es tracti de realitzar activitats econòmiques que, en elles mateixes no constitueixen un servei públic.

Per últim volem fer referència a què el RDL 781/1986, conté una important innovació en relació al Reglament de Serveis de 1955. En efecte, segons l'art. 103.1 de l'esmentat RDL, la Junta General de la societat privada municipal no haurà

d'estar constituïda necessariàment pel Ple de la Corporació (art. 9-, del RSCL de 1985), sinó que serà l'escriptura de constitució de la societat qui determinarà els que tindran dret a emetre vot representant el capital social. (L'abast d'aquesta innovació exigiria una reflexió que escapa a les possibilitats d'aquest informe).

B. La societat mercantil quan el seu capital només parcialment pertany a l'entitat local.

La forma més freqüent i important d'actuació d'Iniciatives, S.A., ha estat la participació minoritària i temporal, en projectes empresarials de diversa índole, mitjançant la creació de societats de capital mixt (o l'adquisició de participacions en el capital de societats ja construïdes). Donat el caràcter minoritari i temporal de la participació d'Iniciatives, S.A., s'han plantejat en la pràctica dos problemes essencials (que per altra part són els típics de tota societat de capital mixt).

1. Com garantir els interessos públics en joc en una societat en la qual s'està en minoria (normalment la participació en el capital social és d'entre el 20% i el 25%).

2. Com garantir la «sortida» d'Iniciatives, S.A., de la societat mixta, la qual cosa no ha d'implicar la dissolució de la societat (ja que el seu objecte social no serà la prestació d'un servei públic, o en el cas de ser-ho, la concessió pot tenir una duració superior), en el moment en què es cregui oportú per haver-se complert els objectius de promoció propis de l'Entitat Local.

El Reglament de Serveis de 1985, no ha estat un instrument vàlid per a afrontar aquests problemes, i molt menys el segon que no era plantejable abans de la RBRL. Per la seva part, el RDL 781/1986, només parcialment ha millorat la situació. Analitzen críticament el contingut d'ambdues normes en aquest tema. L'article 104 del RDL 781/1986, regula amb gran flexibilitat allò que el Reglament de Serveis de 1985, denominava empreses mixtes.

En efecte l'article 104 estableix:

«1. Per a la gestió indirecta dels serveis podran les Entitats Locals utilitzar les formes de Societat mer-

cantil o cooperativa quan el seu capital social només parcialment pertanyi a l'Entitat.

2. En l'acord constitutiu podran establir-se les especialitats internes tant estructurals com funcionals que, sense perjudici d'altre, exceptuïn la legislació societària aplicable, en la mesura necessària per a promoure i desenvolupar l'empresa mixta de caràcter mercantil o cooperatiu.

En tot cas, haurà de determinar-se si la participació dels particulars ha d'obtenir-se únicament per subscripció d'accions o previ concurs en què els concursants formulin propostes respecte a la cooperació municipal i a la particular en la futura Societat, fixant el mode de constituir el capital social i la participació que es reservi l'Entitat local en la direcció de la Societat i en els seus possibles beneficis o pèrdues, i altres particulars que figurin en la convocatòria.

3. Les Entitats locals podran aportar exclusivament la concessió, degudament valorada a efectes de responsabilitat econòmica, o altra classe de drets, així com instal·lacions, equipaments o numerari, sempre que tinguin la condició de béns patrimonials. L'escriptura de constitució consignará, en tot cas, les facultats reservades als que representen en l'empresa a l'Entitat Local, així com els casos en què procedeixi la dissolució.

4. En aquestes empreses podran participar com a socis, juntament a l'Entitat local, qualssevulla persones físiques o jurídiques, sigui quina sigui la classe i el nivell o grau de la Societat resultant.»

Són dues les crítiques que es poden fer al respecte:

a) Els apartats 2 i 3 de l'article. 104, permeten la derogació del règim societari ordinari en la mesura necessària per a promoure i desenvolupar l'empresa mixta.

Ara bé, l'esmentada derogació, a més de ser de dubtosa legalitat, per quant pot excedir els límits de la facultat refosadora; no soluciona els problemes pràctics d'oposició dels Registradors Mercantils a acceptar les es-

mentades derogacions, sobretot sinó estan emparats en el Reglament de Serveis.

Per això creiem necessari desenvolupar en què poden consistir aquestes derogacions del règim societari ordinari.

b) L'article. 104 sembla oblidar que la col·laboració entre Entitat Local i particulars no només ha de poder concretar-se en la constitució d'una societat de nou encuny, sinó que pot consistir en la participació de l'Entitat local en una societat preexistent. En aquest sentit hauria de reproduir l'article.104.1 del Reglament de Serveis segons el qual: l'Empresa mixta podrà quedar instituïda a través de l'adquisició per la Corporació interessada de participacions o accions d'Empreses ja constituïdes en proporció suficient per a compatir la gestió social (ja sigui mitjançant adquisició en borsa, augment de capital, etc.)

Es cosa sabuda que la regulació de les empreses mixtes en el Reglament de Serveis de 1985, ha estat durament criticada.

Resumint, aquests són els principals arguments que es poden esgrimir.

- Art. 106.1. En la Constitució o Estatuts d'Empreses mixtes podrà establir-se que el nombre de vots de la Corporació en els òrgans de govern i administració sigui inferior a la proporció del capital amb el qual hi participés en l'Empresa, llevat dels cinc anys anteriors al termini d'aquesta, en què haurà de ser igual o superior.

2. Els acords seran adoptats per majoria de vots.

3. El càrrec de Gerent recaurà sempre en persona especialitzada designada per l'òrgan superior de govern de l'Empresa.

Aquest article ha estat unàniment criticat, ja que no s'hi troba cap justificació en què la Corporació local tingui en els òrgans de govern i administració (és a dir, no només en el Consell sinó inclús en la Junta General) una proporció de vots menor a la que li correspongui, quan la cosa lògica seria tot al contrari, sobretot en els casos de participació minoritària de l'Entitat local.

- Article. 107. Els acords dels òrgans de govern i administració de l'Empresa mixta hauran de ser adoptats per la majoria de tres quartes parts del nombre estatutari de vots en els següents casos:
a) Modificació de l'acte de constitució dels Estatuts de l'Empresa.
b) Aprovació i modificació dels plans i projectes generals dels serveis.
c) Operacions de crèdit.
d) Aprovació dels balanços.

Aquest article estableix la necessitat d'un quòrum reforçat per a l'adopció de determinats acords de la societat, (la qual cosa sembla contradictòria amb la previsió de l'article 106). Des del nostre punt de vista, el sistema del reforçament de quòrums no és bo per les seqüents raons:

- Què ocorre quan el capital públic no aconsegueix la participació necessària per haver de ser tingut en compte en la presa de decisions?.

- Un sistema de quòrum dóna el dret de veto no sols al capital públic sinó a qualsevol representant del capital privat que aconsegueixi el nombre de vots suficients, amb la qual cosa una facultat pensada en favor dels interessos públics pot ser utilitzada en contra dels interessos públics, (pensem en una societat amb dos socis privats amb el 30% cadascun d'ells i una entitat local amb el 40%, reforçar els quòrums indiscriminadament pot impedir acords entre l'entitat local i un dels accionistes privats donant un poder injustificat a l'altre).

D'altra banda, l'enumeració dels supòsits en els quals és necessari el quòrum reforçat ha de ser ampliat, ja que oblida decisions de gran importància que poden alterar les condicions en les quals s'acordà la participació de l'Entitat local.

- Art. 108. Els representants que corresponguin a la Corporació en els òrgans de govern i administració de l'Empresa seran nomenats per ella en la proporció d'un 50 per cent entre els membres que la constitueixen i tècnics, uns i altres de la seva lliure designació i remoció.

Aquest article no té cap justificació, en un sistema consti-

tucional que reconeix el principi d'autonomia local i el poder autoorganitzatori de les Corporacions Locals. Han de ser ... (continua) les pròpies Corporacions les qui fixin qui ha de representar-les i quines condicions personals i tècniques ha de reunir.

> Art. 109.1. En l'escriptura fundacional haurà de fixar-se el valor de l'aportació del Municipi o de la Província per tots els conceptes, inclòs el de la concessió, en cas que n'hi hagi.
>
> 2. El capital efectiu que aportin les Corporacions locals haurà d'estar completament desembossat des de la constitució.

- L'article 109.2. no té tampoc cap sentit, sobretot pensant en la fórmula que sigui una societat privada municipal qui participi en la societat mixta, ja que, no es veu cap raó que l'administració dels recursos públics sigui menys eficient que la dels recursos de les privades.

> - Article 111.1. Les empreses mixtes es constituiran per un termini que no excedeixi de cinquanta anys.
>
> 2. Expirat el període que es fixés, revertirà a l'Empresa local el seu actiu i passiu, i, en condicions normals d'ús, totes les instal·lacions, béns i material integrant del servei.
>
> 3. En la constitució o Estatuts de l'Empresa haurà de preveure's la forma d'amortització i del capital privat durant el termini de gestió del servei per la mateixa empresa, i expirat el termini que es fixi revertiran a l'Entitat local, sense indemnització, l'actiu i el passiu, i, en condicions normals d'ús, totes les instal·lacions, béns i material de servei.

- El termini de duració de 50 anys està pensat per la vinculació originària entre societat mixta i concessió. No cal dir que és excessiu per a les societats nascudes a l'empara de la iniciativa econòmica. Malgrat això, pot tenir sentit mantenir-ho com termini màxim per a evitar la creació d'un INI local, sens dubte, no és l'objectiu que es busca.

Les previsions de l'article 111.2 i 3, només tenen sentit en aquelles empreses mixtes en què la societat municipal presti

un servei públic. En els altres casos l'únic que s'ha de garantir és la recompra de les accions de l'entitat municipal per part dels accionistes privats quan es consideri que la tasca de promoció i impuls o les raons que motivaren la participació han acabat.

VI. QÜESTIONS QUE PODRIEN CONTEMPLAR-SE EN LA FUTURA CARTA MUNICIPAL

Sobre la base de tot el que s'ha dit en els epígrafs anteriors, en la Carta Municipal, s'hi hauria de contenir:

1. Un tractament específic de la iniciativa pública en l'activitat econòmica, perfectament partionat de la regulació que es dóna als modes de gestiò dels serveis públics. Amb això s'evitarà la confusió de conceptes que reflecteix la normativa vigent que repercuteix en una interpretació restrictiva de tot allò que s'ha d'entendre per iniciativa econòmica. L'esmentada regulació haurà de ser flexible, per a no encasellar l'actuació municipal en un camp especialment dinàmic, però a la vegada haurà de contenir uns controls mínims que garanteixin un adequada protecció dels interessos generals en joc.

2. Donada la confusió que existeix al voltant del concepte d'iniciativa pública en l'activitat econòmica en l'àmbit local i la tendència erròmia a circumscriure-la al concepte de servei públic, seria convenient desenvolupar el concepte, assenyalant de forma àmplia i a títol enunciatiu, les activitats en què pugui concretar-se. A aquest respecte pot servir de referència l'objecte social d'Iniciatives, S.A. (Art. 3. dels seus Estatuts Socials).

3. Hauria d'assenyalar-se que la iniciativa pública en matèria econòmica podrà materialitzar-se en qualssevol dels modes de gestió dels serveis públics. Així també, caldria dir-se de forma expressa que la competència pot exercitar-se a través d'una organització especialitzada (societat municipal o organisme autònom), essent suficient el procediment previst en l'article 97 del RDL 781/1986 per a la creació de l'esmentat òrgan de gestió especialitzada i no per a l'aprovació de totes i cadascuna de les activitats concretes que es desenvolupin (ja hem vist que l'article 97 és fruit de la confusió entre servei públic i iniciativa econòmica).

4. Haurien de regular-se de forma àmplia les especialitats i derogacions del règim societari ordinari que poden donar-se en els estatuts de les societats mercantils que el seu capital social només parcialment pertanyi a l'Entitat local. Es tractaria de donar contingut, a l'estil del Reglament de Serveis de 1985 però adequat a la realitat actual, a la derogació genèrica de l'article 104 del RDL 781/1986.

S'hi podrien incloure els següents aspectes:

a) La societat mercantil que el seu capital només parcialment pertanyi a l'Entitat Local podrà quedar instituïda mitjançant l'adquisició d'accions o participacions d'una societat ja constituïda o mitjançant la fundació d'una societat nova per qualssevol dels procediments previstos en dret (cal assenyalar la primera possibilitat ja que, com hem vist, ha estat oblidada per la RDL 781/1986, per les raons exposades.

b) La participació de l'Entitat Local podrà ser minoritària o majoritària. Potser fóra convenient establir que quan l'activitat econòmica no es concreti en la prestació d'un servei públic en sentit clàssic la participació haurà de ser minoritària i temporal. No cal dir que en aquest últim cas no té sentit la regulació que sobre duració de la societat i de la seva dissolució es fa en el RDL 781/1986.

c) Hauria d'establir-se que determinats acords socials que afecten l'estructura de la societat i al seu pacte de creació necessiten el vot favorable de la part del capital en mans de l'Entitat Local. Això es pot articular de diverses maneres, aconsellant-se per la nostra part que es creï una sèrie especial d'accions que el seu vot favorable sigui necessari per a prendre acords com l'emissió d'obligacions, augment o disminució del capital social, transformació, fusió o dissolució i, en general, qualsevol modificació dels Estatuts Socials. (Oferim aquesta fórmula per a mantenir el màxim respecte a la filosofia de la Llei d'Anònimes).

d) L'Entitat Local haurà de tenir una representació mínima garantida en el Consell d'Administració de la Societat (que la seva constitució serà necessària), sigui quina sigui la representació que li correspongui en aplicació del criteri de proporcionalitat previst en la LSA.

e) Caldrà el vot favorable dels representants de l'Entitat Local en el Consell d'Administració per al nomenament de Conseller Delegat i, en cas de no existir, de Gerent o Director General. També, fóra convenient reservar-se facultats per a poder cessar el Conseller Delegat o Gerent quan s'incompleixin les previsions socials.

f) Hauria d'establir-se la total llibertat de l'Entitat Local, de fiscalitzar i inspeccionar la comptabilitat i les instal·lacions de la societat.

g) Caldria també establir-se la necessitat que els balanços de la societat siguin auditats per una entitat de reconegut prestigi professional.

h) En els casos de participació minoritària, s'hauria d'assenyalar-se la necessitat de què existeixi un compromís dels accionistes privats d'adquirir les accions propietat de l'Entitat Local a un preu pactat i en el termini que s'acordi en el moment de crear-se la societat de capital mixt.

i) Establiment necessari d'un sistema de control de les transmissions d'accions dels socis privats (el sistema de prohibició absoluta d'alienació sense autorització expressa de la Corporació sembla excessiu, sobretot si la societat mixta no té per objecte la prestació d'un servei públic) que podria concretar-se en un dret d'adquisició preferent en favor de l'entitat local o de qui aquesta lliurement decideixi (clàusula de preemption). Cal tenir en compte l'elevada component d'«intuitu personae», entesa com a garantia de solvència econòmica i tècnica, que existeix en tota decisió de promoure un projecte empresarial per part de qualsevol Administració Pública. En aquest sentit, i a la llum de l'avantprojecte de llei de reforma parcial i adaptació de la legislació mercantil a les Directrius de la CEE en matèria de societats, recomanem la futura utilització de la forma de societat de responsabilitat limitada per a bona part d'aquest tipus de projectes.

Aquest és el nostre parer que sotmetem a qualsevol altre millor fundat.

Barcelona, a 24 de març de 1987.

SECCIÓ 3a.

ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES

I. INTRODUCCIÓN

1. Preliminar

Por encargo del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, formulado por el Ilmo. Sr. Teniente Alcalde D. Jordi Borja i Sebastiá con fecha 10 de febrero de 1987 a la Consultora CEPYGSA, se ha elaborado por este «Estudio Jurídico y Económico» un informe sobre las directrices esenciales del régimen jurídico de un sistema de gestión empresarial de los servicios y actividades municipales.

Para la realización del presente informe ha sido inestimable la ayuda prestada por la Dirección de Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona y su Director, D. Jaume Galofré i Crespi así como por el Consell d'Empreses e Institucions Municipals de l'Ajuntament y su Conseller Executiu, D. Francesc Rafart y Estela. Tales ayudas y las orientaciones del Sr. Jordi Borja i Sebastiá, han hecho posible la elaboración de este Informe en el breve plazo concedido.

2. Finalidades de este Informe

La finalidad primordial de este Informe es la de servir de documento de trabajo y referencia en las tareas de elaboración de las bases y, posteriormente, texto artículado del Anteproyecto de Ley de Régimen Especial para el Municipio de Barcelona o Nueva Carta Municipal de Barcelona (en lo sucesivo N.C.B.), que ha de sustituir a la vigente Carta Municipal que fue promulgada en 1960 (en lo sucesivo V.C.M.).

Además de esa finalidad referencial o instrumental, este Informe representa un intento de abordar fundadamente la configuración jurídica de las Empresas Municipales, dotándoles de una tipicidad básica que ayude a resolver los delicados problemas de su tipificación legal, tanto por lo que se refiere a su concepción jurídica, como por lo que atañe a la disciplina de su organización y funcionamiento, así como a su encuadramiento en la Administración municipal.

Se trata, en definitiva, de establecer unas bases o criterios directivos para la regulación estatutaria de las Empresas Municipales, en el sentido de ordenamiento jurídico administrativo de un sistema de gestión empresarial de las iniciativas económicas que el Ayuntamiento, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, acuerde emprender para la realización y protección de los intereses municipales.

En efecto, tal como el propio título del informe expresa, el informe se dirige a la formulación de unos objetivos básicos, que necesariamente habrá que referir a un cualificado sistema de gestión (gestión empresarial) de servicios o actividades económicos municipales, considerándose los aspectos jurídicos sustantivos, organizativos y funcionales indispensables para viabilizar la operatividad del sistema en el marco de la Administración municipal.

Por último, en suma, este Informe tiene por finalidad, en orden a la futura redacción del Anteproyecto de N.C.B., facilitar la definición de un cauce jurídico de acceso a una zona de conflicto y potencial confrontación perturbadora de la armonía de nuestro ordenameinto jurídico. Nos referimos ahora a esa zona de fricción existente desde hace muchos años entre el Derecho de la organización y actividad de las Administraciones Públicas (Derecho Administrativo lato sensu) y el Derecho de la actividad y organización de los empresarios (Derecho privado mercantil stricto sensu).

En efecto, las técnicas e instrumentos del Derecho privado mercantil, se utilizan progresivamente por la Administración Municipal, y precisamente en el ámbito de ejercicio y desarrollo de determinadas iniciativas económicas del Ayuntamiento. El Ayuntamiento, así como en general las entidades de Derecho público, se sirven progresivamente de formas organizativas privadas, cuyo encuadramiento y significación económico-empresarial implica la invocación de caracterizados esquemas e instituciones jurídico-privadas.

Pues bien, el examen de tales formas organizativas, sobre cuya objetivación sustancial no puede hoy dudarse, parece indispensable para desarrollar un estudio básico del futuro ordenamiento jurídico de la Empresa Municipal. Señalemos, no obstante, que la objetivación sustancial apuntada ha propiciado, no sin dificultades teóricas, políticas y prácticas, el comienzo de un proceso de definitiva adopción de tales instrumentos jurídico privados en los sistemas de ges-

tión y organización de los servicios y actividades municipales de carácter económico, por lo que se apunta así un criterio básico de flexibilización en la concepción jurídica de aplicación de tales instrumentos.

3. Presupuestos metodológicos

Se ha dicho muy expresivamente que «la Administración tiene hambre de nuevas formas que sólo el Derecho común ha sabido y podido suministrarle». La falta de instrumentos jurídicos propios y exclusivos del Derecho Administrativo, al menos en su concepción más clásica y tradicional, acaso haya sido el principal argumento utilizado para explicar la progresiva sumisión de la actividad de los Entes Públicos a las formas jurídicas del Derecho Privado.

Este planteamiento general del problema, a nuestro modo de ver, no es exacto ni representa fielmente la realidad de las cosas. La instrumentación jurídica de determinadas técnicas de intervención pública, aunque tales técnicas en un momento histórico más o menos prolongado tuvieran su origen y desarrollo en el ámbito del Derecho privado, no significa en modo alguno una sumisión incondicionada del Derecho público al carácter originariamente privado de tales instrumentos.

Por el contrario, su utilización por las Administraciones Públicas pone de manifiesto, de un lado, conforme quedó expresado en el epígrafe anterior, la objetivación de las mencionadas técnicas de intervención pública en sectores de actividad económica otrora reservados a la iniciativa privada; y, de otro lado la permeabilidad y receptividad del Derecho Administrativo a los medios instrumentales disponibles para adecuarse mejor a los fines públicos de sus sujetos, soldando eficazmente la fractura existente tantas veces entre el Derecho y la realidad social que es su objeto en las multiformes manifestaciones de aquella realidad.

Las consideraciones que anteceden ponen de manifiesto, el menos ímplicitamente, los criterios metodológicos utilizados para la elaboración de este informe, y que pueden explicitarse como sigue:

1) Partimos de la unidad sustancial del ordenamiento jurídico, sin que la dicotomía ius publicum-ius privatum tenga atribuida otra función que la de mera clasificación formal,

tradicionalmente admitida pero sólo utilizada en función de la significación y alcance de los intereses prevalentes que la diversidad de normas jurídicas permite proteger de distinta manera en un orden jurídico unitario.

2) Aplicamos asimismo el criterio de observación de la realidad, es decir, en nuestro caso, el de analizar in rei veritate la Empresa Municipal, tal como está siendo configurada por la necesidad jurídica de la Administración municipal, a los fines de su propia organización y de su más eficaz y operativo funcionamiento, conforme a la planificación administrativa y voluntad política del Ayuntamiento.

3) Estimamos que las técnicas de intervención municipal en el mercado económico necesitan inexcusablemente las formas jurídicas objetivizadas que mejor se acomoden a la naturaleza intrínseca de la técnica utilizada y a los motivos que justifican aquella intervención pública mercantil.

4) Analizamos la tipicidad jurídico-positiva de la Empresa Municipal en el Derecho vigente, pero se trata de una análisis o examen esencialmente crítico, cuya explicación metodológica hay que buscarla en las exigencias de un antecedente normativo complejo (los bloques de legalidad aplicables a las Empresas Municipales), a partir del cual es posible replantear la problemática de los sistemas y formas de gestión y organización municipales, para abordar así en mejores condiciones la tarea de construir las bases de un sistema alternativo y derivar los correspondientes criterios de régimen jurídico de ese sistema, obviando, siempre que sea necesario, las trabas y límites de la legalidad vigente.

4. Esquema de contenidos del Informe

En línea de coherencia con la metodología utilizada, este Informe, precedido de la Introducción que en este epígrafe 4 finaliza, desarrolla sus contenidos con arreglo al esquema expositivo que a continuación se describe en sus principales aspectos.

1) Se realiza en primer lugar un examen crítico de la normativa vigente aplicable a las Empresas Municipales, no sólo desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del Régimen Local, sino también con referencia a las disposiciones reguladoras de la Empresa Pública Estatal y Autonómica y al Dere-

cho ordenador de las actividades económicas de los empresarios mercantiles, su organización en forma societaria, riesgos y responsabilidad derivada del ejercicio de la empresa.

Ha parecido conveniente, para una mayor claridad y concreción en el análisis de ese conjunto disperso y heterogéneo de disposiciones reguladoras, efectuar una ordenación de las fuentes formales del Derecho de la Empresa Municipal, distinguiendo los diferentes «bloques de legalidad» aplicables. Por otra parte, además del sistema de fuentes, se han considerado en particular cada una de las disposiciones legislativas y reglamentarias que lo integran y su conexión con la legislación mercantil.

2) En segundo lugar se efectúa un planteamiento de las perspectivas revisoras del régimen jurídico de las Empresas Municipales. En esta parte del Informe se atiende, primordialmente, a la definición de la tipicidad jurídica del fenómeno empresarial en el marco de la autonomía municipal, así como a la configuración de sus distintos elementos sustantivos y estructurales. La definición de esa tipicidad jurídica nos conduce directamente a la consideración de la gestión empresarial como sistema de acción o actuación municipal. La instrumentación jurídica de un sistema empresarial de gestión municipal, constituye el eje fundamental del régimen normativo de la nueva regulación que haya de establecerse para este tipo especial de Empresas.

Singular y pormenorizada atención se presta a la organización de la Empresa Municipal, partiendo de dos presupuestos esenciales: la noción conceptual de organización como actividad empresarial y la estimación de la actividad de la Empresa Municipal como un resultado de la actividad de los órganos que dan forma y sentido a la organización.

En suma, las perspectivas revisoras del Derecho de las Empresas Municipales para la N.C.B., se plantean atendiendo a la tipicidad jurídica, a la gestión y a la organización empresariales de las técnicas instrumentales de intervención del Ayuntamiento en los sectores de interés municipal.

3) Se realiza en tercer lugar una formulación de los objetivos bàsicos que se pretenden alcanzar con un alternativo sistema de gestión de servicios municipales, establabeciéndose en particular las finalidades concretas de ese sistema

de gestión en el que han de concurrir necesariamente dos circunstancias: una, que sea un sistema de gestión empresarial y municipal; y, dos, que permita la consecución de los objetivos básicos propuestos.

4) En último lugar se efectúa un diseño elemental del sistema de gestión con referencia a su tipicidad jurídica sustancial y organizativa, para terminar ofreciendo unos criterios generales o directrices que se proponen para encuadrar básicamente en un orden normativo unitario el régimen jurídico de la Empresa Municipal en la N.C.B.

II. ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES: EXAMEN CRÍTICO

5. Bloques de legalidad aplicable a las E.M.: clasificación

Aun cuando la histórica dicotomía ius publicum-ius privatum haya sido superada por la realidad de los hechos y de las necesidades jurídicas de la sociedad, parece que en este momento de nuestro Informe pueda ser útil hacer una, siquiera sea breve, referencia a las fuentes formales de la organización jurídica de las Empresas Municipales, clasificando esas fuentes en bloques normativos de legalidad heterogénea aplicable a dichas empresas.

En principio, cabe distinguir cuatro bloques de normas:

1) Bloque normativo de Derecho público estatal, autonómico

2) Bloque normativo de Derecho privado mercantil y civil

3) Bloque normativo estatutario social

4) Bloque normativo de Derecho convencional.

De manera especial hay que atender a esta exposición de las fuentes del «derecho de la empresa municipal», a los tres primeros bloques, descartando la consideraicón del cuarto precisamente por la naturaleza puramente convencional de las normas que lo integran.

6. Sistemas de fuentes formales del Derecho de la Empresa Municipal

Además de la Constitución Española, que es la norma normarum de todo el ordenamiento jurídico del Estado Español, y del Estatuto de Autonomía de Catalunya, como norma suprema del ordenamiento jurídico autonómico, hay que considerar el sistema de fuentes siguiente:

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL)
- Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 (LEEA)
- Ley de Régimen Especial para el Municipio de Barcelona de 1960 (LEMB o VCM, vigente Carta Municipal)
- Reglamento de Desarrollo parcial de la vigente Carta Municipal de Barcelona de 1964 (RDCM)
- Ley General Presupuestaria de 1977 (LGP)
- Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (LBRL)
- Ley del Estatuto de la Empresa Pública Catalana de 1985 (LEPC)
- Texto Refundido de normas vigentes en materia de Régimen local de 1986 (TRRL)
- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986 (ROFR).
- Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas de 1951 (L.s.a.).
- Reglamento del Registro Mercantil de 1956 (RRM).
- Código de comercio de 1.885 (C. de c.).
- Código civil de 1.889 (C.c.)

Las Disposiciones relacionadas integran los bloques normativos aplicables a los distintos aspectos de la organización y funcionamiento de las Empresas Municipales. Por lo que se refiere al que hemos denominado «bloque estatutario», está

constituido por todas y cada una de las normas contenidas en los Estatutos Sociales de las Empresa Municipales que revisten la forma jurídica de Sociedad. Aunque estimamos que el bloque estatutario es el que en un futuro próximo habría de tener una mayor significación y alcance regulador de la organización empresarial municipal, el actualmente existente que hemos podido examinar, no ofrece singularidades que justifiquen su tratamiento diferenciado y especial en este Informe.

Veamos seguidamente los presupuestos de concepción y disciplina de las Empresas Municipales en las distintas disposiciones que integran el bloque de normas en Derecho público, así como su conexión con el ordenamiento jurídico mercantil aplicable.

7. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

La regulación contenida en esta disposición se caracteriza por las referencias significativas siguientes:

1) Se confunden reiteradas veces los conceptos de Empresa y Sociedad mercantil. Así se alude a «capital de la Empresa», «administración de la Empresa», «Junta General de la Empresa», «Consejo de Administración de la Empresa», «Estatutos de la Empresa», etc.

2) La Sociedad Anónima se define implícitamente como forma necesaria de gestión directa de los servicios económicos municipales en régimen de Empresa privada. Esta noción conceptual, que explica la confusión expresada en el punto anterior, tiene la ventaja, sin embargo, de subrayar el significado instrumental de la Sociedad Anónima respecto de la Empresa Municipal, pudiéndose entonces entender ésta como organismo de gestión directa de los servicios económicos municipales.

3) La mención a esos «servicios económicos» asimismo induce a confusión, por cuanto más propiamente ha de tratarse de iniciativas económicas correspondientes a servicios públicos municipales de carácter o contenido económico. No es, pues, que los servicios sean económicos, sino que el organismo de gestión de esos servicios públicos y la actividad desarrollada por ese organismo, son constitutivas de una actividad económica o Empresa organizada bajo la forma de Sociedad mercantil anónima o limitada.

4) La referencia a que «la Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la Empresa», es evidentemente incorrecta desde un punto de vista jurídico, ya que es la Sociedad mercantil quien ostenta la titularidad dominical de ese capital social (no de la empresa), integrado en este caso por la aportación de un sólo socio: la Corporación municipal interesada.

5) Para la gestión directa únicamente se admite la Sociedad mercantil anónima o limitada, mientras que para el ejercicio de la denominada Empresa mixta, cuyo objeto es la realización de servicios susceptibles de municipalización, se añade como posible forma instrumental de gestión la sociedad comanditaria.

6) El Reglamento admite dos tipos de Empresas mixtas: unas que son impropias (art. 104 1) y otras propias (art. 104, 2, en relación con el art. 105,2). En las primeras, la Empresa Mixta Impropia queda «instituida» a través del procedimiento de «adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas en proporción suficiente para compartir la gestión social»; en las segundas, la Empresa Mixta propiamente dicha queda instituida por el procedimiento de «fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados» o bien por el de modificación de los Estatutos de la Empresa Mixta Impropia. También es posible un tertium genus de Empresa Mixta por Convenio (art. 104, 3a), posiblemente Impropia.

7) La Empresa Mixta, sea propia o impropia, está concebida en el RSCL para «realizar servicios susceptibles de municipalización» (art. 102) y también para la gestión indirecta de servicios municipales como adjudicataria de una concesión administrativa (art. 155).

8) La Corporación interesada asume las funciones de Junta General de la Empresa (rectius, de la Sociedad), adoptando sus acuerdos conforme a las normas de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en cuanto al procedimiento de formación de la voluntad social. Significa esto que no puede hablarse propiamente de Junta General de la Sociedad, sino de Pleno de la Corporación en funciones de Junta General, de manera que la voluntad corporativa de la Entidad Local es la voluntad social formada con arreglo a un procedimiento reglado por normas de Derecho Público administrativo, no por

normas de Derecho Privado mercantil (expresamente dispone el artículo 92,1., que las normas reguladoras de las Sociedad Anónimas se aplicarán en las restantes cuestiones sociales).

9) Si es la L.s.a. la que ha de aplicarse a todas las cuestiones sociales que no sean las de procedimiento de constitución y adopción de acuerdos por la Corporación en funciones de Junta General, cabe preguntarse en qué supuestos de la organización societaria de la Empresa Municipal podrán aplicarse las normas de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Parece que con esta referencia expresa a la L.s.a. se está excluyendo la posibilidad de Empresas Municipales personificadas mediante Sociedades mercantiles sometidas a la L.s.r.l. de 1953.

10) El Reglamento atribuye a «la Corporación en funciones de Junta General de la Empresa» (rectius, de la Sociedad) una serie de facultades que, en realidad, no supone ninguna especialidad respecto del régimen competencial de la L.s.a. En principio, parece que esta relación de facultades carece de verdadero alcance regulador o eficacia normativa, ya que la L.s.a. atribuye a la Junta General, con mayor precisión y mejor técnica, las mismas competencias.

11) Se atribuyen al Consejo de Administración «plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la Empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil» (art. 94). Este es un precepto de extraordinaria importancia por cuanto establece:

a) las funciones del Consejo de Administración
b) el orden de prelación de fuentes formales aplicables a las competencias del órgano administrativo
c) el carácter no representativo del Congreso.

Obsérvese a este respecto que las tres funciones (dirección, gestión y ejecución) se atribuyen en realidad al Consejo de Administración de la Empresa, no a un órgano administrativo de la Sociedad. El Consejo de Administración, según el tenor literal del artículo 94 no representa a la Sociedad, sino que, simplemente, administra la Empresa. Es ésta una concepción singular del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima que ejercita una Empresa Municipal.

Esta concepción, si bien entra en contradiongrescon la

L.s.a. (cuatro años anterior a este Reglamento), es coherente con la configuración orgánica de la Empresa Municipal en el Reglamento:

a) Porque expresamente se atribuyen a la Junta General funciones de dirección y administración que, seguramente, el órgano administrativo colegiado ha de compartir.

b) Porque , al mismo tiempo y en los mismos preceptos (arts. 90 y 94) se dispone que el Gerente comparta con la Junta General y el Consejo de Administración «la dirección y administración de la Empresa».

c) Porque la distribución de funciones y competencias entre cada uno de los tres órganos expresados, es parte del contenido obligatorio de los «Estatutos de la Empresa» (rectius, de la Sociedad), que, como dijimos antes, son normas de superior rango en el sistema de fuentes de la organización jurídica de la Sociedad mercantil que personifica a la Empresa Municipal.

d) Porque las facultades del Consejo de Administración aparecen en el Reglamento condicionadas por «las que se reservaren a la Corporación como Junta General y al Gerente» (art. 94, in fine), con lo que el Reglamento pone de manifiesto:

- de un lado, que existe una posibilidad de reserva estatutaria a favor de los dos órganos que comparten con el Consejo de Administración las funciones de dirección, gestión y ejecución de los asuntos de la Empresa;

- de otro lado, que, así como la competencia de cada uno de los tres órganos se determina en los Estatutos de la Sociedad, se reconoce y consagra la primacía absoluta de la Junta General por dos vías:

1) al establecer que la forma de designación y funcionamiento del Consejo de Administración y de la Gerencia serán objeto de determinación estatutaria, excluyéndose, como es lógico, la composición y funcionamiento de la Junta General, ya que ésta es el Pleno de la Corporación;

2) al atribuir la facultad de designación de los vocales del Consejo a la Corporación en funciones de Junta General de la Sociedad (artículo 93).

12) De cuanto queda expuesto se deduce que todos los órganos de la Empresa Municipal (rectius, Sociedad Anónima) tienen en el Reglamento funciones directivas y administrativas, teniendo que ser deslindadas las competencias de cada órgano en los Estatutos de la Empresa (rectius, Sociedad Anónima), sin perjuicio de que la Corporación municipal, en funciones de Junta General de la Sociedad, sea el órgano soberano de la misma, del que, en definitiva dependen todos los demás órganos reglamentariamente establecidos y estatutariamente regulados en su composición y funcionamiento por dicha Junta General, que más bien es el Pleno de la Corporación, por ser ésta accionista único (gestión directa) o socio (gestión indirecta mediante régimen de Empresa Mixta) de la Compañía Mercantil que personifica a la Empresa Municipal correspondiente.

13) El Reglamento no atribuye a ningún órgano las funciones representativas de la Sociedad como persona jurídica que ejercita la Empresa Municipal, si bien cabría interpretar que dichas funcions corresponden a la Gerencia, por las razones siguientes:

1) porque es el único órgano de la Empresa (rectius, Sociedad Anónima) al que el Reglamento no confiere «facultades específicas», aunque sí dice que a cargo de ella también estará «la dirección y administración de la Empresa» (art. 90), siendo el término «administración», como competencia de un órgano social en el ordenamiento jurídico de las Sociedades anónimas, expresivo de las competencias de gestión y representación de la sociedad «en todos los asuntos pertencientes al giro o tráfico de la empresa» (art. 76 de L.s.a.)

2) porque es el único órgano de la Empresa (rectius, Sociedad Anónima) que puede tener carácter permanente en su actuación y funcionamiento, ya que tanto el Pleno de la Corporación como el Consejo de Administración se constituyen periódicamente, lo que supone que su actuación y funcionamiento tienen carácter no permante o discontinuo, incompatible con la representación de la Sociedad o, lo que es lo mismo, con la posibilidad de que ésta actúe como persona jurídica mediante un órgano representativo idóneo en las relaciones que la Sociedad establezca con terceros

3) porque es el único órgano de la Empresa (rectius,

Sociedad Anónima) que comparte con el Consejo de Administración las funciones de dirección, gestión y ejecución, pero que, al menos aparentemente, se sitúa por encima de éste, desde el momento que alguna de dichas funciones le pueden ser reservadas. Significa esto que el Gerente, por decisión de la Junta General es designado, pero sus competencias, delimitadas en los Estatutos, pueden ser más amplias que las del propio Consejo de Administración, ya que, como órgano social tiene a su cargo la «administración», pero como persona que encarna ese órgano, le pueden ser reservadas unas «facultades» que mermen las atribuidas especial y expresamente al Consejo de Administración en el artículo 94 del Reglamento.

14) Por lo que se refiere a la competencia del Consejo de Administración, hay que señalar que su determinación estatutaria es obligatoria para la Corporación interesada, debiéndose efectuar precisamente en los Estatutos de la Sociedad aprobados por la propia Corporación en el acto constitutivo de la Sociedad Anónima o, eventualmente, en una modificación posterior de dichos Estatutos.

La especialidad competencial, conforme hemos visto, radica en que el órgano administrativo de la Sociedad puede ver limitadas sus competencias de gestión, dirección y representación normales en el régimen jurídico privado de la organización societaria, por la configuración de un órgano gerencial con atribuciones directivas y ejecutivas de las Empresa Municipal y representativas de la Sociedad que la personifica, sea por la vía estatutaria directa de determinación de competencias de cada uno de los órganos, conforme al artículo 91; sea por la vía indirecta de las «reservas de facultades» a favor del Gerente y a costa del ámbito competencial del Consejo de Administración; sea, en fin, por la vía de un acuerdo expreso del Pleno de la Corporación en funciones de Junta General de la Sociedad Anónima, que modifique la determinación competencial estatutaria anterior o, en su caso, establezca expresamente la correspondiente reserva de facultades, sustrayéndolas a las que con carácter general se otorgan o reconocen expresamente por el Reglamento al Consejo de Administración de la Sociedad.

15) El régimen jurídico público del órgano gerencial-administrativo tiene naturaleza excepcional, respecto del régimen ordinario que la L.s.a. y, en general, la legislación de

sociedades mercantiles establecen en nuestro ordenamiento jurídico privado para el supuesto del «gerente estatutario». En nuestro caso, el supuesto es completamente distinto porque el órgano social no es el Gerente, sino «la Gerencia», cuya dependencia absoluta de la Junta General no ofrece la menor duda, pero cuya competencia estatutaria, indefinición legal de facultades y posición preeminente respecto del Consejo de Administración, permiten quizás considerar las posibilidades de desarrollo de una «teoría del órgano gerencial», aplicable a la futura regulación de las Empresas Municipales.

Baste pensar a este respecto en la eventual configuración de la Gerencia como órgano social colegiado, obviando la figura del Gerente que encarna al órgano administrativo unipersonal; o en la regulación de un sistema de distribución de competencias entre dos órganos colegiados y algún órgano unipersonal adicional, que comparten la genérica función de «administración» de la Sociedad, incluso con la propia Junta General, si bien sus facultades respectivas se someten a las exigencias de organización económica de la Empresa Municipal.

En definitiva estimamos que la concepción de «la Gerencia» como órgano social de la Sociedad anónima que ejercita la actividad económica constitutiva de aquella Empresa, se recoge expresamente en el Reglamento, pero, en la práctica de las Sociedades Privadas Municipales no ha sido llevada hasta el límite de sus posibilidades como criterio o presupuesto de ordenación de la organización jurídica de las Empresas que tienen la misión de realizar la prestación de servicios públicos u otras actividades económicas por iniciativa de la Entidad Local.

16) La Sociedad mercantil de responsabilidad limitada, que personifica la denominada «Empresa Mixta», aparece regulada en el Reglamento como «forma de desarrollo de la actividad de las Corporaciones locales para la prestación de los servicios económicos de su competencia, asumiendo en parte el riesgo de la Empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen» (art. 45,1).

Se pone de manifiesto así el sentido y finalidad de la «municipalización» de la actividad y organización de dichas Empresas: «las municipalizaciones... tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condi-

ciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta» (artículo 45,2).

Significa esto, que la Empresa denominada Mixta (sin duda por la composición del capital social y por la división del riesgo empresarial) se concibe también como instrumento de determinadas iniciativas económicas de la Corporación local, que organiza, bajo su dependencia y control, una determinada actividad empresarial, utilizando la forma societaria mercantil en la que el empresario social tiene responsabilidad limitada y se organiza jurídicamente conforme a la estructura de organización y funcionamiento de una sociedad anónima, que asume la titularidad jurídica de la Empresa para la prestación del servicio en concurrencia o no con otros empresarios mercantiles.

17) La Junta General de la «Empresa Mixta» y, en general toda la regulación de los demás órganos sociales, se conciben como «órganos de gobierno y administración» (artículos 107 y 108), si bien la Junta General se califica como «órgano superior de gobierno de la Empresa» (art. 106,3).

18) No contiene el Reglamento una relación de órganos sociales, pero puede observarse lo siguiente:

1) Los «órganos de gobierno y administración» son varios, pues se alude a ellos en plural en todos los preceptos.

2) Se alude expresamente a la Junta General y al Gerente, pero hay una referencia implícita al cáracter colegiado de todos los órganos de gobierno y administración, ya que se establece genéricamente que «los acuerdos se tomarán por mayoría de votos» (art. 106,2).

3) La Corporación municipal participa en todos los órganos de gobierno y administración (art. 106, 1).

4) La distinción entre «gobierno» y «administración» no aparece claramente deducible de la normativa reguladora, propiciando la confusión el hecho de que la designación del Gerente ha de ser efectuada por «el órgano superior de gobierno de la Empresa».

En efecto, como no se menciona como órgano social al Consejo de Administración, aunque hay que suponer su

existencia, por razón del carácter colegiado implícito de todos los órganos sociales, parece que ese nombramiento habria de corresponder a la Junta general, pero, salvo disposición estatutaria expresa, no hay duda que el nombramiento podría ser efectuado por el Consejo de Administración.

5) El Gerente, en principio, no tiene carácter de órgano, ya que es más bien un apoderado con funciones técnicas, sin que pueda determinarse con certeza, a la vista del art. 106,3., si su nombramiento corresponde a la Junta General de la Sociedad o al Consejo de Administración, aunque parece que tendrá que ser designada una persona individual ya que le Reglamento dispone que «el cargo recaerá siempre en persona especializada».

Como no estamos ante un supuesto de Gerente Estatutario, y ni siquiera es indispensable la existencia del Gerente, parece que, también en este punto, el Reglamento deja la a iniciativa del capital privado la organización de la Sociedad conforme a las normas de la L.s.a.

6) No hay que descartar, sin embargo, la posibilidad de una pluralidad de «órganos de gobierno y administración» de carácter colegiado (art. 107), a los que, en su caso habría que aplicar la legislación mercantil, ya que el Reglamento no regula su denominación, aunque sí su modo de tomar acuerdos y competencias, haciendo una referencia expresa al «número estatutario de votos», con lo que parece remitir en bloque a la autonomía privada de la sociedad para autoorganizarse en lo que sea preciso para la consecución de los fines propios de la Empresa Mixta.

7) Debe tenerse presente que la duración de la Empresa Mixta es limitada a 50 años y que la Entidad local tiene un derecho de reversión, sin indemnización, sobre todo el activo y pasivo de la Empresa al término del periodo de duración de la misma.

8. Ley de Régimen Especial para el Municipio de Barcelona

En materia de sistemas de gestión, la LEMB se ajusta a los principios siguientes:

1) El Ayuntamiento tiene competencia exclusiva para la organización y prestación de los servicios públicos municipales.

2) La organización y prestación de estos servicios se efectuará en cualquiera de las formas legalmente establecidas.

3) El sistema supone que »servicios determinados sean administrados por una organización especial, distinta de la general del Ayuntamiento«.

4) La finalidad de esta organización especial es «una mayor eficacia de gestión o recabar la directa colaboración de sectores ciudadanos interesados».

5) La organización especial de los servicios municipales se puede realizar mediante «cualquiera de las formas reguladas en la LRL o en la LEEA, con las adaptaciones consiguientes a la naturaleza municipal (¿del servicio o de la organización?) que se determinarán reglamentariamente».

6) La organización especial se implantará conforme a lo dispuesto para la municipalización de servicios. Estos principios generales, que tienen su desarrollo reglamentario en el R.D.C.M. de 1.964, ponen de manifiesto:

a) que la organización especial es una competencia y una actividad municipal de prestación de servicios públicos

b) que la organización especial de algunos servicios municipales es distinta de la organización general de la Entidad Local

c) que la prestación del servicio se realiza por medio de unos órganos especiales que a su vez tienen su organización propia particular

d) que la organización especial se proyecta sobre tres tipos de actividad organizada y de organizaciones de actividad, distinguiéndose así: organización de la Entidad Local, organización de la Empresa Municipal y Organización de la Sociedad Municipal.

Parece indispensable que a la hora de abordar la redacción de la Nueva Carta se tengan en consideración los distintos su-

puestos de organización, su concepto en relación con la Empresa, la Sociedad Mercantil y el propio Ayuntamiento.

La vieja Ley Especial para el Municipio de Barcelona, en este punto, parece que incurre en una grave confusión conceptual en los significados jurídicos del término de «organización», evidenciando una tendencia a considerar la «organización especial» como una especie de sujeto prestador de los servicios públicos municipales. En este sentido puede afirmarse que la organización especial es más bien un «objeto» y también un «objetivo» de la actividad jurídica del Ayuntamiento, del que, en definitiva, dependen todos los «organismos» que integran la «organización» municipal, entendida ahora ésta, como una realidad estructural dotada de órganos para la acción de la Entidad Local.

9. El Reglamento para el desarrollo de la Ley Especial

A este Reglamento remite la vieja Carta Municipal de Barcelona en cuanto a la previsión de las formas instrumentales de la organización y prestación de los servicios públicos.

Una primera observación: la Empresa Municipal no es una forma de prestación de servicios públicos municipales, sino más propiamente una forma de organizar esa prestación, de manera que esta prestación del servicio público (no el servicio público en sí) sea el objeto de aquella Empresa Municipal. La matización es importante porque en el texto que consideramos se habla de «prestación por gestión directa», refiriéndola seguidamente a tres formas de prestación: institución municipal, órgano especial sin personalidad y Empresa Municipal.

A nuestro modo de ver no puede entenderse que una Empresa Municipal sea una forma de prestar el servicio público municipal

1) porque la empresa en general (también la Municipal) es una realidad económica en cuyo concepto entran las ideas de producción de bienes, organización, riesgo, costes, etc., pero cuyo concepto jurídico se nos escapa

2) porque la prestación es sólo una parte de la actividad económica, que la empresa desarrolla para el acto de consumo por el usuario

3) porque la empresa en general, ni es sujeto de derecho ni es forma jurídica de un sujeto; más bien es objeto de la actividad de un sujeto distinto que no se define como empresa sino como empresario

4) porque la prestación del servicio público municipal es un acto complejo, un acto jurídico continuado que tiene como titular al Ayuntamiento en cuanto servicio público y al empresario como sujeto responsable de la actividad jurídica compleja. Obsérvese que tal «prestación» es un deber para el Ayuntamiento y, en cierto sentido, un derecho del empresario

5) porque ciertamente los servicios públicos son objeto de prestación, mientras que las empresas son objeto de gestión; de lo que deducimos que la Empresa Municipal, acaso pudiera ser considerada como forma de gestión del servicio público municipal, pero nunca como forma de prestación del mismo

6) porque la Empresa Municipal , en un sentido preferentemente económico, hay que concebirla como una organización de la actividad de prestación de servicios públicos por el Ayuntamiento, siendo así la Empresa un órgano de éste, de manera que el Ayuntamiento desarrolla su actividad de prestación mediante un sistema de gestión organizado empresarialmente.

Habrá, por tanto, que concretar qué se entiende jurídicamente por sistema de gestión empresarial, teniendo presente que el artículo 77 se refiere a un supuesto de «gestión directa» por el propio Ayuntamiento, siendo la Empresa Municipal un instrumento de gestión cualificado seguramente por el régimen económico y jurídico de ese específico «modo de gestionar» la prestación del servicio público municipal.

La Ley Especial remite al RSCL para la regulación concreta de los «órganos» de la empresa (rectius, sociedad anónima). En todo caso hay que observar:

1) que en el RSCL la forma de gestión directa se denomina «sociedad privada municipal», mientas que en el RDLE la denominación es «Empresa municipal»; es más correcto el segundo;

2) que la regulación de la organización, salvo alguna puntualización sobre número de miembros y composición del Consejo de Administración, es exactamente la misma que en el

RSCL, por lo que damos por reproducidos nuestro comentarios a ese texto;

3) que se incrementa la participación de los miembros de la Corporación Local en el Consejo de Administración hasta la mitad del número total de vocales, siendo, además, vocales natos todos los delegados de servicios a los que esté atribuida competencia sobre la materia (art. 80);

4) que «las Empresas Municipales estarán obligadas a dar cuenta periódicamente a la Alcaldía de los asuntos de importancia que rebasen el carácter de actos de mera gestión y no figuren en los respectivos planes de actuación» (art. 80,3), estando los actos de estas Empresas Municipales sujetos a las aprobaciones y autorizaciones superiores establecidas en la vigente legislación local;

5) que la fiscalización de las Empresas Municipales está a cargo de la Intervención de Fondos Municipales, que «ejercerá una permanente fiscalización» (art. 80,4).

El R.D.C.M., sin duda alguna, refuerza el control municipal de las Empresas Municipales, no sólo por la composición del Consejo de Administración, en el que el Ayuntamiento puede tener mayoría absoluta (50 % mas los Delegados de Servicios), sino también por otras dos vías: la sujección directa al Alcalde y a los planes de actuación y la «fiscalización permanente de la gestión económica».

No aclara el R.D.C.M. cuál es el órgano de relación de la Empresa Municipal y el Alcalde a los efectos de rendición periódica de cuentas en todos los asuntos que no sean de mera gestión o no estén previamente planificados. Parece que habrá de ser el Consejo de Administración, pero al existir la Gerencia como órgano social parece que, en la práctica, habrá de ser éste quien de cuenta al Consejo de Administración para que el órgano administrativo pueda rendir cuentas periódicas al Alcalde.

La subordinación de todos los órganos sociales al Alcalde, sea por vía directa o indirecta, tal como está concebida en el R.D.C.M. no creemos resulte la más operativa. Por el contrario bien puede ser considerada empresarialmente disfuncional, ya que en la práctica puede dar lugar a muchos problemas de comunicación, información, rectificación oportuna, etc.

Por otra parte, no hay que olvidar la ambigüedad de la expresión «actos de mera gestión», pues todos los actos de los «órganos de gobierno y administración» previstos en la RSCL (me refiero a los órganos) pueden ser considerados actos de gestión, siendo muy difícil evaluar la simplicidad o complejidad del acto para determinar si es o no obligatorio para el órgano dar cuenta al Alcalde.

El órgano de control y fiscalización de la Empresa Municipal es la correspondiente Intervención de Fondos. En este aspecto se han sustituido los tradicionales «censores de cuentas» de la L.s.a. por un organismo municipal.

Creemos que, sin perjuicio de las funciones fiscalizadoras de la Intervención, para el funcionamiento de la Empresa Municipal tal control es insuficiente y posiblemente perturbador, y, desde un punto de vista económico-empresarial, seguramente ineficaz.

No olvidemos que se trata de un control externo, aunque municipal, a través de un organismo que forma parte de la organización general del Ayuntamiento, pero que no es órgano de la Sociedad. Se podría afirmar que ésta, en su autonomía funcional-económica carece de órgano fiscalizador. Por otra parte, no parece dudoso que el control de empresas en general, su fiscalización exige un órgano de la propia organización societaria, dentro de su propia estructura. La fiscalización y control de la Empresa justifica y requiere un órgano específico gestor de la fiscalización de la gestión de la empresa.

Resulta significativo que también con relación a las Empresas Municipales, el R.D.C.M. aluda a sus «respectivos planes de actuación» para establecer la intervención necesaria del Alcalde o, cuando menos, la exigencia de que esté informado de los asuntos importantes que no figuren en dichos planes.

Es evidente que el Alcalde, por esta vía de la «obligación informativa» que se establece a cargo de las «Empresas Municipales» (sin determinar que órgano ha de cumplirla efectivamente), viene a constituirse en un órgano de gobierno de la Empresa Municipal (no de la Sociedad), pero es un órgano que necesita, de un lado, la atribución de las correspondientes competencias concretas, fijándose además el correspondiente procedimiento consiguiente a la recepción de la información, y, de otro lado, su institucionalización en la estructura

orgánica de la Sociedad por medio de un órgano específico, sea unipersonal o colegiado, que actúe aquellas competencias con responsabilidad, sin dejar ninguna posibilidad a la improvisación ni a la indefinición de funciones gestoras.

Es necesaria, conveniente y plenamente justificada, esa dependencia directa de las Empresas Municipales respecto de la Entidad Local que las constituye, pero no parece que el Alcalde pueda ni deba ser una especie de órgano fiscalizador-controlador-rectificador-orientador que haya de actuar al margen de una estructura jurídico- orgánica de la Sociedad, ni tampoco con independencia de ésta.

El «presidencialismo» en el ámbito de las Empresas Municipales requiere, para ser eficaz y verdaderamente operativo, una nueva concepción del poder presidencial y de las formas orgánicas de actuarlo a través de la Sociedad Mercantil que ejercita la Empresa Municipal.

10. La Ley de Entidades Estatales Autónomas y Ley General Presupuestaria

La LEMB admite la posibilidad de que la organización de los servicios municipales se realice mediante «cualquiera de las formas reguladas en la LEEA, con las adaptaciones consiguientes a la naturaleza municipal» (art. 40,2, LEMB).

La LEEA define las «Empresas Nacionales» como «aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas» (art. 4).

Las Empresas Nacionales -dice la LEEA- «habrán de ser constituidas precisamente como sociedades anónimas de fundación simultánea a su creación y la participación que tenga el Estado o los organismos autónomos deberá ser siempre mayoritaria, salvo que la Ley autorice expresamente una menor participación» (art. 92).

Las Empresas Nacionales -establece la LEEA- «se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este Título y disposiciones especiales aplicables a las mismas» (art. 91).

En los supuestos en que las Empresas Nacionales se constituyan por fusión o absorción de sociedades preexistentes, la Sociedad resultante tendrá que ser anónima y la participación del estado o de los organismos autónomos mayoritaria (art. 92,2).

Este régimen de la LEEA de 1.958 se complementa con las normas de la Ley General Presupuestaria de 1.977 (LGP), reguladora de las denominadas «sociedades estatales», a las que conviene, a los efectos de este informe, prestar alguna atención.

Son «sociedades estatales»: (art. 6,1 LGP)

a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos

b) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

La LGP además, dispone que las «sociedades estatales» elaborarán anualmente un «programa de actuación, inversiones y financiación» (ver arts. 87 y 89 LGP).

Admite esta LGP que las «sociedades estatales» estipulen convenios con el Estado para el establecimiento de «regímenes especiales» en orden a la consecución de determinados «objetivos» (art. 91 LGP).

En cuanto a la gestión de las «Sociedades Estatales», dispone la LGP que «se coordinará con la Administración de la Hacienda Pública en los términos previstos en esta Ley» (art. 6,4).

La normativa de la LEEA y LGP, aplicable a las Empresas Municipales por remisión de la LEMB en cuanto a las «formas de gestión», ofrece las particularidades siguientes:

1) La Sociedad Anónima es la única forma de ejercicio de la empresa pública admitida.

2) A esta Sociedad Anónima se le aplica la legislación mercantil, civil y laboral que proceda por razón de su forma.

3) La Sociedad Anónima que ejercita una Empresa pública (nacional) puede tener la titularidad de todas o parte de las acciones, sin que por ello deje, en todo caso, de ser una empresa nacional. Sólo se exige que el Estado sea mayoritario.

4) En el capital social pueden participar el Estado o los organismos estatales, o incluso unos y otros junto con accionistas privados, sin que la Sociedad se denomine Mixta, ni tampoco, por supuesto, sea Empresa Mixta.

5) También reciben el nombre de «sociedades estatales» las Entidades de Derecho público que hayan de ajustar sus actividades al Derecho privado; pero si son «sociedades», habría que determinar si han de revestir o no la forma de anónimas, aunque la LGP no lo diga, ya que según la LEEA habrán de ser anónimas todas las sociedades que ejerciten una Empresa Nacional.

6) Ni la LEEA ni la LGP dan normas de organización jurídica de las Empresa Nacional, sino sólo algunas normas de funcionamiento, gestión y control de la Empresa. Habrá que pensar, por tanto, que la organización jurídica de una Empresa Nacional es la prevista en la L.s.a. para este tipo societario.

7) No obstante lo apuntado en el apartado anterior, como la LEMB permite adaptaciones de las «formas» reguladoras en la LEEA (y por extensión en la LGP), no parece dudoso que la organización jurídica de la Empresa Nacional puede ser objeto de adecuaciones por vía estatutaria para encajar su específico régimen privado general a las exigencias de la naturaleza y finalidades de las actividades empresariales a desarrollar por la Sociedad Estatal en el ejercicio de la Empresa Nacional de que se trate.

8) La participación del Estado y/o otros organismos públicos y personas públicas y privadas en el capital social no ofrece ninguna dificultad, ya que incluso se regula el supuesto de los dos tipos de fusión de sociedades (creación y absorción) para la constitución de «Empresas Nacionales» (art. 92,2 LEEA).

En conclusión, es perfectamente posible tomar como punto de

referencia la concepción de la empresa en la LEEA y LGP y aplicarla, con las debidas matizaciones y reservas, a la Empresa Municipal. Igual criterio debería seguirse con la Sociedad Municipal correspondiente a todos los efectos de su adaptación orgánica y funcional.

11. Ley de Bases de Régimen Local

La vigente LBRL, con una mayor precisión terminológica y mejor técnica normativa, pese a sus naturales limitaciones por tratarse de una Ley de Bases, aborda la problemática de las actividades económico empresariales de los Municipios desde la perspectiva estricta de la gestión de los servicios públicos locales, que se definen en el artículo 85, 1 de dicha LBRL. Es de destacar que la expresión «Empresa Municipal» no aparece en las normas reguladoras de la gestión de aquellos servicios, lo cual es, a nuestro modo de ver, un acierto del legislador, por cuanto tal referencia, como hemos visto al comentar las anteriores disposiciones del régimen local, no sólo perturbaba gravemente la exactitud conceptual exigible, sino que dificultaba extraordinariamente la interpretación de la normativa aplicable.

Los servicios públicos pueden gestionarse de forma directa o indirecta, siendo la Sociedad mercantil el instrumento jurídico que da forma empresarial a uno de los posibles modos previstos para ambos supuestos de gestión. Es decir que tanto en la gestión directa como en la indirecta, se podrá adoptar como forma instrumental jurídica la Sociedad mercantil (art. 85,3-c y 4-e). La referencia a la cooperativa en la LBRL parece ociosa, dado que este tipo societario tiene carácter mercantil (ver art. 124 del C. de c.).

La forma instrumental jurídica no aparece precisada en la LBRL, que se limita a establecer que las Sociedades habrán de ser mercantiles para poder actuar como gestoras de los servicios públicos locales. Se excluyen las Sociedades civiles y otros tipos asociativos, pero no se afirma tajantemente cuál habrá de ser el tipo social, con lo que, en principio, conforme a la LBRL habría que admitir a la totalidad de formas societarias personalistas o capitalistas tipificadas por la legislación mercantil vigente.

La única diferenciación que establece la LBRL es que para la gestión directa de los servicios públicos locales, el capi-

tal de la sociedad habrá de pertenecer íntegramente a la entidad local, mientras que para la gestión indirecta, el capital social sólo parcialmente pertenece a la entidad local.

Esta diferenciación, desde luego, plantea un importante problema que la LBRL no puede resolver: la pertenencia del capital a un sólo socio, en las Sociedades mercantiles que realizan la gestión directa de los servicios públicos locales, y, de otro lado la necesaria pertencia del capital a varios socios en el supuesto de gestión indirecta mediante sociedad mercantil. A este problema hay que añadir las cuestiones de régimen jurídico de la sociedad mercantil y de su organización cuando sólo hay un socio, y, de otra parte, el régimen de organización de la sociedad mercantil en cuyo capital participan varios socios junto con el Municipio.

Como es lógico, una Ley de Bases no puede entrar en el tratamiento normativo de la problemática apuntada, pero sí constituye una punto de referencia fiable para determinar los criterios de regulación de las Sociedades Mercantiles que son instrumento de gestión de servicios públicos locales.

Estimamos que se pueden definir aquellos criterios directivos con relación a una legislación especial para el Municipio de Barcelona que, como norma especial, no tiene que someterse a los límites estrictos de la Ley de Bases de Régimen Local en materia de organización y funcionamiento de los tipos societarios que se consideren más adecuados a los fines del régimen local especial que mediante la Nueva Carta Municipal de Barcelona se quieren proteger.

Bastará, por tanto, que existan servicios públicos locales que deban ser gestionados de un modo especial, dentro de las competencias del Municipio de Barcelona, en virtud del artículo 25 de la LBRL, para que se justifique la especialidad normativa que haya de establecerse en la Nueva Carta.

No olvidar que, en su momento, la LEMB de 1.960 supuso para el Municipio barcelonés una derogación del régimen general contenido en la LRL de 1.955; por lo que, en principio, no tiene que haber obstáculos insalvables para, si fuere necesario a los intereses de Barcelona y del pleno ejercicio de la autonomía municipal, rebasar los límites, por otra parte no bien definidos en este punto, de la LBRL de 1.985.

Además, por último, ha de tenerse presente, que la LBRL contiene una remisión a la legislación autonómica (ver arts. 86 y 88), y que por virtud de Ley de 29.3.1985 se ha regulado por el Parlamento Catalán «el Estatuto de la Empresa Pública Catalana».

12. Texto Refundido de Régimen Local

El Decreto Legislativo de 18.4.1985, por el que se aprobó el TRRL, fue dictado en cumplimiento de las previsiones contenidas en la Disposición Final 1) de la LBRL.

El texto Refundido, incomprensiblemente, incurre en errores conceptuales que, como hemos visto, habían sido corregidos por la LBRL. De nuevo aparece la «empresa privada» como forma de gestión del servicio o actividad municipales, sin que se pueda precisar bien qué diferencias hay entre servicio y actividad, ni se adivine cómo una empresa sea una forma de gestión, siendo como es pura y sencillamente una actividad económica y una organización de esta actividad para participar en el mercado.

En efecto, el art. 103 alude a «los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada», y el art. 104, más correctamente, dice que «para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades Locales utilizar las formas de Sociedad Mercantil o Cooperativa».

Tanto para la gestión directa como para la indirecta, el TRRL impone una forma societaria mercantil de responsabilidad limitada (arts. 103, 1 y 104,1). A este respecto hay que señalar, sin embargo, que al regular la responsabilidad de la Entidad Local en la Sociedad Mercantil constituida para la gestión indirecta, «se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla» (art. 105).

No es dudoso que esa limitación de responsabilidad, tal como aparece definida en el mencionado precepto, no encaja en el régimen de limitación de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, característica de las sociedades de carácter capitalista, ya que en ésta no cabe modificación estatutaria de la responsabilidad, ni las aportaciones no

dinerarias (bienes y derechos) se valoran fuera de la Sociedad, sino que, en definitiva lo hace la Junta General al aprobar la valoración efectuada por el órgano administrativo de la Compañía.

Por otra parte, la variabilidad del capital de las Cooperativas, acaso sea la justificación de este precepto, pero en todo caso estimamos que es incorrecto su texto.

Por lo que se refiere a la organización jurídica de las sociedades mercantiles gestoras de los servicios públicos o actividades económicas municipales, distinguiremos:

1) en la gestión directa, son de aplicación las normas de organización y funcionamiento («actuará») de la legislación mercantil. En consecuencia, los órganos sociales serán los tipificados en las leyes mercantiles especiales reguladoras de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas.

Una observación concreta merece la referencia del art. 103,1 a la exigencia de que «en la escritura de constitución constará..... la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quiénes tengan derecho a emitir voto representando al capital social».

Esta referencia afecta a la concepción de dos órganos sociales: el órgano administrativo colegiado y la Junta General. Por lo que se refiere al Consejo de Administración, parece que la mención estutaria tendrá que contener no sólo la forma de constituir el órgano, sino también la forma de funcionar el mismo, su composición y competencias y facultades.

Si consideramos que el RSCL ha quedado derogado definitivamente por la promulgación del TRRL, es evidente que éste deja una mayor discrecionalidad a la Entidad Local constituyente para regular su órgano administrativo. Si tal disposición no ha quedado derogada, habría que replantear los problemas ya examinados al comentar el RSCL en materia de organización.

Por lo que se refiere a la Junta General, la derogación o vigencia del RSCL es decisiva, por cuanto nada dice el TRRL sobre su composición. Si el RSCL ha quedado derogado definitivamente, es claro que el TRRL abre nuevas vías de regulación autónoma de la Junta General en la escritura de constitución, es decir en los estatutos de la Sociedad.

No bastará, por tanto, la identificación de las personas que tengan derecho a emitir voto representando al capital social, sino que, como es lógico, habrán de incluirse todas las normas especiales que se estimen convenientes para la regulación completa de este órgano social de una compañía que sólo tiene un socio.

No es dudoso que el TRRL reconoce la pluralidad de personas en la composición del órgano, pero no parece correcto, desde un punto de vista jurídico mercantil estricto, afirmar que esas personas («quienes») tienen derecho a emitir voto representando al capital social:

a) porque no son socios y el derecho de voto sólo a éstos corresponde;

b) porque no representan al capital social, que es de la Sociedad, sino al único socio de la misma, que es el Ayuntamiento.

De todas maneras, por lo que atañe a la Junta General, parece que habrá que entender que es el Pleno de la Corporación o, por lo menos, conforme hemos visto, representantes del Municipio, cuya designación corresponde a la Entidad Local fundadora de la Sociedad. Nada dice el TRLC sobre las condiciones de estas personas (sólo establece la exigencia de la mención estatutaria de quiénes han de votar), por lo que cabría entender que la representación en Junta General podría la Entidad Local conferirla tanto a personas físicas como jurídicas. Se abre así una puerta para la entrada de representantes de otras Sociedades municipales en la Junta General.

En el supuesto de que el RSCL no haya sido completa y definitivamente derogado por el TRRL, habría que replantear los problemas de organización jurídica y régimen de funcionamiento ya examinados al analizar aquel texto reglamentario, por lo que damos aquí por reproducidas las observaciones ya expresadas.

Téngase presente, no obstante, que, respecto del órgano fiscalizador interno de la sociedad (censores de cuentas), no habría inconveniente en una regulación estatutaria autónoma en la escritura de constitución, justificada por aplicación analógica del texto refundido (art. 103,1) a ese supuesto orgánico, lo mismo que se hace con el Consejo de Administra-

ción y la Junta General. Esta mención en la escritura de constitución sería perfectamente compatible con la fiscalización externa por los órganos municipales que tienen atribuida legalmente la intervención pública permanente de la gestión económica de la Empresa Municipal.

2) En la gestión indirecta, en principio, se aplicarán a la Sociedad mercantil las normas correspondientes al tipo societario constituido por la Entidad Local y sus socios. Sin embargo, hay que destacar que el TRRL dispone que «en el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de tercero, exceptúen la legislación societaria aplicable» (art. 104.1).

Significa esto que, para los supuestos de gestión indirecta, la escritura fundacional o los estatutos sociales (acuerdo constitutivo), podrán regular la organización y funcionamiento de la Sociedad con una autonomía sólo limitada por:

- la indemnidad de terceros, es decir que tales especialidades orgánicas no pueden suponer una derogación de los principios de responsabilidad ilimitada de la Sociedad y de responsabilidad de los socios limitada a su compromiso de aportación al capital social;

- la finalidad de estas especialidades que tiene que ser precisamente y en la medida necesaria «para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo» (art. 104,2).

Si concurren estos requisitos, los fundadores de la sociedad, en el acuerdo constitutivo, pueden introducir todas las especialidades de organización y funcionamiento que estimen más convenientes para la promoción y desarrollo de la em presa.

El TRRL dispensa un trato privilegiado a las incorrectamente denominadas «empresas mixtas», ya que admite una autonomía orgánica y funcional, una posibilidad de exceptuar la legislación societaria aplicable, una libertad de composición del capital social, que, ni siquiera como principio general, se reconocen a favor de las Sociedades mercantiles que actúan la gestión directa del servicio.

Este régimen privilegiado posiblemente tiene una explicación histórica, ya que existe una tradición normativa en tal

sentido, pero en modo alguno tiene justificación actual, ya que es precisamente la denominada gestión directa la que precisa, supuesta la necesidad de distinguir los dos tipos de gestión, una mayor flexibilidad en cuanto al concepto y régimen de su organización jurídica y a la utilización de «especialidades internas» de estructura y funcionamiento de la Sociedad, que posibiliten la inaplicación de la legislación mercantil a las compañías mercantiles que gestionen directamente un servicio público local o actividad económica de iniciativa municipal.

Y esto debiera ser así por una razón práctica convincente: los socios privados (personas físicas o jurídicas) pueden tener y tienen suficientes medios para proteger sus legítimos intereses individuales y el interés social inherente a la empresa ejercitada, con las normas legales del ordenamiento jurídico societario mercantil, pero la posibilidad de que se pacten en el acuerdo constitutivo especialidades internas, especialmente si el Municipio no tiene mayoría de capital, no siempre va a servir para proteger los legítimos intereses del Municipio como Entidad Local y como socio, sino que propiciará seguramente una posición predominante de los socios privados en la organización de la Sociedad y en el funcionamiento de la empresa.

Se establece como mención obligatoria de la escritura de constitución (que consideramos equivalente a acuerdo de constitución formalizado en escritura pública de fundación), «las facultades reservadas a quienes representen en la empresa a la Entidad Local, así como los casos en que proceda su disolución» (art. 104,3).

Es este precepto de una singular importancia para la organización jurídica de la Sociedad, por los motivos siguientes:

1) porque incurre en una evidente imprecisión terminológica tradicional en la regulación de las empresas municipales: se alude a las personas que representen en la empresa a la Entidad Local cuando es obvio que no cabe representación en la empresa, sino en la Sociedad mercantil constituida;

2) porque establece una representación de la Entidad Local, como socio, en todos los órganos de la Sociedad, ya que sólo esta interpretación amplia justifica la presencia de la Entidad Local en la Sociedad constituida;

3) porque no se alude a ningún órgano en particular (como es lógico teniendo presente la autonomía de regulación orgánica establecida), pero sí alude a «facultades reservadas a esos representantes», con lo que tanto se está refiriendo a la representación en la Junta General, que necesariamente ha de existir, como en el órgano administrativo, que por esta participación necesaria de la Entidad Local habrá de ser colegiado (salvo que los demás socios, cosa improbable, renuncien a participar en ese órgano);

4) porque, a diferencia de las Sociedades mercantiles concebidas para la gestión directa, en las que ahora consideramos, se imponen unas menciones obligatorias en la escritura de constitución respecto de «los casos en que procede la disolución de la Sociedad», mientras que, en las sociedades del otro grupo, se establece la disolución obligatoria cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, en contraste con la previsión de dicha causa de disolución en el art. 150 de la L.s.a.

De esta manera nos encontramos con que, siendo en todo caso servicios públicos locales y actividades de iniciativa municipal las que constituyen el objeto de la sociedad, una mala gestión con pérdidas en el supuesto de gestión indirecta, no obliga a la corporación municipal a tomar ninguna decisión sobre la continuidad y forma de prestación del servicio, mientras que la mala gestión directa, de la que es único responsable empresarial y jurídico la propia Entidad Local, obliga a ésta a disolver la sociedad.

Queda claro, a nuestro entender, que los órganos de gestión y dirección de las Sociedades, sea directa o indirecta la gestión, han de estar sometidos a iguales normas por un sola razón: el servicio público local o, en su caso, la actividad de desarrollo de una iniciativa municipal, que, en todo caso, son las causas que justifican la constitución de la Sociedad y la participación del Municipio en el ejercicio de la empresa correspondiente.

Entendemos que esta interpretación se ajusta a las finalidades de los servicios y actividades y que, en todo caso, el propio TRRL, la fundamenta al decir que «los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio y, en su caso, a la

legislación del estado y de la Comunidad Autónoma que regule la materia» (art. 106).

Este sometimiento de todos los actos de gestión del servicio, en cuanto a su prestación, a las normas de Derecho público, condiciona absolutamente la dirección de la empresa, de manera que el hecho de que la gestión se conciba artificiosamente como directa o indirecta, en nada influye sobre le régimen de los órganos sociales que asumen el derecho y la responsabilidad de la gestión que, como se demuestra implícitamente, es única y corresponde a los órganos de la sociedad sometidos a las normas reguladoras del servicio.

También el artículo 108 del TRRL plantea algunas cuestiones que de manera clara afectan a la organización jurídica de la Sociedad. Estas cuestiones, referidas por el TRRL a los supuestos de gestión indirecta, son las siguientes:

1) Establece este precepto una serie de normas para «los casos de prestación indirecta de la actividad». No dice el texto a qué actividad se refiere, aunque sí dispone expresamente que las normas se refieren a la prestación no a la gestión.

2) Excluye de la normativa a los «servicios concedidos», lo que hace pensar que más exactamente se están dando normas para las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, y no normas sobre su prestación a los usuarios.

3) Al aludir a un convenio, sin más aclaraciones, parece que el TRRL está refiriéndose al que se establezca entre la Entidad Local y la Sociedad mercantil no concesionaria cuya empresa consista en la prestación del servicio.

4) Si no se trata de un convenio concesional, por estar excluidos expresamente de esta norma los servicios concedidos, vemos que el interés municipal en la gestión indirecta se centra en dos puntos fundamentales: el derecho de reversión y el canon anual que se establecen a favor de la Corporación Municipal.

5) En el propio convenio no concesional, además, se fijará la «participación que la Entidad local tenga en la dirección de la Empresa, así como en sus beneficios y pérdidas».

De cuanto queda expuesto se deduce que en la gestión indirecta mediante Sociedad mercantil, la Entidad Local no es realmente un socio, ya que, aun tratándose de una sociedad de carácter capitalista y, en todo caso, mercantil, sus derechos políticos y económicos no se miden por su participación en capital social, pese a estar limitada su responsabilidad por las deudas sociales al valor de su aportación, sino por lo que se establezca en el convenio que se celebre con posterioridad a la constitución de la Sociedad entre ésta y la Entidad Local.

Por otra parte, la medida de los ingresos también es convencional en su regulación, pudiendo ser inferiores o superiores a la proporción que corresponda respecto del capital social; y, además, también es objeto de pacto específico la participación de la Entidad Local en la dirección de la Empresa, que, en este caso, habrá que entender como administración de la Sociedad en sentido amplio. Si a esto añadimos que los ingresos de la Entidad Local provienen de su retribución como socio y su derecho al canon anual, y, además, se establece a su favor un derecho de reversión del patrimonio de la Sociedad al término del convenio, no ofrece dudas que la Entidad Local no ocupa propiamente la posición jurídica de socio en una Sociedad, cuyo funcionamiento no depende del acuerdo constitutivo ni de los estatutos, y cuya organización puede estar sometida a especialidades internas susceptibles de modificación mediante convenio posterior a su constitución.

Es decir que la normativa estatuaria, que tanta importancia tiene para la vida de la sociedad y para la organización de la empresa que esta sociedad ejercita, pasa absolutamente a un segundo plano, con derogación expresa de las normas societarias, pero no por voluntad de los fundadores, sino por decisión del propio legislador, que en el TRRL incurre en tan ostensible contradicción.

III. PERSPECTIVAS REVISORAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES

13. Planteamiento: tipicidad, gestión y organización de la E.M.

Conforme quedó apuntado en el epígrafe n.° 4 de este Informe, las perspectivas revisoras del régimen jurídico de las Em-

presas Municipales, tenían que plantearse desde tres puntos de vista, que son la tipicidad, el sistema de gestión y la organización de dichas Empresas.

No hay que olvidar que, en definitiva, la instrumentación jurídica normativa que las Empresas Municipales tengan en la N.C.B. depende esencialmente del sentido, contenido, concepto y efectos que el legislador atribuya al tipo de Empresa y a la gestión y organización de la misma, encuadrados en el régimen general de la Administración municipal que la N.C.B. está llamada a definir.

Por este motivo, hemos considerado oportuno examinar separadamente el contenido de las tres perspectivas expresadas, pero ello no supone una desintegración de los distintos elementos que componen su realidad unitaria económica y jurídica. Al contrario, la consideración diferenciada a efectos de análisis, a nuestro modo de ver, permitirá avanzar una síntesis reconstructiva de la Empresa Municipal como realidad global y totalizadora de los singulares factores técnicos, económicos, jurídicos y políticos que la componen.

14. Significación jurídica de la tipicidad de la E.M.

La Empresa Municipal, como toda empresa, es siempre el resultado de la interacción de los factores heterogéneos antes expresados. Ahora bien, por ser Municipal, la correspondiente empresa es, ante todo, una determinada técnica aplicada a la producción de bienes o servicios, con una personificación determinada por la voluntad política de intervención en un determinado sector de la economía de interés municipal.

Así las cosas, no nos ofrece dudas la necesidad de reconstruir el tipo jurídico de Empresa Municipal a partir de la constatación de su compleja estructura en el Derecho vigente (véase aparatado II de este Informe), teniendo presente en todo momento que será Empresa Municipal jurídicamente típica, aquella que esté definida y regulada en todos sus aspectos estructurales y funcionales por las normas que la N.C.B. a este respecto establezca.

Pues bien, siendo ésta la significación práctica de la tipicidad jurídica de la Empresa Municipal, es evidente que la elaboración o diseño tipo es una tarea de contenido complejo

por cuanto afecta no sólo a la noción conceptual y caracterización jurídicas de la Empresa Municipal, sino a la personificación de la misma y también a la disciplina de todos y cada uno de los elementos que la integran.

15. Los conceptos de Empresa Municipal

No se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente un concepto jurídico de Empresa, ni mucho menos un concepto explícito de Empresa Municipal, como hemos tenido ocasión de constatar al examinar críticamente los presupuestos normativos de la legislación española de Régimen Local (ver supra epígrafes 7 a 12). Puede afirmarse, en consecuencia, que la Empresa Municipal tiene hoy un concepto legalmente atípico, configurándose no obstante por el «bloque normativo de Derecho Público» una caracterizada disciplina que ofrece datos suficientes para integrar la tipicidad sustancial de estas empresas, desde luego en mejores condiciones que las ofrecidas a los mismos fines por el «bloque normativo de Derecho Privado» (ver supra epígrafes 5 y 6).

No obstante la apuntada atipicidad legal del concepto de Empresa Municipal, parece que respecto de ésta pueden afirmarse las notas conceptuales siguientes:

1) La Empresa Municipal es actividad económica desarrollada por el Ayuntamiento en el ámbito de sus competencias administrativas y de su autonomía para la gestión y satisfacción de los intereses de la comunidad vecinal, asumiendo el riesgo de dicha actividad empresarial.

2) La Empresa Municipal es una forma de organizar la expresada actividad económica, constituyéndose la Empresa mediante personificación de un órgano especial de la Administración municipal.

3) La Empresa Municipal es la organización especial que corresponde a un sistema de gestión de servicios y actividades económicos que por voluntad del Ayuntamiento han de ser producidos, explotados y prestados por interposición de un empresario mercantil de naturaleza societaria.

4) La Empresa Municipal es una iniciativa económica concebida y puesta en práctica por el Ayuntamiento, sirviéndose de

unas técnicas de participación en el mercado para instrumentar total o parcialmente una determinada política de intervención pública municipal en la economía general de su circunscripción territorial.

5) La Empresa Municipal es una forma diferenciada de Administración de los medios materiales y personales ordenados por el Municipio a la consecución de los objetivos de la política económica del Ayuntamiento, conforme a la planificación administrativa de esta política.

6) La Empresa Municipal también es la personificación de un fin o la especialización de un órgano singularizado, a los que se adscriben, mediante los correspondiente actos de dotación patrimonial, los medios materiales y personales necesarios para la realización del fin o, en su caso, del objeto singular de la iniciativa económica municipal.

Estas notas conceptuales evidencian la necesidad de descartar la consideración como Empresa Municipal la totalidad de las actividades de contenido económico que el Ayuntamiento emprende; pues por esta vía tendriamos que concebir al propio Ayuntamiento como Empresa Municipal.

También, en principio, aunque por razones menos convincentes, vamos a excluir los supuestos de Institutos Municipales y Órganos especializados sin personalidad. Y decimos que las razones son menos convincentes porque el contenido económico y sistema de gestión en esos dos supuestos, no contradicen en modo alguno la significación técnica y económica de la Empresa Municipal. Sin embargo, en este momento parece conveniente excluirlos para no complicar innecesariamente el problema conceptual que examinamos.

Parece, por consiguiente, que la expresión «Empresa Municipal» habrá de reservarse para unos supuestos determiandos de organización especial de la Administración municipal; precisamente para aquellos supuestos en que la gestión de las iniciativas municipales comporta, de un lado, la creación de un órgano especial dentro de la Administración general del Municipio; de otro lado, la personificación mercantil societaria de este órgano especial; de otro lado, la voluntad del Ayuntamiento de participar en el mercado económico a través de dicho órgano personificado; y, de otro lado, por último, la profesionalización mercantil del órgano y de la gestión que se le encomienda.

En conclusión diremos que la N.C.B. debe conceptualizar jurídicamente la expresión «Empresa Municipal» y contribuir así a integrar la tipicidad jurídica completa de esta figura necesaria en el ordenamiento de las instituciones del Derecho especial del Ayuntamiento de Barcelona. En tal conceptualización positiva, los elementos de iniciativa económica municipal, órgano especial, personificación en forma de empresario social y participación en el mercado, son indispensables.

16. Caracterización jurídica de la Empresa Municipal

De la conceptualización jurídica de la expresión «Empresa Municipal» se deducen dos caracteres esenciales: el carácter administrativo y el carácter mercantil de las Empresas Municipales.

A) En efecto, estimamos que no puede ponerse en duda el carácter administrativo de toda Empresa Municipal por la razones siguientes:

1) por la presencia siempre preeminente de la Administración Municipal en esa empresa que es un órgano especial de dicha Administración.

2) Por los fines e intereses públicos que se persiguen y tutelan mediante la creación municipal de la Empresa.

3) Por la función social que en nuestro ordenamiento constitucional se atribuye a cualquier forma de propiedad y a la actividad de las Administraciones públicas territoriales del Estado.

De este carácter administrativo se deduce:

1) El poder de gestión municipal de la Empresa en que el Ayuntamiento ha conformado una determinada iniciativa económica.

2) El encuadramiento de la Empresa, directa o indirectamente, en la organización de la Administración pública del Municipio.

3) La constitución necesaria de la Empresa Municipal por mandato imperativo del Ayuntamiento, que implica su personificación mercantil en forma societaria.

4) La descentralización (mayor o menor) de funciones públicas, que adopta una forma mercantil personificada en Sociedad, con atribución de imperium y mantenimiento de pública potestas en cuanto al ejercicio de las funciones públicas descentralizadas.

5) La necesaria relación de coordinación entre la Administración municipal y su representación en los órganos de la Sociedad mercantil que personifica a la Empresa.

6) La posibilidad de que la Empresa Municipal promueva la creación y participe en otras Empresas Municipales, por entenderse que la primera es una especie de fidei comisaria del imperium y funciones públicas que las nuevas Empresas o las participadas pueden ejercer indirectamente como titulares mediatos de la pública potestas de todo órgano especial de la Administración municipal, siempre que tal promoción o participación formen parte de la voluntad expresa del Ayuntamiento.

B) Tampoco puede cuestionarse el carácter mercantil de toda Empresa Municipal personificada por una Sociedad que legalmente tenga atribuida la condición y estatuto de empresario. Y tal caracterización se fundamenta por las razones siguientes:

1) por la naturaleza de la actividad, medios instrumentales y fines de la Empresa Municipal, creada por voluntad del Ayuntamiento para participar en el mercado económico

2) por la naturaleza mercantil del titular jurídico de la Empresa Municipal, que es una Sociedad Anónima

3) por el carácter no administrativo de los actos de gestión y administración de la Empresa Municipal, que por ser actos de empresa en el ejercicio profesional de la actividad económica que constituye su objeto, son actos mercantiles.

De este carácter mercantil se deduce:

1) la personalidad jurídica de la Sociedad como titular de la Empresa Municipal, se diferencia de la personalidad jurídica del Municipio como creador de dicha Empresa.

2) La Empresa Municipal personificada por la Sociedad es un empresario mercantil, pero tal condición y estatuto empresarial no se predica del Ayuntamiento de cuya Administración general forma parte el órgano empresarial personificado.

3) El objeto social de la Empresa personificada es siempre mercantil, pero la finalidad dela Empresa Municipal no tiene que ser necesariamente lucrativa.

4) La Sociedad que personifica a la Empresa Municipal tiene su propia organización y sus propios órganos, sin perjuicio de que dicha Empresa, a su vez, sea órgano de la Administración municipal.

5) La organización societaria mercantil existe por voluntad del Ayuntamiento y tal voluntad comporta la utilización de un sistema de gestión empresarial para la realización del objeto de la Sociedad y de la Empresa Municipal.

6) La organización jurídica de la Empresa Municipal como órgano especial de la Administración del Ayuntamiento, se acomoda al régimen societario mercantil y a la voluntad estatutaria de aquél.

17. Objeto de la Empresa Municipal

El objeto de toda Empresa Municipal consiste en organizar la producción, explotación y prestación de un servicio o desarrollar, en general, mediante gestión empresarial una actividad económica productiva susceptible de mercado.

Obsérvese que esta concepción del objeto no delimita ni caracteriza su contenido específico por la naturaleca pública del servicio o actividad producidos por la Empresa para el mercado, sino simplemente por la gestión empresarial y la organización empresarial de la producción económica, para participar en el mercado mediante un órgano personificado de la Administración municipal, que asume el riesgo empresarial correspondiente a la iniciativa emprendida.

El servicio o actividad municipal no tiene necesariamente que ser un servicio público municipal en el sentido del artículo 85 de la L.B.R.L., sino que basta que sea un servicio

o actividad producidos para ser puestos a disposición del público, satisfaciéndose simultáneamente un interés municipal, cuya tutela se ejercita por el Ayuntamiento con la creación de la Empresa Municipal, y unos intereses individuales de los potenciales consumidores de los bienes económicos producidos por dicha Empresa.

Entendemos que esta concepción y delimitación del objeto de la Empresa Municipal es congruente con su doble caracterización examinada en el epígrafe 16 de este Informe, y que, conforme hemos visto, trasciende a la configuración del contenido de ese objeto empresarial:

1) Porque dicho objeto es materia administrativa en cuanto se define por el propio Ayuntamiento al adoptar el acuerdo de iniciativa económica de interés municipal, previo expediente administrativo.

2) Porque el objeto, al mismo tiempo, es materia mercantil en cuando su realización se confía por el propio Ayuntamiento a un empresario que es el titular de la Empresa Municipal.

3) Porque el objeto de la Empresa Municipal comporta la asunción de un riesgo económico, una incertidumbre sobre los resultados de la ejecución de la iniciativa por el órgano especial, personificado exclusivamente para responder de ese aleas con un patrimonio diferenciado o separado concretamente para la realización del objeto empresarial municipal.

4) Porque el objeto de la Empresa Municipal se delimita también por la competencia administrativa del Ayuntamiento para intervenir en el mercado económico, sea en régimen de monopolio de producción, sea en régimen de libre concurrencia con otros operadores económicos o empresarios que compiten en la oferta de los bienes producidos por las distintas Empresas concurrentes.

5) Porque el objeto de la Empresa Municipal se define en su contenido por la iniciativa pública municipal que legitimamente puede ejercer en la actividad económica o sector productivo que sea de interés municipal, conforme se reconoce en el artículo 128,2 de la Constitución Española de 1.978.

El objeto de las Empresas Municipales, por consiguiente, hay que concebirlo jurídicamente con la amplitud y flexibilidad

explícita en el texto constitucional y en la vigente ordenación del Régimen Local, sin que los servicios esenciales reservados al sector público municipal (cfr. artículo 25,2 y 26 de la L.B.R.L.), puedan ser considerados mas que como excepción al principio general de iniciativa económica consagrado en el artículo 25,1 de la L.B.R.L.: «EL Municipio, para la estión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades... que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal» (cfr. artículo 25,1 en relación con el artículo 128,2 de la Constitución y los artículos 86,1 de la L.B.R.L. y 96 del TRRL).

En conclusión diremos que el Ayuntamiento puede configurar con autonomía el objeto de cada una de las Empresas Municipales que decida crear, determinando su propia voluntad con el alcance y contenido que desee atribuir a tal objeto en función del interés municipal que justifique la realización de la intervención del Municipio en el sector económico de las actividades empresariales correspondientes.

Por otra parte, la intervención que conforme empresarialmente una determinada iniciativa económica municipal legítima, puede efectuarse con medios exclusivamente propios o con medios compartidos con otros sujetos interesados en el sector económico en cuestión o en la propia iniciativa municipal.

Significa esto que el carácter público o mixto de la cobertura financiera de la iniciativa económica acordada por el Ayuntamiento, no afecta al carácter municipal y mercantil de la Empresa Municipal ni desvirtúa la naturaleza jurídico-empresarial de su objeto.

En consecuencia, podrá el Ayuntamiento atribuir a las Empresas Municipales la realización del objeto que estime más conveniente a los fines que justifican su intervención; así, unas veces, el objeto podrá ser la promoción de empresas y la coordinación de iniciativas económicas de los sectores interesados; otras veces, la producción de unos servicios o la realización de unas actividades; otras, en fin, la sustitución de la iniciativa privada en sectores abandonados por ésta o necesitados temporalmente del estímulo y apoyo de la iniciativa pública municipal.

18. Empresas Municipales y libre mercado concurrencial

Tanto la conceptualización de la Empresa Municipal como su caracterización y objeto, ponen de manifiesto la vocación participativa de esas Empresas en un mercado económico en el que, por imperativo de nuestra Constitución (artículo 38), rige el principio de libertad de concurrencia. Se plantea así el problema de la compatibilidad del expresado principio y la autonomía empresarial del Municipio para competir con otros empresarios en ese mercado libre.

En este punto conviene distinguir dos supuestos:

A) Supuesto general o normal

Consiste este supuesto en el ejercicio de actividades económicas por Empresas Municipales en concurrencia mercantil con otros empresarios.

Se corresponde este supuesto con la tipicidad positiva de la denominada «municipalización», expresión todavía presente en la vigente legislación de Régimen Local (ver artículos 22,2,f y 47,3,f de la L.B.R.L.).

Pues bien, una vez cumplidos los trámites administrativos del expediente de municipalización, conforme a lo previsto en el artículo 97,1 del TRRL, o legitimada la iniciativa económica municipal en la forma establecida, de acuerdo con lo dispuesto en los artículo 26 y 86,3 de la L.B.R.L. y 42,2 del R.S.C.L., el titular de la Empresa Municipal constituida, queda sometido al principio de libertad de mercado, sin que el carácter público de la iniciativa modifique las reglas aplicables a su desarrollo por Empresas ni al ejercicio de ésta.

B) El supuesto especial

Este supuesto se refiere al ejercicio de la Empresa Municipal en régimen de monopolio. Es decir que los servicios o actividades que constituyen el objeto de la empresa, se reservan por virtud de disposición legal a un empresario determinado que personifica la titularidad jurídica de la Empresa Municipal con atribución de una prerrogativa de exclusividad que excluye de la competencia a otros empresarios.

La atribución de esta prerrogativa, que comporta el otorga-

miento de facultades públicas en la gestión de la Empresa, no supone una derogación del principio de libertad de concurrencia, sino un supuesto especial de limitación competencial municipal de esa libertad respecto de un sector económico determinado por la propia ley, sin que la decisión del Ayuntamiento tengo por sí misma los efectos propios de la autonomía municipal y del ejercicio de la potestad autoorganizativa, ya que la aprobación del supuesto monopolístico no corresponde a la corporación municipal sino al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (cfr. artículo 86,3,2x de la L.B.R.L., en relación con los artículos 97,1 y 98 del T.R.R.L.).

19. Titularidad jurídica de la Empresa Municipal

La titularidad jurídica de toda Empresa corresponde al empresario, como sujeto de Derecho que ejercita profesionalmente y en nombre propio la actividad económica organizada en que la empresa consiste. En el supuesto de que la Empresa sea Municipal, su titular jurídico es un empresario social, una persona jurídica que reviste la forma de Sociedad mercantil.

El tipo societario idóneo es el de Sociedad Anónima, ya que su carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, y la limitación de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, cualquiera que se el origen de sus recursos financieros, se ajusta perfectamente, de un lado, al carácter administrativo de la Empresa; de otro lado, a las exigencias expresas de la legislación de Régimen Local; y, de otro lado, por último, a la realización de los fines de la iniciativa pública a través de la personificación mercantil de un órgano especial de la Administración Municipal.

La constitución de la Sociedad Anónima o, en su caso, la participación municipal en una Sociedad Anónima preexistente, es coactiva en el sentido de que, aprobada la municipalización de la actividad económica constitutiva del objeto de la Empresa Municipal, es imperativo que la titularidad jurídica de esa Empresa sea asumida por una Sociedad Anónima.

20. Empresa Municipal y Sociedad Anónima: el capital social

En la Sociedad Anónima, como es sabido, el capital social está enteramente dividido en partes alícuotas del mismo

que se documentan en títulos de crédito denominados acciones.

En una Sociedad Anónima titular jurídico de la Empresa Municipal hay que tener presente, respecto del capital social, las observaciones siguientes:

1) Sólo la Sociedad es titular jurídico del capital social, siendo los socios únicamente titulares de las acciones.

2) Salvo que se matice y puntualice conceptualmente la expresión «Sociedad Anónima Municipal», no puede entenderse correctamente empleada tal denominación porque la Sociedad Anónima no es del Municipio, aunque éste sea titular del todas o la mayoría de las acciones.

3) Podría considerarse la posibilidad de emplear la denominación de «Sociedad Municipal por acciones» para los supuestos de participación totalitaria o mayoritaria del Municipio en el conjunto de acciones que integran, por virtud de la correspondiente aportación, el capital de dicha Sociedad.

4) La Sociedad Anónima es un instrumento de la realización efectiva de la Empresa Municipal, a la que no afecta esencialmente, aunque sí orgánicamente, el acto de su personificación en forma de Sociedad por acciones.

5) Si la Sociedad Anónima es instrumento y la Empresa Municipal representa el fin que el Ayuntamiento persigue y pretende alcanzar mediante aquel instrumento, es obvio que mientras el Ayuntamiento mantenga la municipalización del fin, el instrumento continuará siendo municipal.

6) Se deduce de la observación anterior que la especialidad del órgano personificado en Sociedad depende exclusivamente de la voluntad de quien municipalizó la actividad económica encomendada a aquel órgano especial, no de la cuantía mayor o menor de su aportación al capital social del orgáno personificado.

7) El Ayuntamiento, por consiguiente, puede mantener, aumentar o disminuir su participación en el capital social, sin que tales eventualidades afecten a la caracterización de la Empresa Municipal, mientras el propio Ayuntamiento, por acto de contrario imperio, no decida la desmunicipalización de su iniciativa, cesando en su intervención por abandonar

definitivamente la iniciativa económica empresarial emprendida.

8) No hay inconveniente, por tanto, en que el Ayuntamiento, como titular de todas o parte de las acciones de la Sociedad Anónima que ejercita la Empresa Municipal, decida autónomamente disponer de los títulos en favor de terceros que estén interesados en acceder al accionariado de la Sociedad, siempre que tales actos de disposición no supongan que el Ayuntamiento deja de pertenecer a ese accionariado, pues tal hecho supondría una forma implícita de desmunicipalización.

9) El interés municipal de la Empresa no guarda necesariamente relación de proporcionalidad con la cuantía de la participación del Ayuntamiento en el capital de la Sociedad, sino que basta la presencia del Municipio en el accionariado para presumir la existencia del aquel interés y justificar la especialidad del órgano empresarial que la Sociedad Anónima personifica, sometiéndose a un régimen jurídico especial propio y característico de las Empresas Municipales.

10) El carácter administrativo de la Empresa Municipal (ver supra epígrafe 16) no se desvirtúa mientras el Ayuntamiento no descalifique el carácter público de su iniciativa empresarial por acuerdo expreso o actos concluyentes que desnaturalicen aquel carácter. La transmisión de acciones a otras personas públicas o privadas no tiene, de suyo, ese efecto desnaturalizador, sino que, por el contrario, constituye una manifestación del carácter mercantil que, en todo caso, también tiene la Empresa Municipal.

11) Tiene que ser el propio Ayuntamiento, por procedimiento análogo al de municipalización, quien acuerde y declare su voluntad de abandono de la iniciativa emprendida y, a partir de la eficacia de dicha voluntad, se producirán las consecuencias correspondientes a la pérdida del carácter administrativo de la Empresa Municipal.

12) Los efectos de la desmunicipalización, si en la Sociedad Anónima hay varios accionistas, tendrán que ser regulados de manera que los legítimos intereses de estos socios no resulten perjudicados por esta decisión municipal, que determinará el alcance de la misma en cuanto a la normalización del régimen mercantil que haya de aplicarse a la Sociedad Anónima subsistente.

En el supuesto de que inicialmente el Ayuntamiento sea accionista totalitario de la Sociedad, creemos que no es indispensable mantener la norma de desembolso íntegro actualmente vigente (artículo 103 TRRL), porque, en definitiva, es suficiente la garantía que ofrece la suscripción íntegra y posible desembolso parcial de 25 por ciento, conforme al régimen general de la L.s.a. Esta fórmula permitiría al Ayuntamiento, como único accionista, soportar con mayor flexibilidad la carga del desembolso efectivo de las acciones por él totalmente suscritas.

Admitida la autonomía municipal de gestión del capital social correspondiente a los recursos de financiación propia de las Empresas Municipales, parece inútil distinguir los supuestos de las denominadas incorrectamente «Empresas Mixtas», ya que si éstas son, como deben de ser, Empresas Municipales, será el propio Ayuntamiento quien determine la cuantía de su participación, adquiriendo el número de acciones que estime más conveniente a los fines de la iniciativa pública que con tal participación se pretenda desarrollar. Y si las Empresas no son Municipales, es evidente que la inversión mobiliaria del Ayuntamiento no tiene carácter administrativo, no genera la personificación de un órgano especial de la Administración Municipal y, por tanto, quede fuera del interés público que justificaría la intervención del Ayuntamiento en la empresa privada.

Parece evidente que si el Municipio mantiene o adquiere una participación mayoritaria en el capital de una Sociedad Anónima es porque pretende ocupar una posición dominante en los órganos de gestión y representación de la Sociedad; y puede hacerlo sencillamente con el ejercicio de su derecho de voto en la Junta General correspondiente.

Si, por el contrario, adquiere o mantiene una participación minoritaria, será porque tal posición dominante en los órganos sociales no es conveniente a los fines de la Empresa Municipal, que sin dejar de ser órgano especial de la Administración del Municipio, será dirigida por quien reúna la representación mayoritaria de las acciones.

Por otra parte, en todo caso, el Ayuntamiento puede transmitir todas sus acciones a terceros desmunicipalizando la Empresa, o también entender que su participación minoritaria es suficiente a los fines determinantes en su día de la municipalización. Sean unas u otras las decisiones municipales,

es obvio que el Ayuntamiento, en ningún momento, pierde el control y dirección de los fines públicos inherentes a la Empresa Municipal.

21. La idea de organización en la noción de Empresa Municipal

No interesa especialmente ahora examinar la compleja problemática jurídico-conceptual que plantea la idea de «organización» aplicada a la empresa, al menos en su consideración abstracta.

Por el contrario, estimamos indispensable a los fines de este informe, llegar a una concreción de los significados de la idea «organización empresarial» para aplicarla lo más eficazmente posible al proyecto de elaboración de la Nueva Carta Municipal de Barcelona.

Sin duda esa concreción ofrece dificultades, no sólo por la equivocidad o multivocidad del término «organización», sino también porque el propio concepto jurídico de «empresa» como organización constituye una cuestión previa que desde hace más de medio siglo espera una satisfactoria respuesta.

Parece conveniente, en consecuencia, prescindir de los viejos problemas conceptuales en torno a la «empresa», ya que no es una cuestión dogmática la que hay que resolver, sino una serie de cuestiones prácticas a plantear en relación con la empresa municipal como fenómeno organizativo.

Delimitaremos, por tanto, estas cuestiones prácticas en su planteamiento jurídico-normativo, teniendo presente, no obstante, que la idea de «organización empresarial» tiene cuando menos, las significaciones siguientes:

a) ordenación estructural y funcional de la empresa, estableciendo las proporciones y relaciones que han de existir entre los diversos elementos que la componen para la realización del fin a alcanzar por el conjunto de dichos elementos;

b) determinación y aplicación de unos criterios de distribución de competencias y atribución de facultades a unos órganos concretos de diversa naturaleza y función (decisorios, ejecutivos, asesores, coordinadores, consultivos,

etc.), por medio de los cuales se desarrolla la acción empresarial;

c) ordenación de las actividades de los distintos órganos en sus relaciones recíprocas dirigidas a la realización de la actividad económica productiva para el mercado de bienes y servicios que constituye el objeto de la empresa y su razón de ser;

d) determinación de las formas e instrumentos de relación externa de la empresa y de los criterios y modos de participación en el mercado económico, estableciendo los cauces y procedimientos, medios y consecuencias de dicha participación;

e) realización de los actos necesarios para impulsar y orientar el funcionamiento de los órganos y de la Empresa en su conjunto para la consecución de su objeto y la realización de sus fines.

No todas las significaciones relacionadas tienen por sí mismas igual significación jurídica, pero, como puede observarse, la organización empresarial no es únicamente actividad de ordenar los elementos y funciones de una determinada estructura productiva, sino también la ordenación de esa actividad.

En consecuencia, la noción de actividad es consustancial a la idea de «organización empresarial» en cualquiera de sus significaciones, y, por esta vía, entra en el ámbito de lo jurídico, ya que el Derecho, no exclusivamente pero sí primordialmente, tiene por objeto ordenar la actividad de las personas, sometiéndola a las normas que integran el régimen jurídico de la actividad de que se trate.

La Empresa Municipal, como toda empresa económica, es también, y acaso preferentemente, organización concreta, con esos significados de actividad que, conforme se ha visto, definen la idea organizativa empresarial.

Ahora bien, la Empresa Municipal, desde la perspectiva jurídica apuntada, no es sólo organización de una actividad económica y actividad económica de organización, sino que es actividad en la que subyace esencialmente una voluntad, es actividad municipal en la que se manifiesta eficazmente una voluntad municipal. Esta voluntad, que se forma, manifiesta

y ejecuta mediante órganos, es la voluntad de un ente que se personifica en su organización.

En conclusión, la organización de la Empresa Municipal es actividad jurídica nacida de la voluntad del ente municipal como sujeto de Derecho con capacidad para realizar eficazmente actos jurídicos de organización de actividades económicas constitutivas de empresa.

22. Organización municipal y organización de la empresa municipal

Ahora bien, por sí sola, la organización municipal no permite definir a la Empresa Municipal como organización, pues la voluntad del ente municipal no se agota, por supuesto, en el ámbito de las actividades económicas constitutivas de empresa. El Municipio, personificado por el Ayuntamiento, es también una organización, siendo la Empresa Municipal sólo una parte de la voluntad organizativa del ente municipal, que no sólo ni preferentemente organiza empresas, sino que también desarrolla otras actividades en las que no concurre una voluntad empresarial.

Es claro, por consiguiente, que se hace preciso distinguir la organización municipal y la organización de la Empresa Municipal, pues aunque ambas, en cuanto actividad jurídica, respondan a una misma voluntad de organización, no tienen, sin embargo, el mismo contenido, igual alcance ni análoga finalidad. Se podría decir, en este sentido, que la organización municipal es el género, siendo la Empresa Municipal una de las especies de esa organización municipal.

La voluntad organizativa del ente local, que se traduce en actividad jurídica de organización, tiene, pues, un contenido complejo del que forman parte, como actos de organización específica, las Empresas Municipales que, naturalmente, se integran en la organización municipal, tal como reconoce expresamente el artículo 3.° de la vigente Carta Municipal de Barcelona.

23. Iniciativa económica municipal y organización empresarial

En este orden de consideraciones hay que observar, además,

que la iniciativa para el ejercicio de actividades económicas constituye, simultáneamente, una actividad jurídica de organización municipal (genéricamente considerada) y una actividad jurídica de organización de la Empresa Municipal, siendo ésta un elemento orgánico específico de aquella organización general del Municipio.

Ahora bien, la voluntad organizativa general, que se concreta en un acto jurídico por el que se adopta la iniciativa municipal de ejercitar una determinada actividad económica, es en sí un acto de organización municipal, que se realiza mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento.

Sin embargo, una vez adoptado el acuerdo de iniciativa, es preciso organizar esa iniciativa, o lo que es lo mismo, organizar la actividad económica para conseguir los fines de esa decisión inicial.

Se trata, por consiguiente, del desarrollo de otra actividad jurídica que comporta, de un lado, la determinación de los instrumentos orgánicos idóneos y la ordenación de su estructura y funcionamiento más adecuados a la consecución de aquellos fines.

Se trata, en definitiva, de dar forma orgánica a una actividad económica dentro del ámbito competencial del Municipio y de su organización general. Este es el sentido que, a nuestro modo de ver, puede darse a los artículos 3, 38 y 40 de la vigente Carta Municipal de Barcelona.

En efecto, el acuerdo determinante de la adopción de una determinada iniciativa económica municipal, constituye una actividad jurídica en la que se encuentra, al menos en estado embrionario, el mecanismo de realización de aquella iniciativa a través de una adecuada organización de la actividad económica municipal, tal como se expresa en el artículo 40,3 de la vigente Carta Municipal de Barcelona.

El Pleno del Ayuntamiento expresa la voluntad del Municipio de emprender aquella iniciativa económica, pero para realizarla puede optar entre distintas formas de organización de la correspondiente actividad, tal como dispone el artículo 40, 1 y 2 de la vigente Carta Municipal de Barcelona.

24. Los tipos de organización administrativa municipal

Una vez tomada por el Ayuntamiento la iniciativa económica de referencia, conforme a las normas de municipalización, comienza un proceso de actividades jurídicas de organización de la actividad económica municipalizada para hacerla realidad operante. Este proceso, que arranca con la municipalización, culmina con la implantación de una organización especial (art. 40,3 de la vigente CMB).

Entre el acuerdo inicial y consiguiente municipalización de la actividad económica, y la implantación y funcionamiento efectivo de una organización especial («distinta de la general del Ayuntamiento», según el art. 40,1 de la Carta Municipal vigente), ha de formarse, manifestarse y ejecutarse la voluntad municipal sobre la forma de esa organización especial que ha de implantarse, «con vistas a una mayor eficacia de gestión o a recabar la más directa colaboración de los sectores ciudadanos interesados» (art. 40, 1 y 3 de la V.C.M.B.).

Es presupuesto inexcusable de este proceso la consideración y valoración técnicas de la estructura organizativa que el Ayuntamiento estima en cada caso particular más idónea o adecuada, dentro de su propia organización, para lograr, sea una mayor eficacia de gestión, sea un estímulo a la colaboración sectorial de interesados en la iniciativa adoptada.

La voluntad municipal, en cuanto acto, ha de concretarse en la decisión de utilizar una de las formas de organización especial legalmente establecidas. La «utilización» de esta forma, sea cual fuere dentro de las tipificadas por la legislación aplicable, es excluyente de todas las demás. Por este motivo, esa voluntad municipal hay que concebirla como acto de organizar la iniciativa económica municipal de una forma especial y distinta de la organización general del Ayuntamiento.

25. Formas de organización especial y la Empresa Municipal

El Ayuntamiento podrá utilizar «cualesquiera de las formas reguladas en la legislación de Régimen Local o en la Ley de Entidades Estatales Autónomas, con las adaptaciones consiguientes a la naturaleza municipal» (artículo, 40,2 de VCMB).

Estas formas de organización especial, tipificadas en la legislación de Régimen Local se corresponden sustancialmente con las previstas en la Ley de Entidades Estatales Autónomas, pudiéndose considerar equivalentes en cuanto a la estructura orgánica, aunque el ámbito territorial sea, como es lógico, municipal en las primeras y estatal o nacional en las segundas.

Son formas de organización especial municipal, las que seguidamente se relacionan:

1) Entidad municipal dotada de personalidad
2) Órgano especial sin personalidad jurídica
3) Empresa municipal organizada en forma societaria.

Las tres formas, sin excepción, forman parte e integran la Administración municipal, tal como resulta de la propia denominación del Título II de la VCMB, pero suponen una «administración diferenciada» porque, dentro de la unidad de Administración municipal, determinados servicios locales se administran por una organización especial, distinta de la general del Ayuntamiento.

La organización especial municipal surge, por tanto, de un acto del propio Ayuntamiento como organizador de su propia Administración y en el ejercicio de su potestad de autoorganización dentro de la esfera de sus competencias (cfr. art. 4.°, 1., R.D. 2568 de 28-11-1986).

La personificación o no del órgano especial creado por el Ayuntamiento, depende exclusivamente de la voluntad de éste, que adoptará, en cada caso, según las necesidades a satisfacer con la especialización organizativa del servicio local, cuál es la forma idónea de administración diferenciada a utilizar, personificando o no el órgano especial correspondiente.

La Empresa Municipal, por consiguiente es una forma de organización especial de la Administración municipal con órgano personificado por una Sociedad mercantil.

26. Sistema de gestión empresarial y organización municipal

Acabamos de ver que la Empresa Municipal es una forma de organización especial municipal que el Ayuntamiennto utiliza para administrar determinados servicios locales.

En este punto hay que tener en consideración, pese a que las normas de desarrollo de la VCMB y de la legalidad de Régimen local inducen a confusión, las cuestiones siguientes:

1) A partir del concepto de Empresa Municipal como forma de organización especial del ente local, no conviene confundir lo que es organización del Ayuntamiento, que tiene una manifestación general y otras especiales, y la organización de la Empresa Municipal.

2) La organización de la Empresa Municipal es pura y simplemente la del órgano personificado, es decir la organización de la Sociedad mercantil cuya personalidad jurídica encarna el órgano especial de la Administración municipal.

3) El órgano especial personificado tiene legalmente tipificada su propia organización, sin perjuicio de que el Ayuntamiento, en su correspondiente acuerdo de implantación del servicio y de administración por órgano especial, esté legitimado para introducir en esa organización típica las «adaptaciones consiguientes a la naturaleza municipal» de la actividad que ese órgano ha de desarrollar.

4) La Sociedad Mercantil, como órgano especial es quien ejercita la actividad constitutiva de la Empresa Municipal, cuya actividad de organización de la empresa para la consecución de sus objetivos, corresponde exclusivamente a esa Sociedad mercantil, a través de sus propios órganos y con arreglo a las normas legales, estatutarias y convencionales que sean aplicables a dicha actividad.

5) Una vez creado el órgano especial y previstas por ley o por estatutos sus especialidades de organización, la Empresa Municipal, personificada por una Sociedad mercantil, tiene su propia organización jurídica como Sociedad y su propia organización económica como Empresa.

6) La organización jurídica como Sociedad mercantil viene dada por la Ley reguladora del tipo societario de que se trate y por los estatutos de la Sociedad, en los que se habrán introducido por el Ayuntamiento oportunamente las adaptaciones consiguientes a la naturaleza municipal de la Empresa.

7) La organización económica de la Empresa Municipal, dentro del marco jurídico legal y estatutario, se traduce en actos de gestión, administración y explotación del servicio lo-

cal, cuya prestación al público constituye el objeto de la Empresa.

8) La Empresa Municipal, por consiguiente, es una forma de organización especial de la actividad económica del Municipio, cuyo Ayuntamiento opta por ella en razón a que esa forma especial de organizar su actividad constituye el sistema de gestión estimado más idóneo para la administración de un determinado servicio local.

9) La prestación del servicio es el resultado esperado de la actividad del órgano especial, por lo que la Empresa Municipal no podrá ser calificada nunca de «forma de prestación de prestación de determinados servicios» (artículo 77 del RDCMB), sino que habrá de ser considerada como régimen especial o sistema de gestión inherente a la organización empresarial elegida por el Ayuntamiento para la administración del servicio de que se trate (cfr. art. 103,1 TRRL).

10) La Empresa Municipal, en ningún momento, deja de ser municipal porque sea empresa, ni deja de ser empresa porque sea municipal, ya que en ella concurren, desde el punto de vista de su organización jurídica, los caracteres administrativo y mercantil simultáneamente, tal como quedó expuesto al tratar de la tipicidad jurídica de la Empresa Municipal (ver nx 3 de este informe).

11) Entendida la organización empresarial en el triple significado conceptual de organización de la actividad, de organización y actividad de los órganos que integran la estructura de la Empresa Municipal, no parece dudoso que la identificación de la organización especial del Ayuntamiento en forma de Empresa Municipal evoca un «sistema de gestión» consustancial al concepto económico de empresa, siendo la personificación del órgano especial un instrumento jurídico para subrayar la «administración diferenciada» del servicio determinado, que es distinta, en cuanto a sistema de gestión, de las formas de gestión que corresponden a la organización general del Ayuntamiento y a las otras formas de organización especial que no sean la de Empresa Municipal.

12) A través de la especialidad organizativa, dentro de su propia organización, el Ayuntamiento consigue con la Empresa Municipal un sistema de gestión regido por las leyes y prácticas económicas de los empresarios, un régimen económico de mercado en el que, por razones de interés municipal,

desea participar, siempre indirectamente por persona jurídica interpuesta, asumiendo todo o parte del riesgo empresarial correspondiente a la iniciativa económica municipalizada.

27. Gestión de la Empresa Municipal y actividad del órganc especial personificado

Toda empresa Municipal, conforme hemos visto, se organiza mediante la actividad de un órgano especial personificado y por virtud de actos originarios o derivados de la voluntad del Ayuntamiento que toma la iniciativa, mediante acuerdo de municipalización de servicios o actividades propios de la competencia municipal, de ejercer una actividad económica para un mercado de usuarios o consumidores.

La personificación del órgano se decide por el Ayuntamiento al acordar la utilización de una forma de organización especial del Ayuntamiento denominada Empresa Municipal, que comporta un sistema de gestión en régimen económico de empresa mercantil (comercial o industrial).

Es el órgano especial el que realiza la gestión al administrar lato sensu el servicio o actividad. El órgano es municipal y ostenta la titularidad de la gestión, aunque la personificación del órgano lleve consigo una interposición de persona jurídica distinta del Ayuntamiento. Esta interposición, que tiene un alcance meramente instrumental, responde a las exigencias de la especialidad que el Ayuntamiento desea para su propia organización, pero tal especialidad, que no afecta a los fines sino a los medios, en modo alguno impide considerar que el órgano personificado (Sociedad mercantil) realiza una gestión municipal del servicio o actividad que le han sido encomendados.

28. Gestión municipal de la Empresa Municipal

La gestión de la Empresa Municipal es gestión municipal que en todo caso se realiza mediante interposición orgánica de una persona jurídica que reviste la forma de Sociedad mercantil. En este sentido puede afirmarse que, por existir interposición, la gestión de la Empresa es siempre municipal y en todo caso indirecta, ya que el Ayuntamiento se sirve de una Sociedad mercantil para realizarla.

Estimamos evidente, en consecuencia, que la distinción entre gestión directa y gestión indirecta, característica de la normativa tradicional del Régimen local, no tiene fácil justificación y, desde luego es de escasa utilidad.

En efecto, cuando el artículo 103 del TRRL alude a «servicio o actividad que se gestione directamente en forma de empresa privada», incurre, en nuestra opinión, en grave confusionismo conceptual y técnico, sin que esa alusión a la «gestión directa» sirva para configurar la tipicidad jurídica de la Empresa Municipal, ni el régimen de gestión empresarial del servicio o actividad, ni, por último, la organización de la Empresa y de la Sociedad que personifica al organo especial municipal. Esta opinión se basa en las razones siguientes:

1) Con órgano especial de gestión no es posible en ningún caso hablar de gestión directa, porque quien gestiona es el órgano especial y no directamente el Ayuntamiento.

2) Si el órgano especial personificado por una Sociedad mercantil realiza siempre una gestión indirecta, no se adivina la utilidad de la gestión directa, ya que para ambas está prevista una forma de organización personificada idéntica: la Sociedad mercantil.

3) Parece que la denominación «gestión directa» habría de reservarse, en su caso, para encuadrar todos aquellos supuestos de gestión en que es la organización general del Ayuntamiento la que asume de forma inmediata la administración del servicio o actividad de que se trate (cfr. artículos 100 y 101 del TRRL).

4) La denominada hoy «gestión indirecta» habría de servir para encuadrar, sin distinciones, todas las formas de organización especial del Ayuntamiento, siendo los órganos especiales correspondientes quienes asumen de forma mediata la administración del servicio o actividad municipales (cfr. artículos 103, 104 y 108 del TRRL).

5) La «gestión directa» , tal como está reglamentariamente concebida en la normativa vigente, pretende servir para el establecimiento de una reserva implícita o explícita de los «servicios que no impliquen ejercicio de autoridad», sin que tal reserva se justifique con relación «al sistema de gestión», que es siempre empresarial y municipal cuando la forma de organización especial adoptada o utilizada por el

Ayuntamiento, es la de órgano personificado por una Sociedad mercantil, tal como se ha expuesto al principio de este epígrafe.

6) La hoy denominada «gestión indirecta» no puede contraponerse conceptualmente a la «gestión directa», pues, siendo el Ayuntamiento quien resuelve sobre la iniciativa económica y su forma de organización especial como Empresa de interés municipal, no se comprende que el «sistema de gestión» y la correspondiente atribución competencial para el ejercicio de autoridad, no puedan ser acordadas por el propio Ayuntamiento en el acto de municipalización de aquella iniciativa, conforme al procedimiento del artículo 97 del TRRL.

7) El sistema de gestión (directa o indirecta) no afecta para nada a la administración de la empresa, que se regirá o deberá regirse por criterios económico- empresariales; tampoco afecta a la forma de organización, en cuanto el órgano especial que se utiliza es la Empresa Municipal lato sensu personificada en una Sociedad mercantil; tampoco, por último, afecta a la personalidad del ente mercantil interpuesto, ya que éste tiene la misma y única personalidad de las Sociedades mercantiles aptas para personificar este tipo de Empresas.

8) A lo que sí afecta que la gestión sea directa o indirecta, es a la estructura económico-financiera de la Empresa personificada y al capital social, ya que, en la gestión directa, la participación municipal es totalitaria, mientras que tal requisito no se exige en la gestión indirecta; pero esta circunstancia, por sí sola, no explica que la gestión, existiendo en ambos casos persona jurídico-mercantil interpuesta , pueda ser directa, ya que, en todo caso, la titularidad de la gestión corresponde al órgano especial creado e interpuesto por voluntad municipal.

9) Cualquier sistema de gestión empresarial de servicios o actividades económicas correspondientes a iniciativas municipales, ha de servir para que la presencia y la inmediación municipal en los órganos societarios sea más eficaz, en relación con el funcionamiento de cada Empresa en particular y con el riesgo empresarial mayor o menor asumido por el Ayuntamiento al optar por un sistema de gestión empresarial que es inherente a la naturaleza y carácter mercantiles de la Sociedad, que sirve de instrumento jurídico a la organización del servicio o actividad en cuestión (cfr. artículos 95, 96, 98, 104, 106 y 108 del TRRL).

29. Órgano municipal de gestión y tipo societario de organización

No pueden ni deben confundirse los conceptos de Sociedad y Empresa. La Sociedad mercantil es el sujeto que ostenta la titularidad jurídica de la Empresa Municipal lato sensu. La Empresa, toda Empresa, es actividad organizada, actividad de organización y organización de actividad, tal como vimos en el epígrafe correspondiente de este Informe.

Ahora bien, para el ejercicio de la Empresa como forma de organización especial del Ayuntamiento para la administración de deteminados servicios o actividades económicas de interés municipal, no sirve cualquier tipo de Sociedad mercantil, sino única y exclusivamente los tipos societarios mercantiles que comporten «limitación de responsabilidad por las deudas sociales» (cfr. artículo 103,1 y 105 del TRRL).

La Sociedad Anónima es el tipo societario en el que, además de concurrir el requisito de limitación de responsabilidad reglamentariamente exigido, se pueden señalar mayores ventajas estructurales, orgánicas y funcionales para personificar ese órgano especial municipal a que venimos haciendo referencia.

Por este motivo, sin perjuicio de la viabilidad jurídica de otros tipos societarios en quienes también concurre aquel requisito (Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades Cooperativas, conforme al artículo 104, 1 y 105 del TRRL, descartando el tipo de Sociedad Comanditaria del artículo 103 del RSCL), vamos a centrar esta exposición en la Sociedad Anónima exclusivamente, entendiendo que éste es el único tipo societario viable en la práctica de la organización de las Empresas de interés municipal y que a él refieren sus previsiones normativas, preferentemente, las disposiciones reguladoras aplicables a estas Empresas.

La organización de la Sociedad Anónima, como es sabido, cuenta con una tipicidad legal expresamente establecida en la Ley de 17 de julio de 1951, a la que ha de ajustarse la constitución y actuación del órgano especial que personifica a la Empresa municipal y ostenta, como persona jurídica, la titularidad de la misma, sea cual fuere la participación del Ayuntamiento en el capital de la Sociedad.

30. Organización social de la E.M.: especialidades

No obstante aquella tipicidad legal de la organización jurídica de la Sociedad Anónima, la naturaleza municipal de la Empresa justifica, por imperativo reglamentario, unas adaptaciones que, sin duda influyen notablemente sobre la propia organización empresarial, entendida ésta en el amplio sentido que ya ha sido reiteradamente expuesto. Veamos seguidamente esta influencia.

Las especialidades de organización societaria hay que referirlas a los órganos siguientes:

A) Junta General

La titularidad de todas las acciones corresponde al Ayuntamiento. Se trata, en el supuesto de gestión directa tipificado por el artículo 103, 1 del TRRL (ver artículo 85 de LBRL), de una Sociedad mercantil con un sólo socio. Consecuentemente, la Junta General está formada por el Pleno del Ayuntamiento, de manera que, en principio, la voluntad social y la voluntad municipal se forman en un mismo y único órgano municipal.

El mismo precepto citado establece que en la escritura de constitución deberá constar «la determinación de quiénes tengan derecho a emitir voto representando al capital social», con lo que parece introducirse la posibilidad de regular por vía estatutaria la composición de la Junta General en el marco del Pleno del Ayuntamiento (cfr. artículo 103,1 del TRRL).
Nada más prevé la legislación de régimen local en relación con la Junta General de la Sociedad en el supuesto particular que ahora examinamos. Esta escasez de normas reguladoras contrasta acusadamente con la flexibilidad reguladora que se reconoce para el supuesto de gestión indirecta.

En efecto, parece que la titularidad municipal de todas las acciones de la Sociedad recibe un tratamiento normativo expreso menos pormenorizado y menos flexible que en el caso de titularidad parcial de las acciones en que se divide el capital social en las denominadas Empresas Mixtas. La situación es paradójica, pues la Entidad municipal que aporte sólo una parte del capital social, podrá establecer por vía estatuaria unas especialidades de organización societaria mas ade-

cuadas a la gestión y funcionamiento de la empresa, que la Entidad local que aporte íntegramente el capital de la Sociedad. Se deduce, por consiguiente, que es mayor la autonomía organizativa de las empresas municipales por sociedad de capital mixto, que la de las de capital exclusivamente municipal.

Esta paradoja, que contradice los principios de organización especial en función de los fines de la Empresa Municipal, tiene mas graves consecuencias si se tiene presente que en el supuesto de participación capitalista minoritaria del Ayuntamiento, nada impedirá que esas especialidades de organziación (y, por tanto, de gestión y administración empresarial) terminen siendo impuestas por el socio o socios mayoritarios en los estatutos sociales, que pueden incluso derogar por esta vía la legislación mercantil aplicable al tipo societario. Difícilmente podrá encontrarse en la práctica una justificación a esa participación minoritaria inicial o sobrevenida, salvo que se trate de un mero supuesto de inversión mobiliaria patrimonial y no empresarial para fines de interés municipal.

Por otra parte, si la aportación al capital es mayoritariamente municipal, tampoco es justificable que los restantes accionistas puedan interferir con sus votos el normal funcionamiento de una Empresa Municipal, salvo que se considerase la posibilidad de acciones sin voto, representativas de meras inversiones mobiliarias de personas interesadas en los resultados económicos de la empresa, pero no en su gestión y administración.

B) El Consejo de Administración

Este órgano social, como es sabido, ostenta la titularidad de la representación y administración de la Sociedad «en todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» (art. 76 de L.s.a.).

En el ámbito competencial del Consejo de Administración, por tanto, se definen y distinguen dos tipos de funciones: una función representativa o externa, que hay que referir esencialmente a la actividad jurídica de la Sociedad como persona que se relaciona con otros sujetos de Derecho; y, una función administrativa o interna, que se refiere primordialmente a la actividad de organización y gestión económi-

cas de la Empresa como unidad de producción de bienes para el mercado.

Prescindiendo ahora de la dualidad de tipos de gestión (directa o indirecta), podemos considerar las posibilidades que la propia legislación mercantil vigente ofrece en cuanto a la configuración estatutaria del órgano administrador y gestor de la Sociedad (ver el artículo 102 del RRM en relación con los artículo 71 a 78 de L.s.a). En todo caso, habrá que tener en presente que en el marco general de la legislación de Régimen Local, la vía estatutaria es un procedimiento válido y eficaz para introducir especialidades en este órgano social, sea cual sea el tipo de gestión que corresponda aplicar.

El Reglamento del Registro Mercantil (RRM) prevé la posibilidad de combinar diversas modalidades y variantes de organización de la administración de la Sociedad Anónima. La licitud incuestionable de estas combinaciones, permite afirmar la viabilidad de su aplicación a la estructura de la Empresa Municipal lato sensu, sirviendo estas consideraciones de fundamento teórico a su eventual tipificación en la nueva Carta Municipal de Barcelona.

En efecto, en principio no hay ningún obstáculo a que el órgano administativo se adecúe y armonice con la organización especial que la Empresa Municipal necesita. Se pueden establecer una pluralidad de órganos administrativos entre los que se distribuyan equilibradamente las competencias que la L.s.a. atribuye al Consejo de Administración.

Se podría también configurar una organización en la que junto, al Consejo de Administración, existieran uno o varios administradores singulares, determinándose en los estatutos sociales las correspondientes funciones. No es dudoso que en tal caso coexistirían varios órganos de administración independientes entre sí, de manera que cada uno de los administradores, designados para actuar conjunta o individualmente, tendrían la naturaleza de verdadero órgano social. En este supuesto, el Consejo de Administración no tendría por qué asumir ningún protagonismo jerárquico, por ejemplo, en la esfera interna, si bien todos los órganos creados dependerían de la Junta General de la Sociedad.

La única cuestión que esta configuración plantea, es la de la necesidad de deslindar claramente los ámbitos de competen-

cia y funciones específicas atribuidos a cada uno de los órganos administrativos creados.

En el supuesto de que la combinación consistiera en una pluralidad de órganos sin Consejo de Administración, podrían designarse tantos adminsitradores individuales como fueren necesarios a los fines de la organización empresarial, distribuyéndose entre ellos todas las funciones internas y externas en la forma y medida que fuere más conveniente a la gestión, administración y representación de los intereses municipales en la Empresa.

Otra vía alternativa conforme, a nuestro modo de ver, con la legalidad vigente, sería la de distinguir, como antes quedó apuntado, los dos tipos de funciones del órgano administrativo (internas y externas), obviando la limitación del artículo 102 del RRM y del artículo 76 de la L.s.a. para establecer un sistema orgánico de delegación de funciones representativas en un Consejero- Delegado y de las funciones gestoras-administrativas en una o varias Comisiones o Consejos dependientes del Consejo de Administración.

En el expresado sistema de delegación, las funciones y facultades específicas de los órganos colegiados internos, podrían delimitarse por vía estatutaria, sin perjuicio de que, además, fueran designados uno o más administradores individuales a los que se podrían atribuir cometidos más restringidos, conforme a una organigrama óptimo de la Empresa Municipal, previsto en el proyecto de creación y establecimiento aprobado por el Ayuntamiento al acordar la realización de una determinada iniciativa económica de interés municipal.

A grandes rasgos quedan expuestos los límites actuales y vías alternativas de configuración del órgano administrativo de las Sociedades Anónimas, tal como aparece definida la tipicidad orgánica en la legislación mercantil aplicable. En principio, por tanto, también esos límites serían aplicables al supuesto de personificación de la Empresa Municipal mediante este tipo societario, salvo que en la nueva Carta Municipal de Barcelona se establezca expresamente un conjunto de alternativas de organización de la administración de la Sociedad Anónima que, exceptuando la legislación mercantil aplicable, permita al Ayuntamiento optar por la configuración del órgano administrativo más adecuada a la organización y funcionamiento de la Empresa Municipal. Sobre

estas alternativas trataremos en la última parte de este Informe.

C) Censores de cuentas

En la organización jurídica de las Sociedades Anónimas se tipifica como órgano de control y fiscalización indirectos de la gestión social a los «censores de cuentas» (ver artículos 108 y 109 de la L.s.a.).

No contiene la legislación de Régimen Local ninguna referencia a la especialidad de un órgano social de fiscalización, que funcione para controlar la gestión social mediante la revisión de los libros de contabilidad y documentación que el órgano administrativo ha de someter anualmente a la Junta General.

La vigente Carta Municipal atribuye una competencia fiscalizadora de la gestión económica de la Empresa Municipal a la Intervención de Fondos municipales. Esta fiscalización -se dice en el artículo 80,4 del RDCMB)- será permanente, pero tal función se ejercerá «sin perjuicio de la autonomía que les caracteriza (a las Empresas Municipales)».

La atribución de función fiscalizadora a un órgano municipal externo a la Sociedad Anónima y, más acusadamente, la referencia expresa a la autonomía de la Empresa Municipal, permiten considerar, respectivamente, la escasa eficacia práctica de ese sistema de fiscalización (aunque se pretenda permanente) y la posibilidad de que sea la propia Sociedad, como titular jurídico de la Empresa Municipal autónoma, la que determine la estructura, composición, funciones, etc. de un órgano controlador o fiscalizador interno, sin perjuicio de las fiscalizaciones externas que quieran establecerse.

IV. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS BÁSICOS DE LA NUEVA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA EN MATERIA DE REGULACIÓN POSITIVA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES

31. Justificación de este apartado del Informe

Conforme al criterio metodológico propuesto al principio de este Informe, han quedado desarrollados en sus correspon-

dientes apartados (ver supra II y III) el análisis crítico de la normativa vigente reguladora de las Empresas Municipales y las perspectivas que se ofrecen para una eventual revisión de aquella normativa.

Ha habido oportunidad, a lo largo de la exposición que antecede, de apuntar referencias explícitas o implícitas a las contradicciones y disfunciones observadas en la legalidad reguladora de las Empresas Municipales, tanto respecto de su tipicidad jurídica, como con relación a su gestión y organización.

Corresponde ahora, como antecedente indispensable para la formulación de objetivos básicos de la Nueva Carta Municipal, plantear expresamente los principales problemas que habrán de ser abordados y tratados en profundidad para la redacción del correspondiente Anteproyecto y más especialmente para la elaboración de las bases del mismo.

Son objetivos básicos de la Nueva Carta en la materia que nos ocupa, precisamente las soluciones que hayan de ofrecerse en dicha norma estatutaria municipal para aquellos problemas.

Por este motivo, la definición o, si se prefiere, el mejor conocimiento del problema, es decir su formal planteamiento, permitirá concretar con mayor precisión los objetivos que con el Estatuto Municipal de Barcelona se pretenden alcanzar. Estos objetivos, a su vez, servirán de marco para encuadrar más ajustadamente los criterios o directrices que se propondrán para la configuración del régimen jurídico futuro de las Empresas Municipales en aquel Estatuto.

32. Planteamiento general de la problemática de la E.M.

Los problemas que la Empresa Municipal plantea, desde las perspectivas revisoras de su reordenación en el futuro Estatuto Municipal de la Ciudad, son, por una parte, de orden práctico, es decir de gestión y explotación de las distintas unidades de producción de servicios e iniciativas económicas y, por otra parte, de orden jurídico, es decir de adecuación de las normas reguladoras a una determinada concepción de la propia Empresa Municipal.

Es de destacar, no obstante, que la mayoría de los problemas que denominamos de orden práctico, tienen su causa generado-

ra en la inadecuación del marco jurídico en el que aquellas iniciativas y servicios municipales se desarrollan.

En efecto, una veces porque faltan normas expresas, muchas decisiones de gestión y explotación están condicionadas por la incertidumbre de la legalidad. Otras veces, no faltan normas, pero las existentes, en lugar de facilitar y potenciar la gestión empresarial, resultan perturbadoras y la entorpecen notablemente. Otras veces, por último, los problemas surgen como consecuencia de la pluralidad y dispersión de las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de las Empresas Municipales, requiriéndose una interpretación no sistemática y en función de textos heterogéneos, lo que dificulta la determinación de la vigencia y aplicabilidad de una disposición concreta.

En un sentido muy amplio, bien podría decirse que esa falta de seguridad jurídica, que deriva de la incerteza del Derecho, en cualquiera de las manifestaciones de incertidumbre apuntadas, agrava las condiciones de la gestión y explotación de las Empresas Municipales. En ellas -podría decirse- además del normal riesgo económico empresarial, característico de toda empresa productiva, se asume muchas veces, adicionalmente, un riesgo jurídico normativo, precisamente por la falta de certeza y seguridad que el Derecho de la Empresa Municipal actualmente proporciona.

Pero la problemática fundamental no se plantea exclusivamente por razón de esa variedad, dispersión, heterogeneidad e insuficiencias del ordenamiento jurídico aplicable a las Empresas Municipales. Tal situación general hay que enmarcarla en un ámbito problemático más amplio todavía: el de la configuración jurídica de la Empresa Municipal tal como debe ser conforme a la voluntad pública de la que depende su propia existencia, y tal como debe funcionar conforme a los fines públicos que con la actuación de esa voluntad se persiguen.

Se trata, como es obvio, de un genuino problema de filosofía de la Empresa Municipal, no sólo en cuanto a su conocimiento en abstracto, sino también y primordialmente en cuanto a la inducción de los principios que han de informar necesariamente la instrumentación jurídico-organizativa y funcional de la Empresa en el marco de la política económica y en el contexto normativo de la actividad de la Administración Municipal, respecto de la gestión de los servicios municipales

mediante órgano con personificación mercantil societaria.

La falta de una filosofia de la Empresa Municipal, a los fines expresados, indudablemente repercute en la concepción de ésta como instrumento de gestión, pero no sólo económica sino también política, del Ayuntamiento en la ejecución de sus programas de actuación a medio y largo plazo que forman parte de esa política municipal entendida en su más amplio significado social.

La indefinición de unos principios básicos coherentes con la concepción óptima de la empresa Municipal, impide aplicar con coherencia y unidad de sentido e interpretación la normativa disponible, pero, sobre todo, esteriliza el esfuerzo que hay que desarrollar para asentar sólidamente los fundamentos de la Nueva Carta Municipal en materia de Empresas Municipales.

El problema sustancial, en suma, es la carencia de un modelo de Empresa Municipal susceptible de aplicación directa y definitiva a los problemas particulares que, tanto desde un punto de vista práctico (gestión y explotación) como jurídico-normativo (administración, control, planificación y coordinación), el Ayuntamiento ha de solucionar mediante la utilización sistemática de aquel modelo de Empresa Municipal que la Nueva Carta Municipal ha de diseñar en su tipicidad legal especial.

Este planteamiento general de la problemática fundamental de las Empresas Municipales a los fines específicos de este Informe, nos excusa de realizar una particularizada relación de los problemas concretos, ya que, por otro parte, la mayor parte de ellos se han planteando expresamente al tratar de las perspectivas revisoras de la tipicidad, gestión y organización de estas Empresas y también en el examen critico de la normativa vigente en estas materias (ver supra apartados II y III). Parece, por tanto, más oportuno no reiterar ahora consideraciones ya expuestas anteriormente y dedicar el epígrafe siguiente a concretar aquellos objetivos básicos que, en definitiva, son el reverso de los problemas y cuestiones específicos que la Empresa Municipal plantea.

33. Los objetivos básicos en particular: formulación

Consideremos que son objetivos básicos de la Nueva Carta

Municipal de Barcelona, por lo que se refiere a la regulación integral de la Empresa Municipal, los siguientes:

1) Diseñar un modelo de Empresa Municipal ajustado a las exigencias derivadas de la doble caracterización esencial de este tipo de empresa: administrativa y mercantil.

2) Definir el campo de actuación, así como las competencias y funciones que a la Empresa Municipal se asignan como instrumento de realización de la política general del Ayuntamiento de Barcelona y como instrumento de intervención pública en el mercado económico dentro del ámbito territorial del Municipio.

3) Determinar los fines públicos que pueden determinar la creación, mantenimiento y, en su caso, la extinción de la Empresa Municipal.

4) Configurar el Estatuto de la Empresa Municipal, desbordando, en la medida que sea precisa, los límites de la vigente legislación de Régimen Local.

5) Establecer eficazmente como principios básicos del sistema de gestión de la Empresa Municipal, los que se deriven específicamente de la finalidad mercantil de la Empresa, considerando siempre que la naturaleza municipal de la iniciativa económica no desvirtúa la naturaleza empresarial de la forma de emprenderla y desarrollarla.

6) Racionalizar la organización de la Empresa Municipal, no sólo en cuanto a la mera actividad de gestión, que forma parte de aquélla, sino también en cuanto a la eficacia, economía y flexibilidad de la organización empresarial y de las funciones de los órganos y de la actividad de cada uno de los que se establezcan.

7) Posibilitar la inserción de las Empresas Municipales en la elaboración y ejecución de los planes administrativos de actuación municipal, como instrumentos esenciales de la propia planificación, coordinándolos flexiblemente con los órganos generales de la Administración Municipal y con los especiales no empresariales.

8) Independizar el carácter municipal de la Empresa de la exigencia de una participación totalitaria del Ayuntamiento en el capital o financiación de la misma, ya que es la muni-

cipalización de la iniciativa económica empresarial suficiente garantía y justificación de tal carácter.

9) Adoptar definitivamente la Sociedad Anónima como forma de organización jurídica mercantil de la Empresa Municipal, con posibilidad de libre transmisión de acciones a terceros, sean éstos otras Empresas Municipales o personas físicas o jurídicas, empresarios o no, con el sólo límite de que se siga justificando la presencia del Ayuntamiento en el accionariado de la Sociedad y, por esta vía, el mantenimiento del carácter municipal de la Empresa.

10) Reconocer los beneficios fiscales a la Empresa Municipal en proporción estricta al riesgo económico empresarial asumido por el Ayuntamiento al acordar la municipalización, siendo este riesgo variable en función de la cuantía de la participación municipal en el capital de la Sociedad Anónima que personifica a la Empresa.

11) Adaptar la estructura orgánica especial de la Sociedad Anónima que el Ayuntamiento utiliza, al sistema y técnicas de organización de la Empresa Municipal que aquella Sociedad Anónima ejercita, distinguiéndose netamente lo que es Administración Municipal mediante órgano especial personificado en Sociedad Anónima, de lo que es, lato sensu, administración empresarial de este órgano.

12) Garantizar una gestión empresarial al servicio de los fines municipales que justifican la intervención del Ayuntamiento en un determinado sector económico y la municipalización de la correspondiente iniciativa empresarial.

13) Maximizar el ejercicio de la autonomía municipal y de la potestad autoorganizativa del Municipio, a los fines de la elaboración del régimen especial de las Empresas Municipales dependientes del Ayuntamiento de Barcelona como órganos especiales (diferenciados y personificados) de la Administración Municipal.

V. UN SISTEMA DE GESTIÓN EMPRESARIAL DE SERVICIOS LOCALES Y DIRECTRICES ESENCIALES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

34. Coordenadas definidoras del modelo de gestión

Los ejes de coordenadas que permiten hacer una aproximación al modelo de gestión empresarial, en definitiva, lo que de-

finen es la propia Empresa Municipal, tal como hemos visto en el apartado anterior de este Informe.

Entendemos que, de un lado, hay que considerar la «Administración Municipal», entendida ésta en el sentido multívoco descrito en el epígrafe 21 al tratar de la «idea de organización». De otro lado, hay que considerar la «Administración Empresarial», concebida como gestión, explotación y organización de una iniciativa económica productiva para el mercado, conforme quedó expuesto en los epígrafes 14, 23, 25 y 26 del apartado III de este Informe.

Por consiguiente, el desarrollo lineal de cada uno de los ejes expresados, permite representar la figura o modelo básico de la Empresa Municipal por esa doble consideración, coherentemente mantenida a lo largo del Informe, de órgano de la Administración Municipal y de organización empresarial de dicha Administración.

El modelo, en su significación práctica, implica la aplicación de un sistema de gestión que se integra en la organización de la Administración Municipal, pero que, al mismo tiempo, se traduce en una caracterizada técnica de gestión -la gestión empresarial- que singulariza o especializa el sistema de gestión dentro de la organización de la Administración Municipal.

Surgen, en consecuencia, unas zonas de conflicto o interferencia entre los elementos configuradores del modelo, teniéndose que resolver mediante un sistema de gestión que, siendo empresarial, no violente ni perturbe, sino que facilite y potencie, el funcionamiento de todos los órganos municipales de Administración, cualquiera que sea la organización general o especial a la que pertenecen, dado el sentido unitario que la Administración Municipal ha de imprimir a todas sus formas y órganos de actuación. Significa esto que en todos aquellos supuestos en que la idea de Administración Municipal excluya la consideración de Administración Empresarial, por razones de generalidad de organización, la Empresa Municipal no tendrá razón de ser. Paralelamente, cuando la idea de Administración Empresarial sea compatible con las formas de organizar la Administración Municipal, por razones de especialidad de organización, la Empresa Municipal será indispensable para el ejercicio de la actividad económica correspondiente objeto de municipalización.

El modelo de gestión, por tanto, ha de ser un modelo constitutivo de un sistema empresarial y municipal de gestión, debiéndose armonizar mediante la especialización del órgano y del régimen jurídico de sus estructura y función, las tensiones, conflictos y recíprocas interferencias derivados de la dualidad de tipos de Administración considerados como coordenadas definitorias de la Empresa Municipal.

35. Características del sistema de gestión

Estimamos que el sistema de gestión integrador del modelo al que nos venimos refiriendo, habría de reunir las características siguientes:

1) Utilización instrumental de un órgano personificado en una Sociedad Anónima o Sociedad Municipal por Acciones, dotada de una tipicidad societaria ordinaria (la propia del empresario social mercantil) y una tipicidad societaria especial (la propia de la dualidad de «administracciones» que en ella convergen).

2) Tipificación orgánica sui generis de la Sociedad con referencia a la armonización de las dos tipicidades societarias expresadas en la característica anterior.

3) Potenciación de la autorregulación estatutaria de la Sociedad a partir del acto de municipalización de la iniciativa económica por el Ayuntamiento.

4) Técnificación de los órganos sociales encargados de la Administración Empresarial, adecuándolos en lo posible a las exigencias de la organización de la Empresa Municipal, cuya estructura orgánica puede ser mucho más compleja, y en función de los objetivos concretos que se asignen a la gestión.

5) Simplificación de la composición del órgano social que encarna o representa la presencia inmediata del Ayuntamiento como Administración Municipal, evitándose en lo posible los tradicionales inconvenientes de la burocracia o de la inoperancia real de aquel órgano (Junta General, por ejemplo).

6) Independencia del carácter municipal de la Empresa res-

pecto de la cuantía de la participación del Ayuntamiento en el capital de la Sociedad Anónima, siempre que en alguna medida esta participación exista y subsista mientras la municipalización tenga efectos.

7) Composición flexible del accionariado de la Sociedad Anónima, pudiendo oscilar entre la Compañía de un sólo accionista (el Ayuntamiento) y el número de socios que sea más conveniente a los fines de financiación de la Empresa Municipal, sin que necesariamente tal ampliación haya de comportar condicionamientos para el sistema de gestión empresarial y municipal estatutariamente establecido, dentro del marco jurídico especial de la Nueva Carta.

8) Sometimiento de los órganos responsables de la gestión empresarial, al control de los órganos sociales colegiados a los que se atribuya competencia de fiscalización interna de la Empresa Municipal, sin perjuicio de que la gestión económica sea externamente fiscalizada por algún órgano de la Administración general del Municipio (Intervención de Fondos).

9) Generalización , si conviene a los fines municipales, del sistema de gestión empresarial establecido para las Empresas Municipales, a otros órganos de la Administración del Municipio con o sin personificación, aunque el sistema habrá de adaptarse a la naturaleza y funciones del órgano especial pero no empresarial de que se trate.

10) Liberalización de los instrumentos de actividad empresarial del titular de la Empresa Municipal, cuya actuación, no obstante, se realizará siempre en el marco imperativo o indicativo de los programas de actuación o planes administrativos de intervención pública municipal aprobados previamente por el Ayuntamiento.

36. Directrices esenciales de régimen jurídico de la E.M.

De cuanto antecede se deduce que la Empresa Municipal se concibe, a los efectos de una futura tipicidad legal expresamente establecida, como sujeto y, al mismo tiempo, objeto de un Derecho de las Empresas Municipales como categoría sistemática que permite reconducir a unidad de tratamiento normativo una institución jurídica híbrida (administrativa y mercantil), en la que hay que conjugar armónicamente, me-

diante Ley Especial, las contrapuestas exigencias del Derecho Público y del Derecho Privado, aprovechando las ventajas tradicionales de concepto y disciplina que uno y otro ofrecen.

El régimen jurídico positivo que haya de establecerse legalmente para la Empresa Municipal, será, conforme vimos antes, un Derecho Estatutario, en cuanto tipificará positivamente esta nueva institución jurídica municipal, abriendo su actualmente cerrada estructura organizativa y funcional al genuino significado instrumental administrativo que se le atribuye.

Pero, por otra parte, ese régimen jurídico positivo de la Empresa Municipal, será también, desde un punto de vista técnico normativo, un Derecho Especial, en cuanto que por la singularidad de la norma reguladora y de su objeto, permitirá, sin las trabas del ordenamiento jurídico general del Régimen Local, institucionalizar un nuevo operador en el sistema de economía de mercado, sin que el carácter municipal (público) de la Empresa distorsione, reduzca o falsee el libre juego de la competencia interempresarial o sistema concurrencial que nuestra Constitución democrática consagra, no sin matizaciones esenciales, como principio jurídico fundamental del orden económico constitucionalizado.

A nuestro modo de ver, las directrices esenciales de régimen jurídico de las Empresas Municipales, podrían servir de orientación o de punto de referencia para la indispensable laboración de unas Bases del Anteproyecto de Nueva Carta Municipal de Barcelona en esta materia de organización especial de la Administración económica municipal.

Estas directrices esenciales son las siguientes:

1) La conceptualización positiva expresa de la Empresa Municipal, teniendo presente, con la debida diferenciación al formular las bases correspondientes:

a) El elemento subjetivo inherente a la idea de Empresa Municipal como forma de órgano de la Administración Municipal.

b) El elemento objetivo consustancial a la noción de Empresa Municipal como actividad económica organizada.

c) El elemento teleológico implícito en la utilidad práctica de la Empresa Municipal como operador cualificado en un sistema de competencia mercantil.

d) El elemento formal e instrumental de la personificación de la Empresa Municipal mediante una Sociedad Anónima que asume la titularidad jurídica de la Empresa, descentralizándose por este medio funciones públicas de competencia municipal.

2) La tipificación legal de la Empresa Municipal en sus perspectivas económica, financiera, orgánica y funcional, ajustándose la tipicidad especial mediante bases relativas a los extremos siguientes:

a) La Empresa Municipal se organizará siempre bajo la forma jurídica de Sociedad Municipal por Acciones (mejor que Sociedad Anónima Municipal, que es un contrasentido).

b) La municipalización de una determinada iniciativa económica por acuerdo del Ayuntamiento, supone una empresarialización del órgano a quien se encomienda la intervención municipal en el sector económico de que se trate.

c) La Sociedad que personifica al órgano especial tendrá siempre el capital dividido en acciones, cuya transmisibilidad, en principio libre, se regulará en el acto de municipalización aprobado por el Ayuntamiento.

d) Se ampliará considerablemente el ámbito de competencias de regulación estatutaria de la Sociedad Anónima y, consecuentemente, de la Empresa Municipal; además de las bases generales contenidas en la futura Ley Especial, el Ayuntamiento podrá definir sus propios criterios de regulación estatutaria concreta de la Sociedad y de organización de la Empresa Municipal en el acuerdo de municipalización.

3) La Ley Especial que positivice el Estatuto de la Empresa Municipal de nuestra Ciudad, hace posible la derogación parcial del ordenamiento general de Régimen Local y de las Sociedades Anónimas. Las directrices esenciales respecto de

las especialidades normativas a incluir en la Nueva Carta, al mismo tiempo que justifican la singularidad o especialidad de la futura normativa, coadyuvan a la consecución de los objetivos expresados en el epígrafe 33 de este Informe. Estas directrices habrían de ser las siguientes:

a) La conveniencia de distinguir las Empresas Municipales de las Empresas Concesionarias, de las Empresas Arrendatarias y de las Empresas Concertadas. La distinción se basaría en que sólo las Empresas Municipales suponen la asunción de riesgo empresarial directo por voluntad empresarial específica del Ayuntamiento, mientras que en las otras Empresas no existe riesgo empresarial municipal, sino voluntad municipal expresa de contratar la transferencia de ese riesgo económico a un tercero, que no es órgano espe cial de la Administración Municipal, sino contraparte del correspondiente contrato.

b) La distinción entre voluntad empresarial municipal con riesgo económico asumido directamente por el Ente Local y simple voluntad contractual municipal de transferir el riesgo a un tercero, no impide, sino que acentúa, el necesario control preeminente del Ayuntamiento sobre la actividad desarrollada por el tercero en cumplimiento del correspondiente contrato de concesión, arrendamiento o concierto.

c) Tampoco habría inconveniente en que el Ayuntamiento participase en el capital financiero del tercero, sea mediante la aportación in natura de la concesión o del derecho privilegiado inherente al contrato de arrendamiento o de concierto, siempre que aquel privilegio fuere susceptible de valoración dineraria.

d) Podría legalizarse asimismo la aportación in natura de una concesión administrativa municipal para la integración parcial del capital social del titular jurídico de una Empresa Municipal propiamente dicha, estableciéndose además, para este supuesto de aportación, la posibilidad de subrogación de otra Empresa Municipal en los derechos derivados de la concesión a favor de la primera (una especie de subconcesión administrativa con la correspondiente reducción del capital social de la concesionaria inicial.

e) Liberalizada la composición del accionariado de la Sociedad Anónima titular de la Empresa Municipal, podría establecerse la legalidad de emisión de acciones con derechos políticos limitados o excluidos, respetándose en todo caso los derechos económicos de todos los accionistas. De esta manera podrían captarse a coste muy bajo capitales-riesgo a efectos de obtención de una rentabilidad variable, sin las cargas de los empréstitos ni los condicionamientos no deseados en la gestión de la Empresa Municipal. Se podrían diversificar así distintos estatutos de accionistas, seleccionándose eficazmente la composición del accionariado.

4) En cuanto a la organización jurídica de la Sociedad Anónima y su conexión con la organización de la Empresa Municipal, cuyos conceptos respectivos ya hemos diferenciado en el apartado III de este Informe, proponemos las directrices esenciales siguientes:

a) Tiene que existir y funcionar adecuadamente una Junta General de la Sociedad Anónima, pero este órgano social no ha de confundirse en ningún momento con el Pleno del Ayuntamiento, pues lo cierto es que el Pleno en funciones de Junta, verdaderamente ni es Pleno ni es Junta General.

b) La composición de la Junta General real, por supuesto, ha de reflejar y recoger la proporcionalidad del Pleno del Ayuntamiento, pero el número de personas legitimadas para asistir a la Junta General no ha de coincidir con el de la personas que integran el Pleno del Ayuntamiento.

c) Respetándose la proporcionalidad apunta da, los criterios para la designación de los miembros de la Junta General pueden ser muy variados, por lo que no entraremos en esa cuestión especial, ya que dependerá de que, previamente, se acepte la drástica reducción de los miembros de la Junta General, que no plantea mayores inconvenientes, dado que el Pleno ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el proyecto de la Empresa Municipal en el inexcusable acuerdo de municipalización.

d) La Junta General, por tanto, pasa a ser un órgano operativo y no burocrático o rutinario de la Sociedad Anónima titular de la Empresa Municipal. Sus competencias son principalmente de vigilancia y control del cumplimiento del programa determinante de la intervención municipal, así como de aprobación o rectificación de los planes de actuación empresarial diseñados por los órganos ejecutivos de la Empresa Municipal conforme a aquellos programas.

e) Supuesto que la participación municipal en el capital social no sea totalitaria, tendrán derecho de asistencia y voto en la Junta General aquellos accionistas que sean titulares de acciones que incorporen derechos políticos, mientras que los restantes accionistas, carentes de esos derechos no podrán asistir a las Juntas Generales, sin perjuicio de que se establezca con todas las garantías, su derecho a la información económica, que es la que exclusivamente les interesa.

f) La Administración de la Sociedad se encomendará a varios órganos sociales, con funciones estatutariamente definidas en particular: Consejo de Administración, Consejo Gerencial, Comisiones Ejecutivas, Comisiones de Control Interno, Gerentes y Aporedados singulares, etc. pueden componer una estructura administrativa tan compleja y completa como sea necesaria a los fines de la eficacia, racionalidad y resultados exigibles a la Administración empresaril de la Empresa Municipal.

g) Un órgano de fiscalización colegiado y técnico nombrado por la Junta General de la Sociedad, e independiente de la fiscalización administrativa pública que ejerce la Intervención, completaría el cuadro de órganos sociales legalmente previstos en la Nueva Carta Municipal. Esta previsión legal, no obstante, sólo significaría la posibilidad de que esos órganos se utilicen en el organigrama óptimo de la Empresa Municipal, cuyo diseño corresponde al Pleno del Ayuntamiento cuando se somete a su aprobación el correspondiente acuerdo de municipalización. Es precisamente en ese momento de tramitación administrativa del proyecto de intervención municipal de un determinado sector económico, cuando, previos los

estudios e informes técnicos pertinentes, hay que armonizar la organización jurídica de la Sociedad y la organización económica de la Empresa Municipal.

Barcelona, 10 de Marzo de 1.987

DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL