

COMUNICACIÓN AL XIII ENCUENTRO DE ECONOMÍA APLICADA
AUTORA: ENCARNACIÓN GARCÍA RUIZ
UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

LA ESTRUCTURA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO
ESPAÑOL.

I. Introducción

II. La reestructuración del sector público estatal.

1. Las razones de política económica para la reestructuración del sector público español.
2. El primer periodo de la reorganización del sector público estatal.
3. El segundo periodo de la reorganización del sector público estatal.

III. El Régimen jurídico de las formas organizativas del sector público estatal.

IV. Conclusiones.

I. Introducción.

El sector público ha tenido tradicionalmente una gran importancia en el modelo del Estado Social y de Derecho en cuanto medio para cumplir con las políticas económicas diseñadas en cada momento histórico. Las actividades que lo integran se desarrollan bajo formas jurídico-públicas y privadas que con expresión atécnica suelen denominarse “empresas públicas.”

Una adecuada comprensión de lo que significa la empresa pública, hace necesario precisar cual es la actual estructura del sector público empresarial y el proceso que ha conducido a él. La complejidad de su formación y de las diferentes naturalezas de los institutos que están presentes en él requiere un esfuerzo de clarificación simultáneo de cual es su marco legal. La ordenación del confuso modelo existente y de su régimen se presenta así como una tarea ineludible

El sector público empresarial en el ejercicio de sus funciones económicas y sociales¹ ha utilizado principalmente una organización empresarial, la empresa pública, adoptando normalmente, las formas legales de entes públicos y de sociedades anónimas de propiedad exclusiva del Estado, organizadas en holdings públicos integrados en los correspondientes departamentos ministeriales o en específicos organismos autónomos, (como ejemplo del primero, La Dirección General del Patrimonio y, del segundo, el INI, que se organizó como organismo autónomo)² que tenían las participaciones accionariales de las empresas públicas y dictaban su estrategia general a fin de coordinar el control político de la actividad con una gestión empresarial flexible y ágil al quedar aquellas sometidas a la legislación jurídico-privada, en general, en su estructura y actividad. Es decir, las empresas públicas estaban sometidas a un control político, a una financiación pública y a una gestión más administrativa que empresarial, con independencia de la forma jurídica que éstas adopten, y cuyo régimen jurídico-privado parece indiferente a la gestión y fines de las empresas públicas.

¹ Entre las funciones de contenido económico se pueden destacar la de suministrar bienes públicos esenciales para la sociedad o mantener la oferta suficiente de dichos bienes allí donde las economías de escalas y las externalidades de aquellos servicios hacen que su oferta por la empresa privada sea insuficiente. Así como, ser instrumento de política industrial, con el fin de suavizar las depresiones económicas, fomentar el desarrollo económico y socializar las rentas de los monopolios naturales. Y por último, promocionar la industria básica y de tecnología avanzada. Entre las de contenido social, atenuar los costes sociales y los efectos políticos del ajuste por el mercado. Mantener un adecuado nivel de empleo y una paz social aceptable y suministrar bienes o servicios de interés público a los ciudadanos, sin atender a los posibles costes económicos. No obstante, autores como Comín y Martín Aceña en *La empresa pública en la historia de España*. Madrid 1996, pág. 350 y ss. Se refieren, por una parte, a razones teóricas para justificar la presencia de la empresa pública, y por otra parte, dejan constancia de que en la práctica las empresas públicas a lo largo de la historia se han utilizado para cuestiones menos prosaicas, como reflotar compañías privadas en quiebra, que generalmente se hacían en condiciones ruinosas para la Hacienda pública o cuando se nacionalizaban empresas por razones bélicas y estratégicas. En el mismo sentido Cuervo García en *"Las empresas públicas. Razones que explican su ineficiencia y privatización"*. *Economistas* 75, 1997, pág. 88 y ss. Considera que el Sector público en España integró también, las actividades confiscadas a "propiedades enemigas"(parte de la prensa del Movimiento) o actividades que atendían demandas sociales o acontecimientos excepcionales sin justificación económica ni social, sólo por la discrecionalidad que permite en su actuación la empresa pública.

² El Instituto Nacional de Industria, se crea en 1941 por la Ley de 25 de septiembre, y según su texto legal, con la finalidad de "propulsar y financiar, en servicio de la nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias..." El INI era un organismo con capacidad económica y personalidad jurídica (adscrito a la Presidencia del Gobierno hasta 1968, y desde entonces al Ministerio de Industria, hoy también de energía. Las empresas que agrupaba tenían la forma de sociedades anónimas. El Instituto era el administrador de sus participaciones accionariales, comportándose éste como un verdadero holding estatal. Hasta los años setenta, lo más importante de la empresa pública española estuvo en el INI. (Informes Anuales del Grupo INI). En esta década aparece junto al INI otro holding estatal, la Dirección General del Patrimonio (DGPE), dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda a quien se le atribuye el control y la gestión de algunas empresas estatales. Este grupo de empresas es muy heterogéneo, tanto en cuanto a sectores de actuación como al tamaño y resultados de las empresas. El marco legal que regula la actuación del Grupo Patrimonio, se basa fundamentalmente en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, y en la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (Informes Anuales del Grupo Patrimonio.)

II. Reestructuración del sector público estatal.

1. Las razones de política económica para la reestructuración del sector público español.

A partir de los años setenta, el expansionismo del sector público entra en crisis y se da paso a un proceso de revisión de los fines y funciones del Estado en la economía, en el que la Administración, como gestor de recursos públicos, es evaluado cada vez más en términos de eficiencia constatándose que tiene, en general, una actuación económica de escasos resultados por diferentes razones. Unas veces debido a la ausencia de objetivos precisos y, otras a la disparidad de objetivos que se le fijan a las empresas públicas, muchos de ellos contradictorios, dando como resultado que los objetivos económicos se sacrifican a los objetivos políticos y sociales, que no suelen ser, desde luego, objetivos empresariales en sentido estricto y de ahí su frecuente escasa rentabilidad económica. Las interferencias políticas en el nombramiento de los cargos directivos de estas empresas han primado sobre las exigencias técnicas y económicas, creando inestabilidad e inseguridad en el desarrollo del proyecto empresarial propuesto. Así mismo, eran patentes las insuficiencias financieras y tecnológicas, en cuanto que de todos los recursos necesarios para llevar adelante su labor, de los únicos que se disponía con generosidad era de mano de obra, que a la larga resultó ser más una rémora que un beneficio. En muchas ocasiones ni siquiera se buscaba la eficiencia, ya que cualquiera que fueran las pérdidas contables, estas eran asumidas por los presupuestos generales del Estado, sin que hubiera suficiente motivación para alcanzar la eficiencia requerida con el fin de evitar la excesiva carga sobre aquéllos, ya que estas empresas no eran susceptibles de verse afectadas por la disciplina última de la suspensión de pagos y quiebra, ni quedaban sometidas a la presión del mercado de capitales al no cotizar, o hacerlo con escasa significación. Se creó una cultura funcional y una supuesta obligación del Estado de resolver todos los problemas de sus empresas que no era compatible con la exigencia de la permanente adaptación de las exigencias de unos mercados cada vez más globales y competitivos.

La adecuación entre los fines perseguidos por las empresas públicas y los resultados obtenidos deja de existir cuando cambian los parámetros de medición, y se hace evidente que aquellos no podían sostenerse bajo un prisma exclusivamente económico. En el momento que se le exigen sus resultados en función de los criterios del sistema de economía de mercado, ya es imposible establecer una relación adecuada entre los objetivos

y los resultados obtenidos. Las empresas públicas empiezan a dejar de ser sólo instrumentos al servicio de las políticas públicas y se les presionaba para que aparecieran y se comportasen como una más dentro del mercado, requiriendo, en muchos casos, modificar su forma jurídica de pública a privada para integrarse en el sector empresarial privado. Lo que unido a la dimensión que alcanza a mediados del siglo XX el “sector público”, llevó necesariamente al Estado a replantearse el papel y la necesidad del mismo, en lo que ha supuesto una tendencia hacia una mayor autonomía de las empresas públicas y hacia una gestión apoyada por criterios empresariales, en oposición a las decisiones políticas y a la estrecha dependencia del Presupuesto público que caracterizaban sus orígenes.³

2. El primer periodo de la reorganización del sector público estatal.

Las razones expuestas, motivaron una reestructuración del “sector público” en lo que a las empresas públicas se refiere. Y así, hasta los años ochenta aproximadamente, el grueso de las empresas industriales con forma de sociedades mercantiles estaban agrupadas en el holding, Instituto Nacional de Industria (INI),⁴ organismo de Derecho público creado y regulado por la Ley de 25 de septiembre de 1941, que fue modificada por Decreto-Ley 20/1979 de 24 de diciembre.⁵ La naturaleza jurídica de este holding fue modificada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, pasando a ser una sociedad estatal de las previstas en el art. 6.1, b) LGP aprobada por el RDL 1091/1988, de 23 de septiembre, (ya derogado.) A partir de él y, por motivos de racionalidad, (no hay que olvidar la crisis energética que acontece a finales de los años setenta), el sector de hidrocarburos se separa del INI y se crea un nuevo holding por Real Decreto-Ley 8/1981 de 24 de octubre, después Ley 45/1981, de 28 de diciembre por el que se constituyó el Instituto Nacional de

³ Esta tendencia del sector público se plantea a escala casi mundial y con base a ese replanteamiento que hacen los Estados, se encargan a distintas comisiones de expertos, el estudio de los problemas de las empresas públicas y sus posibles soluciones. Fruto de esos encargos son los Libros Blancos de 1961 y 1967, el Informe Nedo, el Libro Blanco de 1978 y el Informe Nora, etc.

⁴ Vid. AAVV en *La empresa pública Industrial en España: el INI*. Madrid 1973, *passim*, donde puede apreciarse que sólo con carácter muy excepcional, acoge también a sociedades que podían considerarse como gestoras de un servicio público, Iberia, Aviaco y algunas eléctricas. Las demás empresas que acoge, son productoras de bienes o servicios de la más variada naturaleza, generalmente en concurrencia con el sector privado.

⁵ La Ley de 25 de septiembre de 1941 de creación del Instituto Nacional de Industria fue publicado en el BOE núm. 273, de 30 de septiembre de 1941 y el Real Decreto 20/1970, de 24 de diciembre fue publicado en el BOE núm. 308 del 25 de diciembre de 1970.

Hidrocarburos, (INH) que queda adscrito al Ministerio de Industria y Energía y, al que se le encomendó la gestión de las actividades empresariales públicas en materia de hidrocarburos para lograr la unidad del sector. El INH se configura también como una sociedad estatal de las previstas en el art. 6.1,b) LGP (ya derogado) considerada como entidad de Derecho público que debe ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

Ambos holdings coexistieron conjuntamente, junto a la Dirección General del Patrimonio que tenía atribuido el control de una parte de las empresas estatales conocidas como Grupo Patrimonio, que integraba principalmente un grupo heterogéneo de empresas públicas encuadradas en sectores no industriales regulado principalmente por la Ley de Patrimonio del Estado, aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y por el Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado, así como por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.⁶ De esta forma quedó organizado el sector público, hasta la entrada de España en la Unión Europea, que obliga a seguir una política liberalizadora de los sectores económicos organizados en régimen de monopolios. En cumplimiento de este mandato las empresas, pertenecientes al grupo del INH, sociedad estatal no mercantil, se reorganizaron y se formó otro grupo empresarial para los hidrocarburos, “REPSOL, S.A.” con estructura jurídico-privada y que poco a poco ha ido privatizándose en la titularidad de sus acciones.

En el año noventa y dos el sector público vuelve a sufrir una remodelación y se separan del INI el conjunto de participaciones industriales referidas a sociedades que, en el futuro, por las exigencias del mercado único europeo, debían desarrollar sus actividades en régimen de libre competencia. Estas sociedades fueron agrupadas en TENEIO S.A. sociedad participada por el INI pero desvinculada de los Presupuestos Generales del Estado. En el INI se mantuvieron las sociedades que estaban sujetas a planes de reestructuración o reconversión, que operaban en actividades específicamente reguladas por la Comunidad Europea.

⁶ Aparte del INI, INH, DGPE, existían otras empresas públicas, que no formaban parte de ninguno de los grupos antes citados. Puede destacarse entre otras, a RENFE, la Empresa Nacional del Transporte por Carretera (ENATCAR), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, y el Ente Público RTVE (hoy Retevisión), AENA, S.A, etc.

A pesar de estos esfuerzos de reestructuración del sector público, bien por imposibilidad real de los poderes públicos para modificar la tendencia en los resultados de las empresas públicas, bien por falta de voluntad política, el hecho es que en los años ochenta y noventa la tendencia de crecimiento del sector público se invierte y aparecen las políticas que tienden a reducir el tamaño del mismo, a liberalizar la regulación y controles económicos, a estimular la competencia y a permitir que los precios asignen libremente los recursos. En definitiva se inicia un periodo de privatizaciones con las que se pretende sanear al sector público para que el coste sea menor y más llevadero para el Estado.

3. El segundo periodo de la reorganización del sector público estatal.

El sector público vuelve a sufrir una nueva remodelación mediante el Real Decreto 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas entidades de derecho público y fue ratificado por la Ley 5/1996, de 10 de enero que crea a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), y a la Agencia Industrial del Estado (AIE) y extingue al INI y al INH (art. 1 de la Ley 5/1995, de 16 de junio). El objetivo declarado de esa reforma consistió en racionalizar la gestión de la empresa pública, separando las empresas con beneficios que se agrupan en la SEPI, de aquéllas en proceso de reconversión, y que por ello precisan de un control financiero especial que se agrupan en la AIE.⁷ Posteriormente la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, modificó el régimen jurídico de ambos holdings (art. 151 y 152 Ley 13/1996.)

La SEPI se constituyó como una sociedad estatal no mercantil, siendo por tanto, una entidad de Derecho público de las previstas en el artículo 6.1,b) LGP (ya derogado), se adscribe al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el control de eficacia sobre su actividad (art. 10 de la Ley 5/1996, de 10 de enero), y asume las acciones del Estado en REPSOL, S.A. y TENERO, S.A., así como de las demás participaciones del INH, de ENEGAS, S.A.; de SAGANE, S.A.; de Gas Natural, S.A. etc., al mismo tiempo que se hace cargo de la deuda histórica del INI con el fin de regularizarla.⁸

⁷En la AIE se agrupan las empresas del INI sometidas a procesos de reconversión por lo que seguirán recibiendo subvenciones estatales, consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.

⁸ Vid., entre otros, a Tamames y Rueda en la *Estructura Económica de España*. Madrid, 1997, pág. 140 y ss.; Barea, y Corona en " *La Reforma de la empresa pública*". Documentos de Trabajo de la FIES,

La AIE se constituye, sin embargo, como un Ente público de los previstos en el artículo 6.5 LGP (ya derogado) que, por tanto, se rige por su normativa específica y queda adscrita al Ministerio de Industria y Energía que también ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. Agrupa las participaciones públicas de las sociedades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial así como a regímenes especiales derivados de su particular situación.⁹

Esta remodelación del sector público respondía a los nuevos parámetros jurídicos y económicos en el que las empresas públicas deben desenvolverse, como son la libre competencia y la autonomía presupuestaria de las SAP, dejando atrás la idea de la financiación pública y de los mercados monopolísticos. En este nuevo contexto, el criterio organizativo es meramente económico, las SAP rentables se agrupan en holdings con forma jurídica, también de sociedad anónima (TENEO, S.A. y REPSOL, S.A.) que, dada la flexibilidad de su régimen jurídico, va a permitir al socio de referencia decidir y ejecutar con mayor libertad y rapidez la política empresarial y financiera previstas para las mismas. Las SAP no rentables pasan a la AIE con naturaleza jurídico pública, puesto que, las SAP que agrupa dependen financieramente de los presupuestos generales del Estado para su saneamiento y, esta forma jurídica permite una integración directa en la Administración pública.

Mención aparte merece la forma jurídica que adopta SEPI como sociedad estatal no mercantil que, sin embargo, acoge a SAP inicialmente rentables y destinadas, a corto plazo, a ser privatizadas. No obstante, entendemos, que la adopción de esta forma jurídica se debe a que le permite quedar regulada bajo un régimen jurídico “ad hoc” idóneo para cumplir con algunos de los objetivos propuestos inicialmente, como son gestionar y amortizar la deuda generada por el INI [(art. 10.2,c) y 12.5, a) Ley 5/1995) modificados por la Ley 13/1996)]. La SEPI servía asimismo de nexo de unión entre el sector privado y la Administración pública evitando la excesiva tensión que pudiera producir un régimen jurídico estrictamente privado, como podía ser el de una sociedad anónima, ya que no es

CECA, núm. 121. 1996, pág. 47 y ss.; Viciano Pastor en “*Novedades Legislativas acerca de la empresa pública*”. R.G.D. núm. 622-623, pág. 8.704 y ss.

⁹ Entre ellas, puede destacarse a “Astilleros Españoles, S.A.” (AESAs); “Astilleros y Talleres del Noroeste, S.A.” (ASTANO); “E. Nacional Sta. Bárbara Industria Militar, S.A.” (ENSB); “E. Nacional Bazán Construcciones Naval Militar, S.A.”; “Hulleras del Norte, S.A.” (HUNOSA), etc.

una sociedad destinada a operar directamente en el mercado, sino interpuesta o instrumental al servicio del socio de referencia que actúa en su dimensión de persona jurídica privada en las SAP y en su dimensión jurídico pública como Administración. Esta sociedad tendrá que adaptar su régimen jurídico a los conceptos y principios establecidos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas de acuerdo con lo establecido en su Disposición Transitoria Cuarta.

En junio de 1996 se aprobó el Plan de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado. En este Plan el gobierno ordena las empresas públicas con forma jurídica de sociedades anónimas en cuatro grupos para su privatización. En el primero se agrupan las empresas consideradas estratégicas, (como Repsol, SA; Endesa, SA; Argentaria, SA y Telefónica, SA), que podrían privatizarse inmediatamente; el segundo, acoge a las empresas cuyas condiciones financieras son aptas para ser privatizadas, aunque el Gobierno considera necesario liberalizar antes los sectores en los que éstas operan, (por ejemplo, la Red Eléctrica Española (REE)); en el tercer grupo quedan recogidas las empresas que necesitan de una previa reestructuración antes de su privatización (como Iberia, SA; Casa, SA o Babcock Wilcox, SA); y por último, en el cuarto grupo, aquellas que por motivos sociales o estratégicos no pueden ser de momento catalogadas como privatizables, (así Hunosa, Astilleros Españoles, Santa Bárbara, Bazan, etc.).

Este Plan se llevaría a cabo a través de dos sociedades tenedoras de acciones, conjuntamente con la AIE (que no modifica su composición, manteniendo las empresas que reciben más subvenciones) y un Consejo Asesor. Una de éstas sociedades era la ya conocida Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), que mantuvo su estructura jurídica originaria, como entidad de Derecho público con personalidad jurídica que debe ajustar por ley su actividad al ordenamiento jurídico privado, pero que acogió, a partir de ese momento, al medio centenar de empresas que formaban el Grupo Téneo, S.A. que desaparece como holding heredero que fue de una parte del antiguo INI. La otra sociedad es la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A. (SEPPa, S.A.), de nueva creación que acogió a las treinta y una empresas industriales, comerciales y de servicios, repartidas por varios Ministerios, y que pertenecían al Grupo

Patrimonio integradas en la Dirección general de Patrimonio del Estado, (D.G.P.E.), al que ya hemos hecho referencia.¹⁰

Estas sociedades estatales (SEPI y AIE) de carácter público quedan organizadas bajo dos órganos rectores que serán el Presidente y el Consejo de administración. El primero será nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Industria y Energía y el Consejo de Administración estará formado por el presidente de la sociedad y por seis consejeros en SEPI y ocho consejeros en AIE nombrados por el Ministerio de Industria y Energía (art. 9 y 15 de la Ley 5/1996, de 10 de enero) que aplicarán políticas públicas a empresas que normalmente adoptan la forma de sociedades anónimas lo que, necesariamente, influirá en su régimen jurídico.

Por último, el Consejo Asesor de Privatizaciones es de carácter consultivo y está formado por siete personalidades del mundo de la economía y la universidad. Analiza los informes técnicos elaborados por la SEPI, la SEPPa, S.A. o la AIE, según el caso, y sus resoluciones son remitidas al Ministerio correspondiente para que dé traslado de la misma a los órganos del Estado: Congreso de los Diputados, Senado y Tribunal de Cuentas.

En septiembre de 1997, por Real Decreto-Ley 15/1997 de 5 de septiembre, se realiza una nueva reestructuración de las entidades de derecho público, por la que desaparece la AIE pasando las empresas de este holding a la SEPI para continuar en la línea del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de junio de 1996 de autolimitación en la intervención pública y profundizar y racionalizar en la modernización del sector público.¹¹ En esta línea se mantiene, igualmente, el Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo que hace depender del Ministerio de Hacienda a la Dirección General de Patrimonio del Estado (D.G.P.E.) y a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), al objeto de que ésta última pueda incorporar sociedades pertenecientes a la SEPPa, S.A. (dependiente de la D.G.P.E.). Para facilitar esta reordenación de participaciones, la Ley de

¹⁰La Resolución de 28 Junio de 1996 autoriza el cambio de denominación social de “Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A.” por la de Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A. y la absorción de la “Sociedad Estatal de Patrimonio II, S.A.”

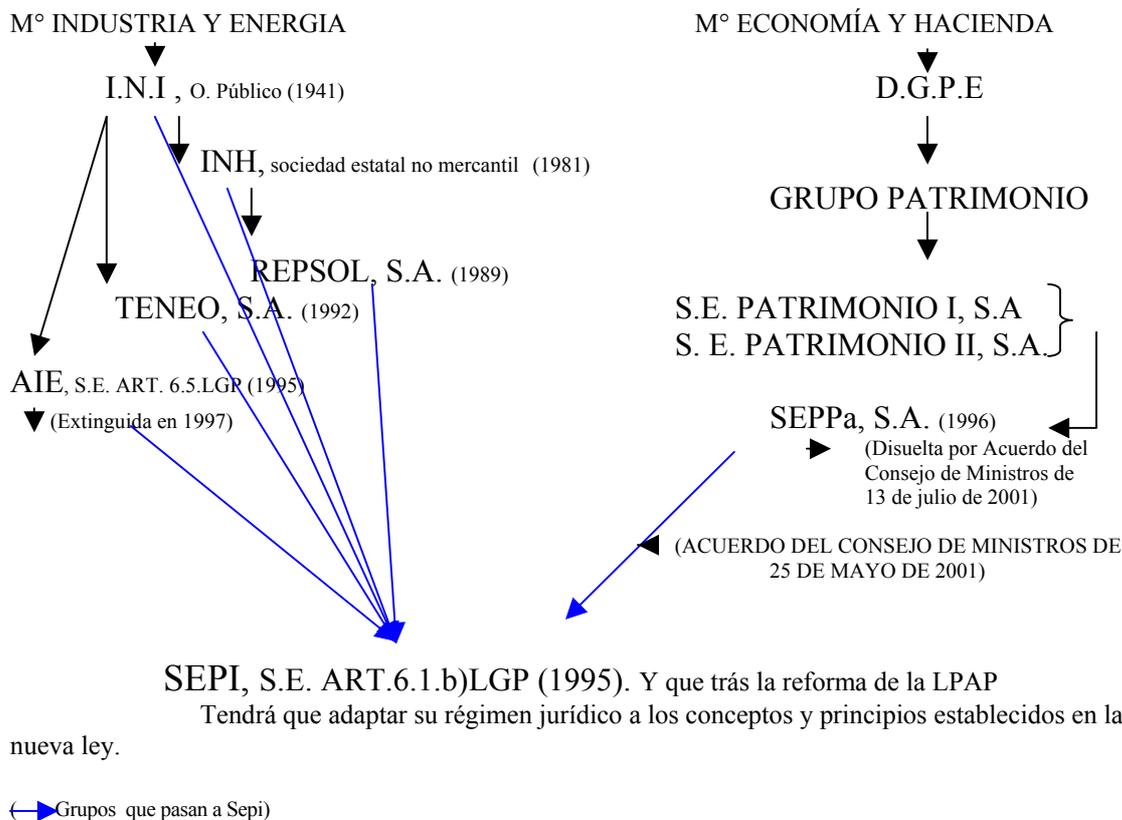
¹¹ Así en el propio texto del RDL 15/1997 que recoge que “El Estado pretende comportarse como un inversor a largo plazo que desinvierte lo que hasta entonces ha constituido su cartera de participaciones, aceptando el hecho de que algunas de ellas son rentables en tanto que otras no lo son. De ahí que, con el criterio también de un inversor prudente que se sale de sus negocios, utilice parte de tales ingresos para reducir al máximo las obligaciones de futuro de todo orden que gravitan sobre las mismas...”

Bases del Patrimonio del Estado aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 abril, queda modificada por la Ley 7/2001, de 14 de mayo, que introduce en aquélla el artículo 14 bis en el que se configura un procedimiento singular de rápida ejecución que reside en el Ministro de Hacienda la facultad de propuesta de reubicación de las sociedades dependientes del Departamento, reservando la decisión al Consejo de Ministros (Exposición de Motivos de la Ley 7/2001). En este mismo orden de cosas, el 25 de mayo de 2001, el Consejo de Ministros acordó la integración de la SEPPa, S.A. en SEPI, S.E. no mercantil, al mismo tiempo que determinadas sociedades dependientes hasta ese momento de la Dirección General de Patrimonio del Estado pasaron igualmente a SEPI. La disolución definitiva de SEPPa, S.A. tuvo lugar por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2001. Por lo tanto, en la actualidad la única sociedad tenedora del capital público es SEPI. Hasta ahora, la última reforma sufrida por el sector público empresarial ha sido introducida por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, donde se aprecia una diferencia importante respecto a lo expuesto, y es que, mientras el citado artículo 14 bis habla de reubicación de sociedades como unidades jurídicas independientes, el artículo 168 de la nueva ley del Patrimonio habla de participaciones accionariales de titularidad de la Administración General del Estado, las cuales podrán ser incorporadas a entidades de derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sociedades anónimas tuteladas, o de éstas a aquella.¹²

Podemos apreciar lo dicho hasta ahora en el siguiente organigrama.

¹² El artículo 168 de la Ley 33/2003 dice así: 1. “ El Consejo de Ministros, mediante acuerdo adoptado a propuesta del Ministro de hacienda, podrá acordar la incorporación de participaciones accionariales de titularidad de la Administración General del Estado a entidades de derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sociedades de las previstas en el artículo 166.2 de esta ley cuya finalidad sea gestionar participaciones accionariales, o de éstas a aquéllas. Igualmente, el Consejo de Ministros podrá acordar, a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y del Ministro del departamento al que estén adscritos o corresponda su tutela, la incorporación de participaciones accionariales de titularidad de organismos públicos, entidades de derecho público o de sociedades de las previstas en el artículo 166.2 de esta ley a la Administración General del Estado.....”

EVOLUCIÓN ORGANIZATIVA DEL SECTOR PÚBLICO



II. El régimen jurídico de las formas organizativas del sector público estatal.

Estos holdings, que adoptan distintas formas jurídicas, influyen en el régimen jurídico de las SAP que agrupan, básicamente en lo que respecta a su organización y control, sin que podamos decir que ello obedezca a razones jurídicas determinadas con base a criterios preestablecidos.¹³ Lo que se traduce en la revisión que necesariamente se ha tenido que realizar de algunos principios que se creían inamovibles, en los que se asentaba tanto el Derecho público-administrativo, como el Derecho privado-mercantil.

¹³ En este sentido, AAVV en *"La Administración Instrumental"*, I y II Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo. Madrid 1995, passim. En donde es común a todos los autores considerar que debido a la urgencia con que se requiere la intervención de los Poderes Públicos en la economía, a éstos no les queda más opción que utilizar de forma instrumental, las formas jurídicas públicas y privadas conocidas y de éxito probado, al no disponer de organizaciones administrativas adecuadas para servir de cauce a sus nuevas actividades industriales y mercantiles. Este argumento para justificar la utilización de las formas jurídicas privadas, podría servir inicialmente a la empresa pública, no obstante, no queda justificada la continuidad en su utilización lo que ha dado lugar a toda una teoría sobre las mismas, recogida en lo que se ha dado en llamar "Administración Instrumental del Estado."

Las empresas públicas generalmente toman la forma de sociedad anónima o de organismos públicos sometiendo su actividad a Derecho privado pero, no obstante, la legislación privada que organiza el régimen de los tipos se ha mostrado insuficiente para el cumplimiento de los fines económicos y sociales que les son asignados y ha requerido normas de naturaleza administrativa (como, por ejemplo, reglas específicas recogidas en sus leyes de creación o reales decretos que excepcionan aspectos del régimen general de anónimas, etc.) que completen las necesidades normativas que presenta su régimen jurídico general.¹⁴

El primer intento legal de organización de estas formas jurídicas heterogéneas es la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA) de 26 de diciembre de 1958,¹⁵ que nace con vocación de configurar y ordenar a las organizaciones dependientes de la Administración, y en ese empeño distingue entre: Organismos autónomos, Servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado y Empresas nacionales (art. 1 LEEA). Los Organismos autónomos eran entidades de Derecho público creados por ley, con personalidad jurídica independiente de la del Estado y patrimonio propio, a quien se le encomienda actividades económicas al servicio de fines diversos (art. 2 LEEA). Los Servicios administrativos se regían por las mismas disposiciones aplicables al Estado (art. 84 LEEA). Y las empresas nacionales, creadas por el Estado o por organismos autónomos se regían por el Derecho civil, mercantil y laboral salvo lo establecido en esta ley y se le encomendaba la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas, que necesariamente tenían que ser constituidas como sociedades anónimas de fundación simultánea y, la participación del Estado en su capital debía ser siempre mayoritaria (art. 92 y ss. LEEA).

¹⁴ Vid., entre otros a Pérez Moreno en *La Forma Jurídica de lasop. cit.*, pág.93 quien pone de manifiesto la escasa y dispersa normativa que se refiere de forma específica a la empresa pública y la necesidad de leyes generales que regulen y ordenen el sector público, dado que éste se rige por el principio de discrecionalidad organizativa, pudiéndose fácilmente constatar como empresas que desarrollan iguales actividades empresariales, unas toman la forma de sociedades anónimas como Iberia y otras las de organismos públicos como RENFE.

¹⁵Hoy derogada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado,(LOFAGE)

Es necesario puntualizar que la indeterminación de las actividades económicas encomendadas a cada una de estas formas jurídicas permitió que fueran intercambiables, por lo que la LEEA no cumplió su objetivo, ya que le faltó establecer una relación clara y precisa entre la actividad pública y la forma jurídica para gestionarla, para formalizar la ordenación, dirección y control que el Estado debe de llevar a cabo del sector público.¹⁶ No obstante, esta ley fue la única de ordenación del sector público que expresamente exigió la forma jurídica de sociedad anónima para organizar a las empresas públicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado o los Organismos autónomos hasta la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP),¹⁷ establecía, a efectos presupuestarios y de control, una nueva clasificación distinguiendo entre Organismos autónomos, Sociedades estatales y otros Entes del sector público estatal. Los Organismos autónomos podían ser de carácter administrativo o de carácter comercial, industrial, financiero o análogos (art. 4.1.2.LGP), sin que la ley especificara su naturaleza jurídica. No obstante, atendiendo a su régimen presupuestario, puede deducirse que son considerados de naturaleza pública. Las sociedades estatales podían ser mercantiles y no mercantiles, al distinguirse expresamente entre sociedades mercantiles en cuyo capital fuera mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público (art. 6.1.a) LGP) y Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, que por ley habían de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado(art. 6.1,b) LGP). Por ultimo, los Entes del Sector público estatal no incluidos en los anteriores puntos del artículo 6 LGP se regían por su normativa específica (art. 6.5 LGP) que será la que especifique su naturaleza jurídica (pública o privada), y configure su régimen jurídico. (Así, por ejemplo, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) o la Agencia Estatal de la Administración tributaria, etc.).

Esta ley trató de superar el esquema organizativo establecido en la LEEA (que se limitó, como decíamos, a establecer la ecuación: organización privada-régimen jurídico

¹⁶ En este sentido Martín-Retortillo en *Derecho Administrativo*,,,,,, pág. 239.También, Pérez Moreno en op. cit. pág. 93.

¹⁷ Hoy derogada por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

privado y personificación pública-Derecho administrativo), y procuró recoger las combinaciones existentes entre formas jurídicas organizativas y regímenes jurídicos aplicables. No obstante, al ser una ley con vocación de control presupuestario no recogió una sistematización ordenada de los regímenes jurídicos aplicables a cada una de las formas jurídicas que prevé.

Ulteriormente, la organización, desde el punto de vista de las formas jurídicas de los organismos administrativos y empresas públicas, se encomienda a la Ley 6/ 1997 de 14 de abril que es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (LOFAGE). En su Exposición de Motivos expresa la corriente de opinión, generalizada hoy, con respecto al sector público estatal económico, en el sentido de reducir su presencia de forma gradual para ajustar el tamaño y la dimensión del aparato público económico empresarial a las exigencias legales y, en especial, a las pautas básicas del principio de subsidiaridad.¹⁸ Se trata (siempre según su exposición de motivos) de superar el enfrentamiento de los principios de legalidad y de eficacia, que ha caracterizado la gestión pública de estos años, procurando racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada "Administración Institucional del Estado."

La ley opta por la denominación genérica de "Organismos Públicos" que agrupa a todas las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado y que distingue dos modelos básicos: los Organismos Autónomos, que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten al Derecho público y las Entidades Públicas Empresariales (EPE), que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y a los que, aunque regidos en general por el Derecho Privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho Público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

A pesar de estos intentos de racionalizar todo el sector público estatal, esta ley no agota la regulación de las personificaciones instrumentales que desarrollan la actividad

¹⁸Desde la promulgación de la Constitución española, se ha venido produciendo un debate doctrinal sobre si se mantiene vigente o no el principio de subsidiaridad en cuanto a la actividad económica de la Administración. Los autores han venido alineándose a favor o en contra de mantener vigente el mismo, para decidir cuando deben actuar los poderes públicos en la economía, y como vemos, los redactores de ésta ley se inclinan a favor de apoyarse en el principio de subsidiaridad que parecía ya superado. Según la propia exposición de motivos, apartado XI.

económica del Estado. Sigue existiendo la categoría de sociedades estatales que pueden tener la forma de mercantiles (reguladas por la Ley General Presupuestaria en su artículo 6.1.a) que no fue derogado) y que la LOFAGE excluye de su regulación al no considerarlas parte de la organización de la Administración General del Estado.¹⁹ Aunque el art.62.1, f) de la LOFAGE permite, a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales, constituir sociedades mercantiles o participar en su capital cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados. También la Disposición Adicional duodécima admite su existencia, indicando que se regulara por la legislación privada salvo aquéllas materias que quedan sometidas a las normas administrativas públicas.²⁰

Las entidades de derecho público existentes a la entrada en vigor de esta ley, necesariamente deben adaptar su forma jurídica a un tipo de organismo público previsto en esta ley (Disposición transitoria tercera de la LOFAGE) y expresamente los entes del artículo 6.1.b), adoptarán la forma de EPE (Disposición transitoria tercera, punto dos, apartado b.). Una vez que quedó el sector público así configurado, se puede distinguir mucho más claramente entre un sector público no empresarial que entendemos puede ser considerado como Administración pública y cuya ordenación no queda del todo clara en la ley, por cuanto determinados organismos públicos quedan regidos por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE (Disposición adicional novena de la LOFAGE),²¹ y un sector público empresarial mucho más simplista en cuanto a tipología dado que se reduce a las EPEs y las sociedades mercantiles estatales.

También hay que tener muy en cuenta a las Leyes anuales de Presupuestos que en los últimos años ha sido la vía general para modificar la organización del sector público, introduciendo incluso un Título dedicado a las “disposiciones sobre la organización y los sistemas de gestión económico-financiero del sector público” que equivale en ocasiones a una autorización o habilitación al Ejecutivo para que modifique cuestiones que

¹⁹ Vid. Troncoso Reigada en op. cit., pág. 60 y ss..

²⁰ Disposición Adicional que ha sido modificada por la Ley 33/2003 añadiéndole un nuevo apartado como tendremos ocasión de ver.

²¹ Este grupo lo forman la Agencia Estatal de Administración Tributaria; el Consejo Económico y Social; el Instituto Cervantes; la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el Consejo de Seguridad Nuclear; el Ente Público RTVE (hoy Retevisión); la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional; la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, etc.

normalmente hubieran debido ser reguladas por una ley sustantiva de acuerdo con el régimen jurídico del ente público que modifica. Estas Leyes han permitido la creación de Organismos Autónomos, han alterado el régimen jurídico de algunos y han autorizado la transformación o reestructuración de otros que ya existían con anterioridad.²² Es una forma flexible de modificar toda la estructura y régimen jurídico del sector público acorde, seguramente, a las necesidades de la política jurídica que exigen un mayor dinamismo que el que pueden ofrecer los procedimientos administrativos sustantivos cuya pretensión final es mantener el control público de la organización jurídica y someter la gestión al régimen privado. Sin embargo, independientemente de que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, el procedimiento sea el correcto o no, en la práctica ha creado cierta inseguridad jurídica ante la dificultad de conocer con certeza la estructura del sector público y el régimen jurídico vigente para cada figura jurídica.

Como hemos dicho en líneas anteriores la LOFAGE organiza a las formas jurídico públicas a través de las cuales el Estado realiza su actividad empresarial y deja al margen la regulación de las sociedades mercantiles por no considerarlas parte de la Administración General del Estado. Con la Ley 33/2003 PAP, esta situación se modifica y el Título VII de esta Ley recoge una nueva reordenación conceptual, tipológica y sistemática, sin que haya la menor duda de que las sociedades mercantiles estatales vuelven a estar integradas en el sector público empresarial. La intención declarada que se persigue con la Ley es ampliar las posibilidades de actuación de la Administración en este ámbito y la incorporación al acervo de la gestión patrimonial de nuevas categorías negociales para lo cual ha sancionado formalmente la regulación de algunos negocios que ya gozan de una cierta tipicidad en la práctica patrimonial que, siendo usuales en el tráfico, no encuentran, sin embargo, un claro acomodo en la legislación vigente.

La Ley 33/2003 entiende por sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento.²³ Para la determinación de este

²² Así, los mismos departamentos ministeriales, o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o RETEVISIÓN o AENA o el Instituto Nacional de Promoción del Turismo, etc. (art. 87.1. y 3 de la Ley de presupuestos para 1985 y el art. 122 de la Ley de Presupuestos para 1989 o la Ley de Presupuestos para 1991 y 1992 donde se recogen un listado de Entes públicos de gestión.

²³ El artículo 166.1,c) de la Ley 33/2003 se refiere expresamente a las entidades que integran el sector público de acuerdo al Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre que aprueba el texto

porcentaje se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas (art. 166.1,c) Ley 33/2003). Este concepto legal no modifica, en apariencia, el criterio de la mayoría del capital seguido hasta ahora por nuestra legislación para considerar a una sociedad anónima como pública y por tanto perteneciente al sector público. Lo que hace es afirmar numéricamente el criterio seguido por la doctrina e integrar expresamente a estas sociedades en el sector público.

El concepto legal remite a las entidades que integran el sector público estatal conforme a lo dispuesto en la ley 47/2003 General Presupuestaria que atiende a todas las entidades integrantes del sector público estatal y a continuación las clasifica en tres subsectores: el administrativo, el sector público empresarial y el sector público fundacional. A los efectos que nos interesan, el sector público empresarial queda integrado por las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales y las entidades de derecho público y los consorcios dotados de personalidad jurídica propia que no estén incluidos en el sector público administrativo. A pesar de que la redacción legal que define el concepto de sociedad mercantil estatal se refiere con carácter general a la participación de las entidades que, en su totalidad, integran el sector público estatal, sería conveniente que solamente el sector público empresarial pudiera participar en el capital social de sociedades anónimas, en cuanto que lo contrario será permitir la existencia de un mapa disperso de sociedades anónimas estatales participadas por capital público de entidades de muy distinta naturaleza y fines, que dificultaría reconocer como pública a una sociedad anónima que actúa en el tráfico

refundido de la Ley General Presupuestaria. No obstante, consideramos que esta remisión debe entenderse hecha a la Ley General Presupuestaria en vigor por cuanto expresamente deroga a la anterior. El artículo 2 de la Ley 47/2003, establece en su apartado 1. Que a los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal: a) La Administración General del Estado; b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado; c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependiente de ella; d) las entidades gestoras, servicios comunes y las mutas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social; e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones; g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado; h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propias a los que se refieren el artículo 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión u órgano del Estado.

mercantil, ya que no se establece la obligación de que su denominación social tenga que componerse con el calificativo de estatal. Además, estas sociedades anónimas participadas en su capital por entes de naturaleza jurídico pública y fines normalmente públicos, presentan ciertas dificultades a la hora de conjugarlos con los fines sociales en cuanto que estos suelen ser mercantiles. A pesar de lo expuesto hay que concluir que la Ley 47/2003 LGP define mucho más claramente que su antecesora, la LGP de 1988, qué entidades integran el sector público estatal y no hay ninguna duda de que las sociedades mercantiles estatales quedan integradas en él, desestimando lo establecido en la LOFAGE en su no consideración como parte de la Administración General del Estado, y sin que ninguna duda pueda surgir sobre la condición de sociedad estatal de aquella sociedad mercantil cuyo capital pertenezca en más de un 50% a cualquiera de las entidades integradas en el sector público estatal.²⁴

La Ley 33/2003 PAP prevé dos clases de sociedades mercantiles que podemos considerar como públicas, las que conceptúa como estatales y que define en los términos expuestos anteriormente y las sociedades mercantiles que no considera estatales por no estar financiadas mayoritariamente por capital público pero se encuentran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos (art. 166.1,c) y d) Ley 33/2003). Se trata de sociedades mercantiles controladas por la Administración General del Estado por medios distintos al capital.²⁵

Hay que llamar la atención sobre el hecho, a mi juicio muy importante, de que por primera vez la legislación nacional, y en normas de carácter general, introduzca de forma expresa el criterio del control efectivo por medios distintos al capital de sociedades anónimas por parte de la Administración General del Estado. En estos casos no tienen la consideración de estatales y no quedan integradas en el sector público, aunque quedan sometidas a las leyes que analizamos. Viene así la Ley del Patrimonio

²⁴ En este sentido, Del Guayo Castiella en *El sector público empresarial e instituciones paraconcursoales* Madrid 2004, pág. 31.

²⁵ Sigue así el legislador la Moción del Tribunal del Cuentas a las Cortes Generales de 27 de junio de 1997 (BOE núm.9, de 10 de enero de 1998), en el que pide se defina a la sociedad estatal y la empresa pública teniendo en cuenta no sólo el criterio de la participación, sino también, el del dominio o control efectivos.

de las Administraciones Públicas y la Ley General Presupuestaria a llenar el vacío legal que había respecto a estas sociedades anónimas de capital minoritariamente público pero controladas por la Administración del Estado. Lo que parece un acierto dadas las peculiaridades que en el tráfico mercantil presentan las mismas y los problemas de coordinación con la legislación comunitaria que estaban por resolver.²⁶

No obstante, la situación de control a la que se refiere la Ley 33/2003 es taxativa ya que solo se consideran sociedades mercantiles controladas por la Administración General del Estado aquellas que se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 166.1 d).²⁷ Deja al margen otros supuestos que pueden igualmente influir sobre la sociedad anónima no estatal, como puede ser, por ejemplo, una posición de superioridad y disposición de poder ejercer el control.²⁸ Hubiera sido más recomendable dejar una mayor libertad para determinar en cada caso si se produce una situación de control distinta a la prevista en el citado artículo. Las situaciones contempladas pueden quedar fácilmente rebasadas en un corto periodo de tiempo y volverá a existir un abigarrado conjunto de sociedades que en la práctica están controladas por la Administración General del Estado o por cualquiera de sus organismos públicos pero que no quedan encuadradas dentro de los supuestos previstos en la Ley.

La Ley 33/2003 distingue dentro de las sociedades mercantiles estatales a las sociedades anónimas cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos (art. 166.2 Ley 33/2003), y establece unas disposiciones especiales para ellas, entre las que cabe adelantar que puede encomendarse su tutela a un ministerio cuyas competencias guarden relación específica con el objeto social de la sociedad, así como destacar las excepciones que introducen muchas de estas disposiciones especiales a la Ley de Sociedades Anónimas. Por lo que puede hablarse de una nueva categoría de sociedades

²⁶ Entre otras, la Directiva 80/723/CEE.

²⁷ Este artículo, remite a su vez al artículo 42 del Código de Comercio y entendemos que se refiere a la redacción dada por el artículo 106, Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²⁸ Vid. Sosa Wagner en *Organización y control del Sector público en España*. Madrid 1.971, pág. 102 y ss. Sánchez Morón en *“Introducción al Régimen jurídico de la empresa pública en España.”* RAP núm. 93, 1980, pág. 105.

anónimas que son las sociedades anónimas tuteladas, que vienen a reemplazar a las sociedades anónimas públicas claramente instrumentales. Estas sociedades postergan en la jerarquía jurídica al régimen jurídico privado y, expresamente, se rigen en primer lugar por las disposiciones del Título VII de la ley que analizamos y seguidamente por el Ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. (art. 166.2, Ley 33/2003). Es lógico pensar que la Ley de Sociedades Anónimas queda relegada a regular poco más que los puros esquemas formales de estas sociedades y que el régimen jurídico de las mismas adquiere una notable reconducción hacia el Derecho público.

Su constitución es autorizada por el Consejo de Ministros que también aprueba su aportación patrimonial, el objeto social y el fin social propuesto. El procedimiento privado de fundación lo materializa el Director general de la Dirección General del Patrimonio o el funcionario en quién delegue, donde quedan depositadas las acciones recibidas a cambio de la aportación patrimonial. Con la especialidad de régimen jurídico de que, tratándose de aportaciones no dinerarias, quedan éstas eximidas de cumplir con lo previsto en el artículo 38 de la LSA y el informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil, será sustituido por una tasación efectuada por el personal técnico dependiente del departamento u organismo que administre los bienes o derechos o que haya interesado su adquisición, o por técnicos facultativos del Ministerio de Hacienda (art. 182 Ley 33/2003). Con lo que el control externo que garantiza la efectividad patrimonial prevista por la Ley de Sociedades Anónimas es sustituido por un control interno, pudiendo producirse un posible detrimento del principio de integridad patrimonial, de los derechos de los acreedores y, en definitiva, de la seguridad del tráfico mercantil.

Constituida la sociedad anónima mediante el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil, único medio de poder adquirir la personalidad jurídica, aunque no tenga la misma finalidad en estas sociedades que en una organización privada. Debido a que no se independiza de la Administración General del Estado, ya que la titularidad de las acciones pertenece a la Administración General del Estado como Administración pública, no como socio privado. Muestra de ello, es que una vez constituida la sociedad anónima tutelada, el control de la misma queda

repartido, de acuerdo con la Ley 33/2003, entre el Consejo de Ministros y el Ministerio de Tutela.

Estas organizaciones corporativas actúan en el tráfico mercantil, necesariamente, mediante sus órganos sociales. La Ley que analizamos, en materia de órganos sociales, vuelve a introducir la indefinición que tradicionalmente se ha mantenido en torno a la junta general como órgano social necesario para la existencia de una sociedad anónima de capital únicamente público. La propia estructura organizativa de la Administración General del Estado es idónea para impedir conocer con exactitud quién formara la junta general a pesar de que, en una sociedad unipersonal como sería este caso, el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad (art. 127 LSRL).

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 33/2003, la junta general de las sociedades anónimas tuteladas estará formada por la Dirección General del Patrimonio del Estado si se trata de sociedades cuyo capital corresponde íntegramente a la Administración General del Estado, o por el organismo público que sea el titular de su capital (para sociedades anónimas constituidas o participadas por entes que integran el sector público estatal), (art.177.2 y 180.1 de la Ley 33/2003). A pesar de ello, estas sociedades, como ya hemos avanzado, están controladas externamente por el Consejo de Ministros y por el Ministerio de tutela, interfiriendo directamente en el régimen y funcionamiento de los órganos sociales. El primero concentra el poder de decisión de todos los aspectos estructurales de la sociedad como son los elementos que integran el negocio jurídico fundacional, así como sobre la atribución y modificación de su tutela, transformación, fusión, escisión, extinción, etc. y además otorgará las autorizaciones administrativas necesarias para la gestión y administración de la sociedad, así para cualquier decisión que suponga una modificación de estatutos sociales o de disposición del capital.

El Ministerio de tutela ejerce un control que puede ordenarse en dos clases de actuaciones, unas que pueden considerarse como generales diseñando las líneas

estratégicas de su ejercicio, tal y como es, el control funcional y de eficacia de estas sociedades, que podría hacerlo como un organismo externo, pero también instruye a la sociedad sobre las líneas de actuación estratégicas y además establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, lo que es competencia de cualquier junta general. Otras ordenes podemos considerarlas excepcionales por cuanto que la sociedad anónima tutelada puede recibir excepcionalmente y debidamente justificadas ordenes directas del Ministro de tutela cuando así lo exija el interés público (art. 178.1 Ley 33/2003).

En primer lugar, la justificación de la excepcionalidad no viene determinada y puede referirse a una justificación administrativa mediante un expediente técnico o, simplemente, puede basarse en necesidades empresariales, que si se hace al margen de la junta general no será necesario cumplimentar lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL). En segundo lugar, la excepcionalidad de la orden no obedece a necesidades de los fines sociales, sino de interés público, que pueden coincidir con los intereses del fin social propuesto, aunque no necesariamente, de forma que, en este ultimo caso, el fin social quedará relegado a la consecución del interés público que no tiene porque ser general, lo que si podría justificarse de acuerdo con los principios que inspiran a nuestro Ordenamiento Jurídico. Apoya lo que decimos el artículo 179 de la Ley 33/2003, que exime a los administradores de la sociedad de la responsabilidad prevista en el artículo 133 LSA si del cumplimiento de estas ordenes directas se derivan consecuencias lesivas. Es obvio que se está pensando en ordenes contrarias al interés de la sociedad o de los acreedores sociales. Lo más grave es que no se establece otro sistema de compensación por el daño infringido y, además, demuestra la voluntad de la Administración de seguir utilizando a las sociedades anónimas como instrumentos óptimos para liberarse de los controles administrativos y de los controles previstos por el Derecho de sociedades.²⁹

Y por ultimo, si las instrucciones suponen una modificación de los Presupuestos de Explotación y Capital al que queda sujeto la sociedad anónima tutelada, necesitará la previa autorización administrativa del órgano competente (Intervención General de la Administración del Estado), (art.178.2 Ley 33/2003). Lo que viene a darnos la razón

²⁹ La STC núm. 35/1983, de 11 de mayo y la núm. 14/1986, de 31 de enero. Establecen que en el fondo, las sociedades públicas no son sino instrumentos y remiten su titularidad a una instancia inequívocamente pública. Puede verse una amplia referencia a ellas en Del Guayo....ob. cit. Pág 57 y ss.

sobre la afirmación de la falta de independencia jurídica de estas sociedades anónimas respecto de la organización del Estado en su conjunto y de la falta de indefinición de quién ejerce las funciones atribuidas a la junta general. Se introduce otra especialidad de régimen jurídico para estas sociedades anónimas tuteladas, y es que compete al Ministerio de Hacienda, sea o no el Ministerio de tutela, el ejercicio de los derechos sociales, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado. La función de nombrar a los administradores, encomendada por la Ley de sociedades anónimas a la junta general, la tiene el Ministro de Hacienda o el organismo público representado en la junta general, quienes nombrarán a las personas propuestas por el Ministro de tutela. De entre los consejeros nombrados, el consejo de administración elegirá a quién el Ministro de tutela proponga para presidente del consejo y para consejero delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad.

De lo expuesto deducimos que las decisiones de la junta general son tomadas por el Ministro de tutela y el Ministro de Hacienda cuando no coincidan en la tutela, y sus decisiones serán ejecutadas por la Dirección general del patrimonio de la sociedad, (como tenedor de las acciones y competente para el ejercicio material de los derechos sociales y transmisión del capital social), cuando se trate de sociedades directamente constituidas por la Administración General del Estado, o serán ejecutadas por el organismo público (Entidades Públicas Empresariales, organismos autónomos, etc.,) representado en la junta general cuando se trate de sociedades participadas por otro ente público.

Nada dice la Ley que analizamos sobre el órgano de administración, y puede ser debido a que la misma Ley de Sociedades Anónimas admite un amplio margen de libertad a la autonomía de la voluntad en cuanto a su composición, organización y funcionamiento interno. La Ley 33/2003 somete, expresamente, al presidente o consejero delegado de la sociedad a lo previsto en la Ley 12/ 1995, de 12 de mayo de Incompatibilidades, y el ejercicio de sus funciones será incompatible con el desarrollo de cualquier otro cargo público. No obstante el artículo 181.2 de la Ley 33/2003 que recoge esta incompatibilidad ha sido modificado por la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del

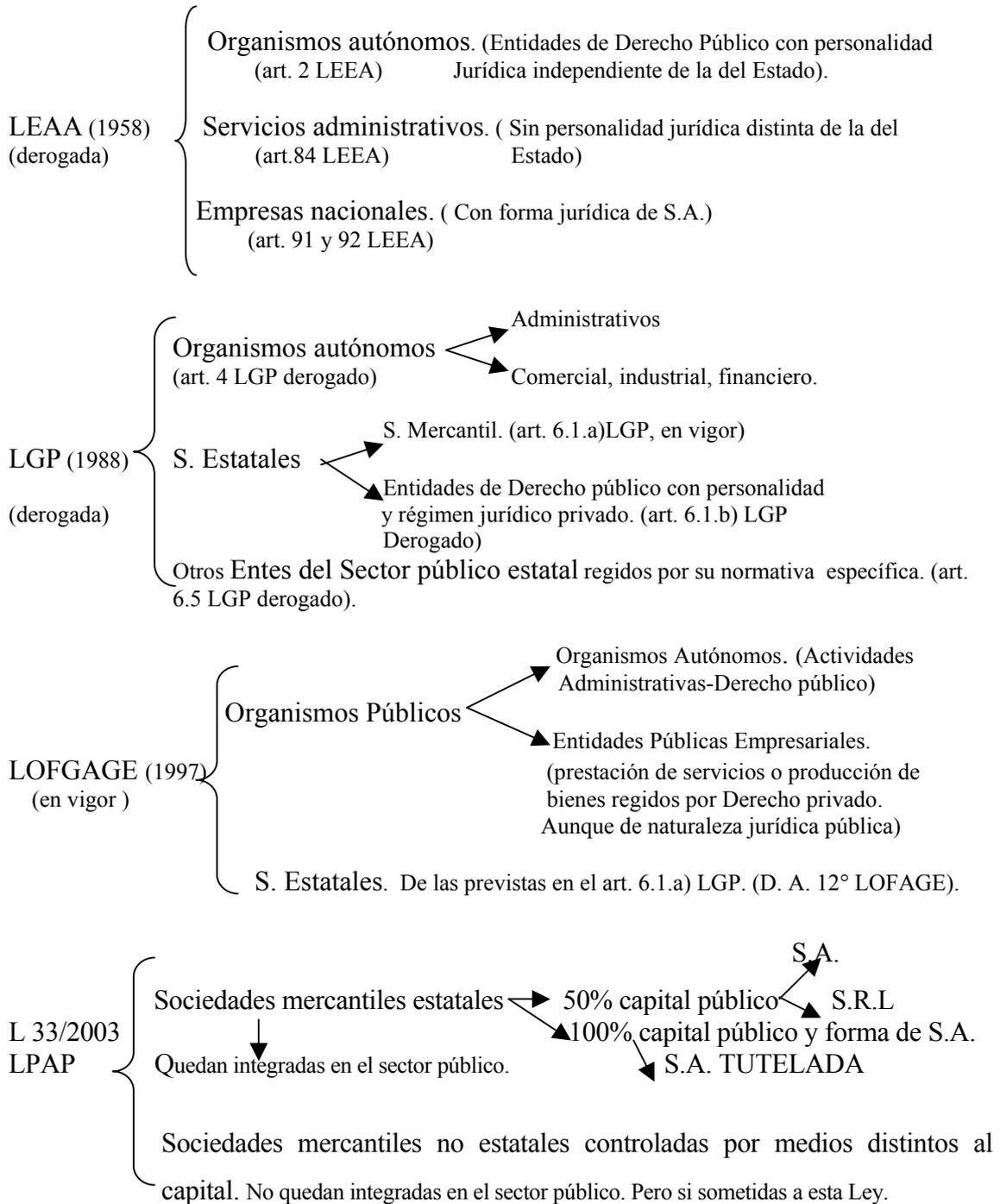
orden social, admitiendo dicha compatibilidad.³⁰ Por tanto, se continúa en la línea que siempre ha seguido el sector público de nombrar a los funcionarios públicos y altos cargos de la Administración como miembros del consejo de administración a pesar de la intención declarada en ocasiones por la SEPI de ir sustituyéndolos por expertos independientes.

Por tanto, las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuando sean de capital mayoritariamente público serán sociedades mercantiles estatales. En caso de que tomen la forma de anónimas y el capital sea íntegramente público podrán ser sociedades anónimas tuteladas. Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de capital minoritariamente público pero controladas por la Administración General del Estado o por sus organismos públicos quedaran igualmente sometidas a esta legislación aunque no sean consideradas como estatales, de forma que a los efectos de la aplicación de estas leyes, la diferencia entre una y otra es mínima, debido a que el tratamiento legal va ser igual para ambas.

Podemos ver la evolución del régimen jurídico de las formas jurídicas de la empresa pública en el siguiente organigrama:

³⁰ La Disposición Adicional vigésima cuarta, establece: “Incompatibilidades. La incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de funciones de cargo público a que se refiere el apartado 2 del artículo 181 LPAP, no resultará de aplicación a los Presidentes de las sociedades a que se refiere el artículo 166. de la citada Ley cuando el consejo de Ministros a propuesta del Ministro de tutela declare la compatibilidad para el ejercicio de las funciones de Presidente de una Sociedad y de las funciones atribuidas a un alto cargo de la administración General del Estado y de las entidades de derecho público dependientes de aquella, en el caso que la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas a dicho cargo.”

LEYES SUSTANTIVAS QUE ORGANIZAN A LAS FORMAS JURÍDICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS



I. CONCLUSIONES.

Esta exposición ha pretendido realizar un recorrido sistemático tanto de las distintas reorganizaciones que ha sufrido el sector público como de los distintos regímenes jurídicos que lo han acompañado, en un intento de poner de manifiesto los diversos criterios de política económica y jurídica seguidos en los últimos años por el sector público estatal hasta llegar a las normas en vigor que persiguen un planteamiento global, coordinado y centralizado de las diferentes categorías organizativas que ordenan al sector público empresarial.

El estudio de las nuevas normas que enmarcan el régimen de las sociedades anónimas públicas refleja con claridad la voluntad de que exista un sector público empresarial que esté al servicio de los intereses generales de la Administración General del Estado, una vez que se ha realizado la parte más significativa de la reestructuración del sector público empresarial mediante las correspondientes políticas de privatizaciones. Estas leyes dejan constancia del propósito de la Administración General del Estado, y de sus entes públicos, de seguir interviniendo en el tráfico económico mediante formas jurídicas privadas y de acomodar su régimen jurídico a las necesidades y fines públicos, y por lo tanto, no como un sujeto privado más.

Entre las sociedades previstas en la Ley 33/2003 podemos distinguir tres clases de sociedades anónimas públicas que son las sociedades anónimas tuteladas, las sociedades anónimas mixtas (ambas son consideradas estatales) y las sociedades anónimas controladas por la Administración por otros medios distintos al capital. Quedan reguladas por el Título VII de la citada Ley que si bien se rubrica “Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado,” no se limita a ordenar el patrimonio empresarial sino que en su articulado va más allá e introduce la figura de las sociedades anónimas tuteladas e impone importantes restricciones a la gestión ordinaria de las demás sociedades. El motivo declarado es facilitar la gestión empresarial prevista por la Administración y huye, para ello, de los controles previstos en la Ley de sociedades anónimas como antes huía de los controles previstos por el Derecho administrativo.

Las excepciones se basan en la propiedad exclusiva del capital y no en razones de necesidad de interés general o de servicio público por lo que, veladamente, la Administración General del Estado esta actuando desde una posición privilegiada e inaceptable por el propio Ordenamiento jurídico vigente.

El nuevo régimen interfiere en el régimen jurídico privado legalmente previsto para las sociedades mercantiles y, además, introduce una nueva figura no comparable con las ya existentes sociedades anónimas públicas de capital íntegramente público que quedaban sometidas al régimen general de anónimas por cuanto, como hemos expuesto, las sociedades tuteladas quedan sometidas con mucha mayor intensidad a un régimen público. A pesar de ello, cabe asegurar que este conjunto de sociedades mercantiles forman un grupo dentro del Derecho de sociedades con sus particularidades y necesidades. El Derecho de sociedades ha recepcionado los cambios que decididamente van introduciendo el fenómeno de la intervención pública directa en el tráfico mercantil como un sujeto más, aunque bajo una estructura no comparable con el esquema societario tradicional. En todo caso sería conveniente contar con un régimen jurídico uniforme y unitario para estas clases de sociedades, que asumiera las necesidades de los nuevos esquemas de organización de manera que permitan un tratamiento puntual y ágil del tráfico realizado por un sujeto público, y por tanto, desde parámetros jurídicos y fines distintos a los privados. Lo que es técnicamente posible gracias al carácter instrumental y neutro de las figuras societarias.

Las sociedades mercantiles estatales pueden ser constituidas directamente por la Administración General del Estado o por uno de los entes públicos que integran el sector público estatal aunque, en mi opinión, esta posibilidad debería limitarse al sector público empresarial. Respecto a las sociedades mercantiles controladas por la Administración General del Estado, por medios distintos al capital, supone un importante avance su reconocimiento legal en aras de la seguridad del tráfico mercantil, y será la praxis la que ponga de manifiesto las posibles fisuras en la aplicación de la Ley 33/2003, y su relación con el régimen general de anónimas.

Se siguen distinguiendo entre las sociedades de capital íntegramente público y las sociedades de capital mixto. Las primeras pueden ser sociedades anónima tuteladas, que son técnicamente sociedades anónimas unipersonales y como tales quedan

sometidas al régimen jurídico privado previsto para ellas. No obstante, como es sabido, la Disposición Adicional 5° de la Ley de Responsabilidad Limitada, excepciona la aplicación de gran parte de su régimen a las sociedades anónimas públicas, que junto a las nuevas normas jurídico públicas específicas que le son de aplicación y que muestran una notable publicación, en ese deseo de la Administración de huir de cualquier control que interfiera en sus intereses, hace que concluyamos que tienen un régimen jurídico tan propio que puede dar lugar, como hemos avanzado, a un nuevo tipo de sociedades. En las sociedades de capital mixto, si el capital de titularidad pública alcanza un porcentaje igual o superior al 50 por ciento se estará ante una sociedad mercantil estatal y por tanto integrada en el sector público, mientras que si el capital público es inferior al 50 por ciento y el control se ejerce por cualquier medio que suponga una influencia dominante de los poderes públicos sobre la sociedad, nuestro derecho vigente no las reconoce como estatales ni quedan integradas en el sector público, aunque quedan sometidas a la aplicación de estas normas.

Las disposiciones jurídico públicas que integran el régimen jurídico de las sociedades estatales de capital mixto no han sufrido importantes modificaciones, aunque es de destacar que se delimitan y concretan aspectos muy importantes para el tráfico privado que originaban una gran inseguridad jurídica, provocada por la indeterminación y confusión que generaba el gran número de reformas y contrarreformas sufridas por las normas que se aplicaban al sector público en las últimas décadas.

Para cualquier sociedad mercantil estatal el régimen fundacional sigue formado por un expediente técnico de habilitación en orden a constituir, conceder y delimitar la capacidad de obrar que le permita realizar el negocio privado de fundación con la particularidad que es, en ese expediente técnico, donde quedan estructurados los elementos esenciales del negocio jurídico de fundación. La Ley 33/2003 es más precisa y concisa que su antecesora en orden a establecer los límites y contenido de éste expediente administrativo que forma la voluntad de la Administración pública como socio fundador, aunque no subsane la inseguridad jurídica que crea la ausencia de un procedimiento específico de fundación para ellas que integre de forma expresa y unitaria la teoría de la imputación de los actos que rige en la Administración pública. En

este sentido es importante que la Ley designe expresamente quién está autorizado para materializar el negocio jurídico privado de fundación y todos los actos privados conducentes al mismo. Manteniéndose plenamente vigente, una vez constituida la sociedad, el régimen de autorización administrativa para cualquier decisión que suponga una alteración del control de la sociedad, así como la injerencia en la gestión ordinaria de la sociedad mediante las oportunas ordenes directas.

En definitiva, las normas que analizamos tienen por objeto ordenar a las sociedades mercantiles controladas por la administración y, además, cumplir con el principio de legalidad que rige la actuación de la Administración del Estado, otorgando mediante esta ley la habilitación legal que sus entes necesitan para poder actuar en el tráfico privado, acotando el régimen de competencias que establece para cada uno de ellos. Pero también, aunque veladamente, ha introducido un nuevo tipo de sociedad anónima puramente instrumental y ha conformado un régimen jurídico propio de las sociedades mercantiles previstas por la Ley.