

Sociedades mercantiles estatales

Sumario: I. SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES.—1.1. Introducción.—1.2. Concepto de sociedad estatal.—1.3. Régimen jurídico.

I. SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

1.1. Introducción

A esta disposición se reduce la mención de la LOFAGE a una técnica organizativa del sector público estatal tan notable como son las sociedades mercantiles, forma jurídica sobre la que ha reposado durante muchos años el grueso de las empresas públicas que, tras su privatización, han venido a constituir con toda frecuencia la punta de lanza del capitalismo español, sobre todo en su notable expansión internacional acaecida durante la última década¹ y que aún se mantiene pujante en sectores específicos como las obras hidráulicas y las infraestructuras viarias². Ciertamente, no puede decirse que la normativa legal aplicable se reduzca sólo a esta escueta mención, toda vez que, además de sus normas específicas de creación y organización³,

* Letrado de las Cortes Generales.

¹ Acerca del proceso de privatización de empresas y de apertura a la competencia de antiguos monopolios públicos, véanse, entre otros J. de la Cruz Ferrer, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002; S. Martín-Retortillo Baquer, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP*, núm. 144, septiembre-diciembre de 1997, pp. 7 y ss. y G. Ariño Ortiz, «De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma?: quizás ambas cosas», *RAP*, núm. 138, septiembre-diciembre de 1995, pp. 7 y ss. Muy interesante también la perspectiva contenida en R. Gómez-Ferrer Rincón, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

² Acerca de ambos véanse, respectivamente, A. Embid Irujo, «Las sociedades estatales para la construcción, explotación, adquisición y... de obras hidráulicas», *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 285 y ss., y E. Carbonell Porras, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias ¿convenio o contrato administrativo?», *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 377 y ss.

³ Entre las que podemos citar la disposición adicional segunda de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que regula el régimen jurídico de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA). Por cierto, cabe destacar cómo esta disposición ha constituido todo un ejemplo

pueden citarse normas ya de alguna antigüedad, incluso anterior a la LOFAGE, como la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas. No obstante lo anterior, durante mucho tiempo se ha echado en falta una regulación de los diversos aspectos comunes que presiden el régimen jurídico de cada sociedad estatal, en especial respecto de cuestiones como el régimen de contratación o de recursos contra sus actos que han reclamado, como luego veremos, mayor atención a tenor de las exigencias del derecho comunitario. Mucho se ha hecho, en esta línea, a través de los arts. 166 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), y de la normativa presupuestaria regulada por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y más aún para con la nueva categoría de las sociedades mercantiles en las que la participación pública en su capital sea del 100 por 100, preceptos a los que volveremos más adelante. Sin embargo, sigue faltando una normativa básica que, al amparo del art. 149.1.18 CE, sirva para trazar los elementos más generales del régimen jurídico público del conjunto de las sociedades mercantiles de los entes territoriales en España⁴.

1.2. Concepto de sociedad estatal

A pesar de todo, el primer problema que plantea este tipo de personificación es el de su propia definición. No ha de buscarse ésta en la disposición adicional de la LOFAGE que estamos comentando, que calla completamente al respecto. Tampoco, a diferencia de lo que ocurriría con su predecesora, en el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), que remite directamente a la LPAP. Es en esta norma, por fin, y más en concreto en su art. 166, donde se aporta una definición mucho más amplia que la que ya venía siendo tradicional, contenida en

de mala técnica legislativa, puesto que, contra todo principio de homogeneidad en el contenido de una ley, se incluyó dentro de una norma, la 53/1999, que tenía por objeto modificar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que, en su mayor parte, ha quedado subsumida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El «sadismo» del legislador para con esta poco afortunada disposición le llevó a reformarla en dos ocasiones desde entonces por medio de sendas leyes de acompañamiento, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, circunstancia que, como es obvio, no había de redundar, precisamente, en la fácil localización de la normativa aplicable. Afortunadamente, la LPAP ha corregido parcialmente este problema al incluir la regulación de esta entidad en su disposición adicional décima, lugar algo más acorde con la materia reglamentada. Por cierto, la Ley 14/2000 es también cálido —y oscuro— lecho donde reposa buena parte de la regulación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, probablemente la última gran empresa —junto a HUNOSA— que ha quedado al margen del proceso de privatizaciones que vivió su momento más intenso durante el cuatrienio 1996-2000.

⁴ En sentido similar, véase G. Fernández Farreres, «Administraciones instrumentales», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 363.

el art. 6.1.a) del texto refundido de la LGP de 1988⁵. Conforme a este nuevo precepto, son sociedades mercantiles estatales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que conforman el sector público estatal sea superior al 50 por 100, sumando las participaciones correspondientes a todas ellas si dicho capital se encuentra repartido entre varias. Pero lo realmente novedoso es que a este grupo se han de añadir las sociedades mercantiles que, no teniendo la naturaleza de estatales conforme al concepto expuesto, se incluyen en el supuesto previsto en el art. 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. Se trata de aquellas sociedades que formen parte de un grupo de empresas, definido en el precepto citado como «las entidades que constituyan una unidad de decisión, por que alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto». Esta unidad de decisión se presume cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada son consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta, así como en cualquiera de los supuestos previstos en el art. 42.1 del Código de Comercio, a saber, que la entidad dominante posea la mayoría de los derechos de voto, que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de dirección, pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto o haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Esta novedad legislativa es ciertamente de agradecer, toda vez que a estas alturas resultaba ya insostenible el criterio anterior que obedecía tan sólo a la mayoría en el capital. Teniendo en cuenta que la sociedad estatal se ha calificado con acierto como «uno de los principales cauces por los que ha discurrido el tan debatido fenómeno de la huida del derecho administrativo»⁶, tanto el derecho comunitario como alguna jurisprudencia española han venido poniendo cerco cada vez más estrecho a una catalogación demasiado estricta que, de una parte abría resquicios a una competencia desleal con el sector privado y, de otra, cerraba el paso a la aplicación de los controles públicos a una parte más que considerable de empresas que en la práctica se venían comportando como estatales. Así, en desarrollo del principio comunitario de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, podemos citar la muy conocida Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, cuyo art. 2 define empresa

⁵ Decía este artículo que son sociedades estatales «las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoría la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público».

⁶ J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, CEURA, Madrid, 2000, p. 649.

pública como «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen». Esta influencia dominante se presume cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por ésta o pueden designar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia⁷.

Por su parte, ya en España se venía impulsando una ampliación de esta noción de sociedad estatal, incluso a instancia del propio legislador. Así, a efectos de la citada Ley 5/1995, se ha venido utilizando una noción en su momento mucho más amplia, en virtud de la cual esta norma ha sido aplicable a las entidades de naturaleza mercantil que a la fecha de su entrada en vigor contasen con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 y estuviesen controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil aplicable, siempre que en su actividad, propia o mediante la participación en otras sociedades, concurriese alguna de las circunstancias siguientes: prestar servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales, desarrollar actividades sujetas por ley y por razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen o estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Mucho más importante es el art. 2.1.c) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, el cual, literalmente, recoge la definición de empresa pública contenida en la Directiva 80/723/CEE.

Sin embargo, quizá haya sido la STC 177/2002⁸, de 14 de octubre, la gota que ha obligado definitivamente a diseñar una categoría de sociedad pública que no permita escapar a los controles a los que se encuentra some-

⁷ Debe tenerse en cuenta que a esta noción de empresa pública se ha añadido una nueva categoría también sometida a esta directiva cual es la de «empresa obligada a llevar cuentas separadas», definida como «cualquier empresa a la que un Estado miembro haya concedido derechos especiales o exclusivos con arreglo al apartado 1 del artículo 86 del Tratado, o a la que se haya confiado la gestión de un servicio de interés económico general con arreglo al apartado 2 del artículo 86 del Tratado y reciba cualquier tipo de ayuda estatal, ya sea en forma de subvención, apoyo o compensación, por prestar ese servicio y que lleve a cabo otras actividades». Se trata de una regulación incorporada al art. 2 en virtud de la Directiva 2000/52/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. Su importancia es más que notable en un contexto como es el de los Estados de la Unión, y significativamente España, que han abordado procesos de transformación de antiguos monopolios en mercados regulados y de privatización de las empresas que los ejercían.

⁸ Esta sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto contra sendos Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados, y sus respectivas confirmaciones, en virtud de los cuales se rechazó la admisión a trámite de las solicitudes de comparecencia de los presidentes de Telefónica de España, S. A., y Endesa, presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista. Las fechas de los mismos son de 3 de septiembre de 1997 y de 14 de octubre de 1997, respecto de Telefónica y de 8 de septiembre de 1998, confirmado

tido el sector público a través del procedimiento de mantener participaciones accionariales en sociedades mercantiles que, siendo nominalmente minoritarias, se insertan en un contexto accionarial que permite al Estado reservarse su dirección efectiva. Es cierto que la resolución es algo floja en alguno de sus planteamientos —sobre todo en lo que deba entenderse por debate parlamentario trabado, que ahora no hace al caso⁹— y que quizá adolezca de falta de contundencia en el criterio de empresa pública que debe manejarse en el derecho español a efectos de extender las cautelas propias del derecho público, pero no es menos cierto que supone un claro rechazo de la validez del criterio utilizado en el art. 6.1.a) de la LGP de 1988. En este sentido, su Fundamento Jurídico 10 sostiene que «no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, pueda excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la conexión de la empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquélla bien por cauces jurídico-públicos, bien por cauces jurídico-privados». Por ello, aun sin un pronunciamiento taxativo, la Sentencia parece inclinarse por la noción empleada por la Directiva 80/723/CEE debido al «valor indicativo o de referencia general» que «por encima de su juego en el ámbito de la Directiva» desempeña en el derecho comunitario.

Considerado todo lo anterior, ha de saludarse la ampliación llevada a cabo por la LPAP del concepto de sociedad estatal al que se otorgan unos perfiles que, sin repetir literalmente la norma comunitaria, viene a arrojar un resultado equivalente que, sin duda, garantiza mucho mejor que el anterior el respeto a los principios del derecho público de los que no han de separarse estas entidades. Más aún si ello se completa con la previsión de una regulación específica por vía del convenio correspondiente para aquellas sociedades mercantiles en las que la participación estatal sea minoritaria pero en cuyo capital sea mayoritariamente público contando con las participaciones de otras Administraciones territoriales, situación prevista en la disposición adicional novena de la LGP. Será objeto de tales convenios la coordinación del régimen presupuestario, financiero, contable y de control de tales sociedades.

por Acuerdo de 6 de octubre de 1998, en relación con Endesa. La representación procesal del Congreso de los Diputados había argumentado que, puesto que el art. 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, exigía una participación pública mayoritaria, directa o indirecta, para poder hablar de sociedad estatal, circunstancia que no se daba en las empresas aludidas, éstas tenían naturaleza privada y sus presidentes no podían comparecer en condición de autoridades o funcionarios públicos tal y como se pedía en las iniciativas cuya admisión se rechazó.

⁹ Un comentario más completo a esta resolución puede encontrarse en F. Pascua Mateo, «El recurso de amparo frente a actos parlamentarios: elementos procesales y materiales de la jurisprudencia más reciente», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, diciembre de 2002, pp. 164 y ss.

1.3. Régimen jurídico

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, la disposición comentada, tras su modificación por la disposición final primera de la LPAP, establece una distinción entre dos clases de sociedades estatales, las que podríamos calificar de sociedades estatales ordinarias, que pueden contar con capital privado o de otras Administraciones Públicas —razón por la que también les cae bien el calificativo de mixtas— y las sociedades mercantiles estatales plenas, en las que la participación pública, y más precisamente estatal, ha de alcanzar a la totalidad de su capital social. En el primer caso se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, sin que, bajo ningún concepto, dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. A las segundas, por su parte, se les aplica el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

Podemos, por tanto, distinguir entre el régimen general y las especificidades previstas para las sociedades estatales estrictas, régimen, en principio, fragmentario por la remisión apuntada a la normativa privada, fundamentalmente el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. La constitución de estas entidades es competencia del Consejo de Ministros, de acuerdo con el art. 169 LPAP, del mismo modo que la autorización de los actos de adquisición o enajenación de acciones cuando impliquen la asunción de posiciones de control. En el expediente correspondiente deberá presentarse una memoria informada por el Ministerio de Economía y Hacienda en la que se acredite que la entidad tiene como actividad principal la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo y que se financia mayoritariamente con ingresos comerciales, puesto que, en caso contrario, deberá emplearse alguna de las formas jurídicas que componen el sector público administrativo tal y como lo define el art. 3 LGP —disposición adicional décima LGP¹⁰—. Una vez tomada la decisión de constituir una nueva entidad de esta clase, corresponde al Ministro de Hacienda, previa autorización del Consejo de Ministros, ejecutar las operaciones necesarias para realizar las aportaciones de bienes o derechos patrimoniales necesarios.

Dos aspectos destacan de esta regulación. En primer término, la memoria informada por el Ministerio de Economía y Hacienda sobre el tipo de acti-

¹⁰ El art. 172 LGP somete estas memorias a auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado con el fin de «informar sobre la adecuación a la realidad de sus objetivos y sobre la continuidad de las circunstancias que dieron origen» a su creación. Por cierto, en este precepto es precisa una corrección de error al remitir a la «disposición adicional duodécima» [*sic*] en lugar de la décima.

vidades a las que se va a dedicar la sociedad en constitución, en la que ha de quedar acreditado que éstas van a ser de tipo industrial o mercantil. Se trata de un paso más en una dirección ya apuntada por la LOFAGE, aunque considerada insuficiente por alguna doctrina¹¹, según la cual quedaba prohibido atribuir a estas sociedades ninguna clase de potestad pública. La normativa recién aprobada, completada con la distinción del art. 3 LGP entre sector público administrativo, sector empresarial y sector fundacional, pretende completar la racionalización emprendida por la propia LOFAGE hace ya sus buenos siete años y, obviamente, no llevada plenamente a buen fin. En consecuencia, y con los únicos matices que puedan derivarse de la nueva categoría de las sociedades estatales estrictas sobre las que luego volveremos, queda excluida esta forma jurídica para desempeñar tareas administrativas para las que está peor dotada. Lo anterior ha de permitir a España, por lo demás, eludir en un futuro la condena por incumplimiento impuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹² por no haber desarrollado el sistema de recursos garantizado por la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989¹³, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, respecto de las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público.

Por otro lado, la previsión de un simple acuerdo del Consejo de Ministros para determinar la creación de una sociedad supone un paso adecuado en la eliminación de la reserva de ley para los actos de constitución de entidades insertas en la Administración institucional, reserva que pocas garantías añade y que genera notables inconvenientes. Ya la organización de la estructura de los Departamentos ministeriales hubo de renunciar a ella, primero de manera un tanto vergonzante —a través de la derogación temporal de la parte correspondiente de la LOACE de 1983 en sendas leyes presupuestarias— más tarde ya de forma abierta con la LOFAGE, y parece razonable que este proceso se repita con estos organismos. La garantía de la consignación presupuestaria previa de todo gasto público parece ser suficiente para controlar las aportaciones económicas que sean necesarias durante el proceso

¹¹ En este sentido véase G. Fernández Farreres, «Administraciones instrumentales», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, op. cit., pp. 354 y ss.

¹² STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión c/ España, asunto C-214/00.

¹³ Modificada por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

de constitución y la remisión del acto formal al Consejo de Ministros puede permitir un cierto aligeramiento de las abultadas leyes de medidas¹⁴, receptáculo habitual de actos de creación o modificación de sociedades públicas.

Por lo que respecta al funcionamiento de las sociedades estatales, es éste, como es natural, el ámbito donde mayor incidencia tiene la regulación estrictamente privada. No obstante, no faltan reglas específicas de derecho público que conviene tener en cuenta. Ante todo, el Ministerio de Economía y Hacienda tiene atribuida la potestad para impartir instrucciones a los representantes de las acciones de titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos públicos en las respectivas Juntas Generales respecto de la aplicación de las reservas o del resultado del ejercicio cuando ello proceda de acuerdo con la legislación sobre sociedades anónimas (art. 170.3 LPAP). La misma potestad ostenta, por medio de la Dirección General del Patrimonio del Estado, con relación a los representantes del capital estatal en los Consejos de Administración para el adecuado ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de las acciones (art. 173.2 LPAP). A esta Dirección General le corresponde directamente, por su parte, la tenencia y administración de las distintas acciones y participaciones sociales, así como la formalización de los negocios de adquisición y enajenación de las mismas.

La gestión presupuestaria de las sociedades estatales se basa en los presupuestos de explotación y de capital previstos en el art. 64 LGP, que han de detallar los recursos y dotaciones anuales correspondientes y se integran en los Presupuestos Generales del Estado. Están constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del cuadro de financiación del correspondiente ejercicio a los que ha de acompañar como anexo una previsión del balance de la entidad, todo ello remitido junto con una memoria explicativa de su contenido, de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de ejecución del corriente. Asimismo, deben elaborar un programa de actuación plurianual, con la única excepción de las sociedades que puedan presentar un balance abreviado, siempre que no reciban subvenciones de explotación o capital u otra aportación análoga de los Presupuestos Generales del Estado. En tales programas, que deben cubrir el ejercicio en curso y los dos siguientes, se integran los estados financieros ya citados, junto con una hipótesis de evolución de las variables macroeconómicas que se hayan tenido en cuenta para su elaboración, las premisas principales del planeamiento que conforme sus líneas estratégicas y las previsiones plurianuales de los objetivos que se pretende alcanzar. Aunque por regla general se establece que las sociedades mercantiles han de ajustarse a las previsiones establecidas en sus presupuestos y programas de actuación plurianual, en principio pueden introducir modificaciones en los mismos si lo estiman oportuno, con la salvedad de que han de estar autorizadas por el Ministerio

¹⁴ Entre la literatura jurídica al respecto pueden destacarse L. M. Cazorla Prieto, *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario: sus problemas de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 1998, y A. Jiménez Díaz, «La impugnación de las Leyes de Medidas como problema: consideraciones desde la jurisprudencia constitucional sobre la Ley de Presupuestos», *Revista española de derecho financiero*, núm. 112, octubre-diciembre de 2001, pp. 639 y ss.

de Economía y Hacienda, por el Gobierno o por la autoridad que tenga esta competencia para las modificaciones presupuestarias que puedan ser necesarias, según los casos. La contabilidad de estas sociedades, además de por las reglas propias del derecho mercantil, está sometida a los principios contables que para el sector público estatal regulan los arts. 119 y ss. LGP.

La normativa que regula la actividad contractual de las sociedades mercantiles estatales es, en principio, la propia del derecho privado. Sin embargo, en relación con las sociedades de capital mayoritariamente público, la disposición adicional seis del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP), requiere que se ajusten a los principios de publicidad y concurrencia, lo que da entrada a la normativa administrativa respecto de los actos de preparación y adjudicación, salvo que la naturaleza de la operación que se pretenda sea incompatible con los mismos. Por otro lado, en el caso de sociedades que operen en los sectores de los transportes, agua, energía y telecomunicaciones les serán aplicables las disposiciones previstas en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

El control financiero se limita al sistema de auditoría regulado en los arts. 162 y ss. LGP, puesto que los arts. 149 y 158 excluyen a las sociedades estatales, respectivamente, del control ejercicio mediante la función interventora y el control financiero permanente. No obstante, cuando reciban subvenciones públicas, están también sometidas a los controles previstos en los arts. 44 y ss. de la Ley 38/2003, General de Subvenciones. Será el Plan Nacional de Auditorías el que determine de manera precisa el alcance de este control, para lo que puede contemplar actuaciones tales como someter a auditoría las cuentas anuales de las sociedades mercantiles estatales que, en principio, no estuviesen sometidas a esta obligación, o bien declararlas sometidas a las auditorías de cumplimiento o las operativas previstas en los arts. 169 y 170 LGP.

Esto por lo que respecta a las sociedades estatales comunes. Las especificidades de las que hemos dado en llamar sociedades estatales plenas aparecen en los arts. 176 y ss. LPAP y en el apartado 2 de la propia disposición adicional duodécima que estamos comentando. Los primeros contemplan, básicamente, formas adicionales de control por parte de la Administración General del Estado. Así, en el mismo acto de su creación ha de asignárseles un Ministerio de tutela, que instruirá a la sociedad respecto de las líneas de gestión estratégicas, establecerá las prioridades de su ejecución y propondrá su incorporación a los presupuestos de explotación y de capital y los programas de actuación plurianual antes citados. A falta de dicha asignación, dichas funciones corresponden al Ministerio de Economía y Hacienda. Ejerce, además, el control funcional y de eficacia de estas sociedades, sin perjuicio del financiero que compete a la Intervención General de la Administración del Estado y da cuenta a las Cortes Generales de sus actuaciones. Excepcionalmente, el titular del ministerio tutelante podrá impartir instrucciones para que realicen determinadas actividades por razones de interés público, debidamente motivadas, eso sí, previa autorización por parte

del órgano competente para aprobar la modificación presupuestaria correspondiente si ésta fuese necesaria. Los administradores de las sociedades quedarán exonerados de responsabilidad si de su cumplimiento se derivaran consecuencias lesivas para ellas. En cuanto a la financiación de la actividad de estas sociedades, siempre que se requiera definir un escenario presupuestario, financiero y de actuación a medio plazo, el instrumento preferente será el contrato —programa previsto en el art. 68 LGP—. Para el supuesto de aportaciones no dinerarias por parte de la Administración General del Estado o sus organismos públicos, el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas se sustituye por un sistema de tasación pericial en los términos previstos en el art. 114 LPAP. Finalmente, regulan estos artículos los nombramientos de los administradores sociales, designados por los órganos competentes de la sociedad —junta general para los miembros del Consejo de Administración y éste mismo para el presidente y el consejero delegado o puesto equivalente— pero a propuesta del Ministerio al que se atribuye su tutela.

Por su parte, la disposición comentada, interpretada *a contrario sensu*, admite la atribución a este tipo de entidades de potestades administrativas. En todo caso, aunque nada dice la Ley, habrá de entenderse que esta atribución ha de estar justificada en el fin perseguido y tener carácter excepcional. De este bloque normativo podemos concluir que las sociedades estatales plenas vienen a conformar una categoría intermedia entre las entidades públicas empresariales y las sociedades estatales comunes, tal y como venían conociéndose hasta la fecha, en la que las potestades que corresponden a los poderes públicos están más desarrolladas y que, por eso mismo, van a poder ostentar, a su vez, algún tipo de potestad pública¹⁵. Ello no significa, sin embargo, que pueda encomendarse a tales personificaciones tareas distintas a las de naturaleza mercantil o industrial, por cuanto ninguna excepción se establece respecto del régimen de la memoria de constitución anteriormente referido.

Para concluir, bueno será hacer siquiera mención al mantenimiento en manos del Estado de ciertas potestades de autorización sobre algunas de las sociedades públicas que han sido privatizadas. Ya la redacción original de la Ley 5/1995 sometía a autorización administrativa previa, so pena de nulidad, la adopción por parte de las entidades privatizadas, o de terceros en relación ellas, de determinadas decisiones, tales como su disolución, enajenación de los activos necesarios para desarrollar su actividad, cambio de objeto social o adquisición o enajenación de acciones por terceros que les

¹⁵ La anteriormente citada SEGIPSA es un ejemplo de este tipo de sociedad, por cuanto la disposición adicional décima LPAP, en su apartado 1, establece que su capital debe ser de titularidad pública. No obstante, su norma reguladora excluye expresamente la atribución de potestades administrativas. Sí, en cambio, atribuye al Ministro de Economía y Hacienda el conocimiento de las reclamaciones que puedan interponerse contra las resoluciones de esta entidad relativas a los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos que deba concluir en ejercicio de sus actividades. Su resolución es, a su vez, susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

otorgue una participación en el capital social de más del 10 por 100¹⁶. Sólo quedaban sometidas a este régimen aquellas sociedades que, además de reunir las características de participación estatal en su capital antes señaladas, se dedicasen a la prestación de servicios esenciales o servicios públicos, desarrollasen actividades sujetas por ley a un régimen administrativo de control específico o estuviesen total o parcialmente exentas de la libre competencia establecida en los términos del actual art. 86 TCE. Como resulta sabido, el régimen español, conocido en ciertos ámbitos como acción de oro (*golden share*), al igual que el de otros países de la Unión Europea, ha sido sometido a examen por parte del Tribunal de Justicia, el cual ha rechazado finalmente la compatibilidad de este régimen con el derecho comunitario en su Sentencia de 13 de mayo de 2003¹⁷ por no motivar las razones bajo las cuales podría imponerse el sistema de autorización previa. En efecto, si bien, en principio, un sistema de autorización podría ser compatible con el derecho comunitario, ha de respetar el principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, salvo excepciones, optar por una intervención *a posteriori* de la autoridad pública, y, en todo caso, el régimen escogido ha de «basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional».

En cumplimiento de esta Sentencia, España ha modificado la Ley 5/1995 por medio de una disposición adicional, la vigésima quinta, de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En virtud de la misma, la autorización previa se sustituye por un sistema de notificación obligatoria de los mismos acuerdos mencionados anteriormente, siempre que produzcan sus efectos en el mercado nacional o se refieran a activos ubicados en el territorio nacional. En el caso de la compraventa entre privados de participaciones sociales que impliquen disposición de al menos el 10 por 100 del capital, la misma quedará en suspenso en tanto no se manifieste por el órgano competente su no oposición, circunstancia ésta que aproxima el régimen vigente al de la antigua autorización. Quizá lo más relevante sea que el art. 5 recoge los criterios que han de inspirar la actuación del órgano competente el cual sólo podrá oponerse a la operación como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades desarrolladas por las empresas, con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas.

¹⁶ Acerca de esta cuestión véase J. J. Lavilla Rubira, «El control administrativo sobre las sociedades privatizadas», *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Reitorillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 349 y ss.

¹⁷ STJUE de 13 de mayo de 2003, Comisión c/ España, asunto C-463/00. Previamente ya se había pronunciado contra otros regímenes análogos en sendas Sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión c/ Portugal, asunto C-367/98, Comisión c/ Francia, asunto C-483/99, y Comisión c/ Bélgica, asunto C-503/99.

La existencia de riesgos significativos o efectos negativos se apreciará —art. 5.2— en función de los medios patrimoniales para atender los compromisos de prestación de servicio que les correspondan con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable, la transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda incorporarse la entidad como consecuencia de la operación y, en general, la existencia de dificultades para obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades. Cuando se trate de sectores de actividad sometidos a especiales potestades de ordenación y supervisión por los poderes públicos, los vínculos que, como consecuencia de la operación, puedan establecerse por la entidad en cuestión con otras personas físicas o jurídicas, impidiendo la ordenación y supervisión sobre los servicios que de acuerdo con la legislación aplicable esté obligada a prestar la entidad correspondiente. Asimismo, la posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de cualesquiera otras actividades desarrolladas por los adquirentes y, finalmente, el riesgo que la estructura financiera de la operación haga recaer sobre las actividades de la entidad sometida a regulación, y sobre los recursos obtenidos por dichas actividades, en especial cuando se trate de rentas de origen regulados que se transfieren a actividades distintas de aquellas que las originan.

Por su parte, para establecer si se garantiza la adecuada gestión y prestación de servicios por las empresas, se tendrá en cuenta la seguridad en la continuidad de la entrega de bienes o prestación de servicios de acuerdo con las obligaciones establecidas por la legislación aplicable, la seguridad del suministro o de la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado, a un precio asequible y de forma compatible con la protección del medioambiente y el desarrollo sostenible. En particular, la protección frente al riesgo de una inversión o del mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permita garantizar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios acordes con lo establecido en la legislación aplicable y, por último, la protección del interés general en el sector correspondiente afectado y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial. La ley se cierra con diversas disposiciones que concretan estas previsiones a varios de los grupos sociales anteriormente afectados, de hecho todos aquellos para los que el sistema de autorización previa seguía en vigor, durante períodos transitorios de distinta duración que, en ningún caso, van más allá del 8 de junio de 2007. Tales grupos son Repsol YPF, Telefónica, Endesa, Indra e Iberia¹⁸. En último término, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha terminado por admitir en buena medida este rescoldo de intervención pública en mercados regulados pero, eso sí, sometiénola a criterios objetivos y fácilmente evaluables no sólo por el órgano administrativo titular de la competencia, sino también, y quizá sobre todo, por el órgano jurisdiccional que conozca de los eventuales recursos interpuestos contra la resolución de aquél.

¹⁸ Quedan fuera la antigua Corporación Bancaria de España y Tabacalera, cuyos regímenes de autorización previa ya habían caducado —de hecho ambas entidades han protagonizado conocidas fusiones con el Banco de Bilbao Vizcaya y la tabacalera francesa Seita, respectivamente—.