

Intervención de Sociedades Públicas en la nueva gestión patrimonial de las Administraciones Públicas

Sumario: I. EL NUEVO MODELO DE GESTIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL.—
1.1. Crítica al modelo de gestión pública empresarial.—II. ¿HACIA UN PROCESO DE PRIVATIZACIÓN?—2.1. Ventajas e inconvenientes.—III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA REFORMA.—IV. ANÁLISIS DEL TÍTULO VII DE LA LEY DEL PATRIMONIO.—4.1. Aspectos esenciales de la reforma.—4.2. Ámbito de aplicación y régimen jurídico (análisis del art. 166).—4.2.1. Entidades públicas empresariales.—4.2.2. Entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus Organismos Públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones de mercado.—4.2.3. Las sociedades mercantiles estatales.—4.2.4. Sociedades de economía mixta.—4.2.5. Grupos de sociedades.—4.2.6. Sociedades mercantiles estatales del artículo 166.2.—4.3. Gestión estratégica del patrimonio público empresarial (estudio del art. 168 de la Ley 33/2003).—4.3.1. Reparto competencial: Consejo de Ministros-Ministerio de Hacienda-Ministerio de tutela.—4.3.2. Sociedades mercantiles estatales.—4.3.3. Sociedades mercantiles estatales del artículo 166.2.—4.3.4. Grupos de sociedades.—4.3.5. Entidades del artículo 166.1.a) y b).—4.4. Competencias de gestión patrimonial.—4.5. Novedades del régimen de gestión patrimonial.—4.5.1. Sociedades mercantiles de capital íntegro estatal.—4.5.2. Sociedades gestoras del patrimonio.—4.6. Título que habilita a las sociedades públicas para actuar.—4.7. Sistemas especiales de gestión.—V. CONCLUSIONES.

I. EL NUEVO MODELO DE GESTIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL

La intervención de Sociedades Públicas y de economía mixta y, en general, del sector público empresarial español en la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas constituye uno de los aspectos más relevantes y controvertidos en el proceso de elaboración de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas.

★ Letrado de la Comunidad de Madrid.

El debate de totalidad de iniciativas legislativas¹, celebrado en el Congreso de los Diputados el 12 de junio de 2003, refleja la contraposición entre distintos modelos de reconducción del sector público empresarial. Esta contraposición se manifestará en la presentación de dos enmiendas del Proyecto a la totalidad de devolución.

En la presentación del Proyecto de Ley, el Ministro de Hacienda fundamenta la iniciativa legislativa del Gobierno en la necesidad de obtener una mayor cohesión y movilidad en la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas. El Proyecto recoge, actualiza y armoniza una legislación patrimonial que ya había experimentado un proceso de renovación normativa, sobre todo a partir de 1996, y que ahora se pretendía concluir estableciendo un uso más racionalizado del patrimonio del Estado, una mejora de la eficacia en la administración patrimonial y un nuevo marco de cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones Públicas que agilice la constante interacción que se produce en el campo de las operaciones patrimoniales.

Inmerso en este afán modernizador, la reordenación del patrimonio público empresarial constituye uno de los principales objetivos del presente Proyecto. El Ministro objetiviza las causas de la actualización en este campo y atiende, entre otros, a factores puramente cuantitativos, como es el crecimiento del sector público empresarial, lo que aconseja un replanteamiento general de la situación, dirigido a mejorar la eficiencia en la gestión del patrimonio del Estado.

Esta mejora en la gestión se vincula al principio de coordinación de las diversas operaciones patrimoniales de los distintos organismos y entidades en conexión con el desarrollo de políticas públicas relevantes en cada caso.

Se pretende, de esta manera, delimitar la política patrimonial como una parte relevante de la política económica y huir de la concepción estática que la anterior regulación otorgaba a la gestión pública del patrimonio.

Aspecto esencial, en opinión del Ministro, en la configuración de este nuevo régimen patrimonial será la regulación del patrimonio público empresarial. La nueva regulación persigue como objetivo implicar a todas las unidades económicas vinculadas a la Administración General del Estado susceptibles de ser consideradas empresas y lo consigue creando un nuevo esquema de relaciones entre el Ministerio de Hacienda y los propios agentes públicos y privados implicados, en los términos que analizaremos a continuación.

En definitiva, se configura un modelo de gestión patrimonial pública que pretende agilizar y actualizar las prácticas, hasta ahora utilizadas, y en el que la intervención de las Sociedades Públicas, sociedades de economía mixta y demás agentes públicos contribuyan al desarrollo de una política económica activa dirigida a la consecución del crecimiento económico en

¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, Sesión Plenaria número 249, celebrada el 12 de junio de 2003.

el marco de los principios de estabilidad presupuestaria y de mejora del sistema financiero, principales objetivos del Ministerio de Hacienda.

1.1. Crítica al modelo de gestión pública empresarial

Un criterio muy distinto al expresado por el Ministro de Hacienda fue el expuesto por el representante del Grupo Parlamentario Mixto, que presentó una enmienda de totalidad con devolución del Proyecto legislativo, argumentando que la actual iniciativa es el resultado de una serie de modificaciones parciales que se han ido tomando en función de una concepción del patrimonio público y de una línea de actuación económica que favorecen el cambio de rumbo por parte de las Administraciones en cuanto a la política de intervención en la economía.

Contrasta el parlamentario el sistema de gestión patrimonial existente hasta 1990 con el actual. Hasta 1990 la intervención del Estado se plasmaba en muy diversos sectores de la economía gestionados por empresas nacionales². A partir de esta fecha, señala el Portavoz del Grupo Mixto, se inicia la liquidación del patrimonio público empresarial, convirtiéndose el actual texto legal en el referente para llevar a cabo esa política de adelgazamiento del Estado que, además, se efectúa sin ningún control público.

Crítica que el Gobierno, a través del presente Proyecto y en concreto a través de la regulación del Título VII, excluya el control público que pudiera realizarse a través de las Cortes, en especial, en el proceso de enajenación de participaciones empresariales dirigidas a la privatización de los instrumentos públicos encargados de gestionar la política productiva del Estado.

Considera que el texto legal está excluyendo a las Comunidades Autónomas de su participación en la planificación de la política patrimonial en el sector empresarial y, en definitiva, solicita la remisión del Proyecto manifestando que la iniciativa legislativa termina siendo un instrumento político de traslación de los recursos públicos al servicio de los intereses privados, olvidando los intereses del conjunto de la sociedad.

Por otro lado, y en términos más políticos que estrictamente técnicos, el Ponente del Grupo Parlamentario Socialista en este debate presenta enmienda de totalidad con devolución al Proyecto legislativo. El Ponente se opone a la iniciativa argumentando, en síntesis, la tendencia del Gobierno a utilizar estrategias políticas propias del modelo neoliberal que, a su parecer, son equivocadas y difieren totalmente de las perseguidas por su formación política que son las propugnadas por las teorías socialdemócratas dirigidas a la construcción del Estado del Bienestar.

El Ponente considera que el Proyecto queda vacío de contenido al acometer la regulación del régimen de SEGIPSA (sociedad mercantil estatal).

² El representante del Grupo Parlamentario Mixto cita muy diversas empresas de los diferentes sectores de la economía en los que la participación del Estado ha sido relevante: ENAGAS, ENDESA, Tabacalera, Iberia, etc.

El establecimiento de un régimen jurídico de una sociedad mercantil que pueda realizar todas las operaciones patrimoniales que el Estado tenga a bien encomendar deja fuera del control público muchas operaciones que antes quedaban residenciadas en el ámbito de la Administración Pública.

El Portavoz entiende que el objetivo del Gobierno con este Proyecto es realizar una política de enajenación del patrimonio público «... para conseguir el déficit cero y de esa manera reducir de forma drástica los servicios públicos que el Estado presta a la ciudadanía»³.

II. ¿HACIA UN PROCESO DE PRIVATIZACIÓN?

El conflicto político generado por la actual configuración de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas plantea la duda sobre cuál es el proceso iniciado por el Estado y que, en definitiva, persigue.

La crítica parlamentaria sobre la privatización de lo público pasa necesariamente por determinar el papel que cumplen las «Sociedades Públicas» en la nueva regulación patrimonial. Como señalábamos con anterioridad, el Ministro, en la presentación del Proyecto de Ley, nos habla de la necesidad de reorganizar el sector público empresarial con el objetivo de dotarle de una mayor agilidad y flexibilidad en su actuación.

El método que utilizará será el de privatizar determinadas actividades propias del sector industrial del Estado, tradicionalmente reservado al ámbito de la empresa nacional.

Todo ello con la finalidad de controlar, de una forma más directa, aquellos sectores en los que, por razones estratégicas de mercado o por decisiones políticas, convenga intervenir, dejando, por el contrario, en manos privadas la gestión de otras empresas públicas que antes estaban totalmente controladas por la Administración del Estado y ahora no requieren una intervención tan inmediata o por el hecho de que esa intervención no es adecuada económicamente a los intereses del Estado.

Esta última actuación se llevará a cabo mediante la incorporación de participaciones accionariales a aquellas sociedades mercantiles estatales que tienen como principal función la de gestionar el patrimonio accionarial que se le encomienda, pudiendo, si así se le obliga, proceder a la venta de acciones al sector privado respecto a empresas públicas antes dominadas totalmente por el Estado.

Todas estas conclusiones confluyen en la nueva Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y, en concreto, en el diseño de su Título VII, dedicado al patrimonio público empresarial, generando, cuanto menos, la duda doctrinal sobre el modelo de actuación que está empleado el Estado.

Surgiendo dos posturas:

³ Intervención del Diputado Sánchez Garrido, en representación del Grupo Parlamentario Socialista, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, Sesión Plenaria número 249.

- 1.^a Entender que la nueva regulación coadyuva al proceso de «huida del Derecho administrativo». Es decir, el simple sometimiento al Derecho privado de entidades jurídico-públicas anteriormente vinculadas o regladas por el Derecho público.
- 2.^a Considerar, por el contrario, que nos encontramos con el establecimiento de un proceso de «huida al Derecho privado», mediante el traslado de la gestión de los servicios públicos de manos públicas con personificación jurídico-privada a personas jurídico-privadas que actúan con estrategias de mercado y que conocen o dominan las técnicas de la competencia.

2.1. Ventajas e inconvenientes

La actuación de la empresa privada puede, en determinados sectores, favorecer al sector público mediante el aumento de la inversión privada en sectores públicos desincentivados, así como la posible reducción del déficit público al disminuir la carga económica que la prestación de ciertos servicios públicos mal gestionados, por el desconocimiento del mercado o simplemente por la adopción de una política de tinte absolutamente intervencionista o monopolística, puedan provocar en su gestión, y permite, a la vez, emplear los recursos mal gestionados en otras obras de carácter social.

Ahora bien, todo este proceso de privatización no tiene por qué escapar de una manera definitiva al control público. En muchas ocasiones la propia naturaleza de los bienes objeto de intervención evidenciará la imposibilidad de su traspaso al sector privado.

A este respecto señala Gómez de Mercado⁴ que el carácter demanial de las infraestructuras como carreteras, autopistas, vías férreas o aeropuertos provocaría un inevitable proceso de desafectación para su posterior enajenación que ocasionaría importantes problemas teóricos y prácticos.

Sin embargo, para que el proceso de privatización tenga efectividad no tiene que transcurrir necesariamente por el traspaso de la titularidad de dichas infraestructuras, sino que puede limitarse perfectamente a su gestión.

Esta solución permitiría a la Administración no abandonar su carácter garantizador respecto a la prestación del servicio público y, por otro lado, haría rentable una actividad que podrá desenvolverse mejor en la economía de mercado, sujeto a la libertad de competencia.

No obstante, esta finalidad no se alcanzará enajenando, exclusivamente, participaciones sociales de Sociedades Públicas a la empresa privada y permitiendo a ésta ejercer el control sobre la actividad que constituía su objeto social. Será preciso que la garantía del interés público quede preservada sometiendo dichas enajenaciones a un régimen de autorización administrativa que permita controlar la intervención de un nuevo sujeto privado

⁴ «La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales», *Boletín Aranzadi Administrativo* (BAA), núm. 19/2000, Aranzadi.

en el desarrollo de una actividad que hasta entonces era esencialmente pública.

Ésta ha sido la fórmula empleada en la Ley de Enajenación de Participaciones Sociales en Empresas Públicas. Que, sin embargo, ha sido criticado por las autoridades europeas que ven con malos ojos que el Estado enajene participaciones sociales pero siga estableciendo controles muy estrictos sobre dichas empresas convirtiéndose, en definitiva, mediante el mantenimiento de las denominadas *Golden Share* (acción de oro) o *actione spécifique* (Francia), en monopolios bajo control estatal.

En conclusión, la regulación del Título VII va a suponer un paso más no en la consecución, a toda costa, de un proceso de privatización o dejación en manos privadas de lo público, tan criticado por la doctrina, sino más bien en un intento de racionalización y estructuración de un sector de vigente actualidad y en el que el Estado ha ocupado un puesto esencial en el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA REFORMA

Ahora bien, la intención del legislador no es realizar un cambio de un gestor público a otro privado que pueda evadir controles administrativos, sino buscar una eficiente utilización de los recursos públicos.

En este sentido, los antecedentes legislativos explican el proceso de dinamización del sector público empresarial cuyas bases ya estableció el Gobierno en 1996⁵, pero que sin duda habían comenzado mucho antes.

En efecto, y sin perjuicio del proceso de intervención en la economía iniciado a partir de los años ochenta, se advirtió la necesidad de reordenar el creciente intervencionismo estatal en la economía en el que la actuación de las Sociedades Públicas no se ajustaba a las líneas de mercado, bien porque se optaba por una posición cuasi monopolística, bien porque la propia intervención de los demás competidores dejaba a un lado la eficacia de la gestión desempeñada por el Estado.

Esta situación provocó la necesidad de racionalizar el sector público sobre todo, cuando la intervención estatal en el sector de referencia únicamente pretendía garantizar suficientemente un interés público.

Por ello el Gobierno se planteó la redefinición de la dimensión del sector público, así como su presencia pública en empresas. El procedimiento para llevar a cabo esta reestructuración del sector público sería establecer un régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, objetivo que cumplió la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y su posterior Reglamento de Desarrollo, aprobado por Real Decreto de 15 de septiembre de ese mismo año, y que ha experimentado sucesivas modificaciones en la Leyes de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social⁶.

⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del proceso de modernización del sector público empresarial.

⁶ La última modificación se ha producido en la Ley 62/2003, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

De esta manera, el Estado inició un proceso de privatización de determinadas entidades, pero, a la vez, estableció límites y controles con el objetivo de salvaguardar el interés público que originariamente había motivado su participación mayoritaria o de control sobre dichas sociedades mercantiles.

El siguiente paso que va a dar el Gobierno en este proceso de racionalización y modernización va a estar constituido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social.

Esta Ley, con el objetivo de potenciar la competitividad en la economía española y de agilizar y flexibilizar el proceso de privatización de determinadas sociedades estatales, va a introducir ciertas modificaciones en el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado dirigidas principalmente a modernizar el proceso de enajenación de las participaciones accionariales de las sociedades mercantiles, titularidad del Estado e incluir la posibilidad de aportar o transmitir dichas acciones a sociedades estatales cuyo objeto social sea precisamente la tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones en entidades mercantiles (como es el caso de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, SEPI) o incluso establecer convenios de gestión con dichas entidades de cara a que proceda a la enajenación de dichos títulos valores.

Igualmente el Estado utilizará los medios instrumentales a su disposición para garantizar la adecuada gestión de su parque inmobiliario. Para ello establecerá el régimen jurídico de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (en adelante SEGIPSA). Esta Entidad tendrá la consideración de medio instrumental y servicio técnico de la Administración, siendo su objeto social el de realizar los trabajos que le encomiende el sector público estatal en relación con la gestión inmobiliaria del patrimonio público.

Su actuación, que analizaremos más adelante, permitirá abrir una vía a las entidades públicas y demás Organismos Públicos al objeto de conseguir una utilización racional del patrimonio inmobiliario, todo ello de acuerdo con la política estratégica dictada por el Consejo de Ministros.

En último lugar, la Ley 7/2001, de 14 de mayo, recogerá el principio de unidad de titularidad y gestión en torno a la SEPI, que, tal y como señala la Exposición de Motivos, tiende a configurarse «... como accionista único, carente de apoyo presupuestario», quedando llamado a «comportarse como un inversor privado en la administración de participaciones industriales ya fueran rentables o deficitarias».

El objetivo final será el de mejorar la intervención empresarial del Estado en la economía, mediante el abandono por parte del Estado de la titularidad de empresas que actúan en mercados abiertos y competitivos que no requieren, realmente, la presencia de un operador público.

Sin perjuicio de ello, la especialización de la SEPI en la gestión empresarial reestructura las relaciones y esquemas que, aun habiendo sido llevados con eficacia por las sociedades del Grupo Patrimonio, ahora requieren una mayor adaptabilidad al régimen europeo de liberalizaciones y que puede prestar, en consecuencia, de una forma más útil la SEPI.

Por ello, el precepto introducido en la Ley de Patrimonio del Estado permitirá una reordenación del sector público empresarial mediante las sucesivas incorporaciones o transmisiones de capital de sociedades de titularidad de la Administración General del Estado a la SEPI o de ésta a aquélla, así como establecer el régimen de esta reordenación.

Sentados, por tanto, los precedentes, llegamos a la actual Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que, en su Título VII, va a actualizar, armonizar y completar, en la medida necesaria, todo este devenir legislativo dirigido a la configuración del sector público empresarial y a la gestión de su patrimonio empresarial.

IV. ANÁLISIS DEL TÍTULO VII DE LA LEY DEL PATRIMONIO

4.1. Aspectos esenciales de la reforma

La nueva Ley de Patrimonio aborda el régimen patrimonial empresarial del Estado con una neta vocación de universalidad. Podemos distinguir tres aspectos esenciales que aporta la reforma:

- 1.º Presentación de un extenso campo de aplicación de las disposiciones aplicables en la materia y que se extiende tanto a sujetos de Derecho público como agentes privados.
- 2.º Diseño de un nuevo esquema de relaciones entre el Ministerio de Hacienda y dichas entidades con el objetivo de rediseñar el sector público empresarial.
- 3.º Otorgamiento de un régimen especial para las sociedades mercantiles del artículo 166.2 de la Ley en aras a garantizar su adecuado funcionamiento.

4.2. **Ámbito de aplicación y régimen jurídico (análisis del art. 166)**

El artículo 166 de la Ley 33/2003, que inicia su Título VII, contiene el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en el mismo.

El legislador ha optado por incluir un ámbito de aplicación referido a la titularidad del patrimonio accionario y por ello vincula su clasificación al concepto de «unidades económicas» que sean susceptibles de ser consideradas empresas.

El redactor de la Ley quiere incluir en este artículo a todas aquellas entidades que actúan en el tráfico jurídico-privado realizando actividades empresariales en el marco de una economía de mercado. Por ello su clasificación abarca no sólo a aquellas formas de personificación netamente instrumental como son las sociedades mercantiles estatales o aquellas que puedan ser partícipes de capital social en una porción minoritaria, pero dependiendo de un socio estatal que actúa como sociedad dominante, sino también a

las entidades públicas empresariales del Capítulo III del Título III de la LOFAGE y a las entidades de Derecho público que obtengan al menos en un 50 por 100 sus ingresos derivados de operaciones de mercado.

El concepto de unidad económica de mercado adquiere aquí toda su relevancia, pues la política de reordenación del sector público empresarial exige incluir todas aquellas entidades que actúen en el sector empresarial y puedan quedar sometidas por razón de su actividad a las líneas estratégicas que diseñe el Consejo de Ministros.

4.2.1. *Entidades públicas empresariales*

El apartado primero del artículo 166 menciona a las entidades públicas empresariales a que se refiere el Capítulo III del Título III de la LOFAGE.

Estas entidades se integran dentro del concepto de Organismos Públicos dependientes o vinculadas a la Administración General de Estado. Realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, y aun cuando su régimen general de actuación está sometido al Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53 LOFAGE).

Respecto a su régimen patrimonial se someterán a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en lo que ésta no prevea a las normas de Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público, en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes. En materia de contratación se aplicará el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4.2.2. *Entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus Organismos Públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones de mercado*

Estas Entidades de Derecho público se incluyen por razón de su actividad de mercado o empresarial de tal entidad que permite configurarla como un partícipe más del sector público empresarial.

Esta circunstancia se justifica aún más si tenemos en cuenta que los grupos de sociedades o de unidades de decisión económica ya no integran exclusivamente a las sociedades mercantiles, sino que se pueden configurar grupos de entes públicos empresariales en los que se reconozca la participación de otras entidades vinculadas a los mismos.

4.2.3. *Las sociedades mercantiles estatales*

La Ley califica a este tipo de sociedades como aquellas en las que la participación directa o indirecta, en su capital social, de las entidades que integran el sector público estatal según la nueva Ley General Presupuestaria⁷ sea superior al 50 por 100.

Es decir, exige la existencia de una posición de control o mayoritaria derivada, en este caso, de la titularidad del accionariado de la sociedad.

Lógicamente, esa mayoría del capital social permitirá la designación de un número de Consejeros por la Administración que vinculará directamente las decisiones de la entidad a los mandatos de las entidades integrantes del sector público estatal y, en definitiva, a las directrices que el Consejo de Ministros o éste a través del Ministro de Hacienda imparta a sus órganos de gobierno.

Para alcanzar dicha posición mayoritaria y poder ostentar dicha naturaleza de sociedades mercantiles estatales se podrá requerir la suma de 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.

La nueva Ley sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas ha mantenido el concepto que introdujo la LOFAGE en su Disposición Adicional duodécima, si bien ha añadido un segundo párrafo a la misma para integrar el régimen especial de aquellas sociedades mercantiles, con forma de sociedad anónima, cuyo capital pertenece íntegramente a la Administración, como veremos más adelante.

Ahora bien, la utilización de la forma mercantil de personificación no evita la existencia de una realidad subyacente. Así, desde un punto de vista externo o *ad extra*, la entidad mercantil mantendrá sus relaciones con terceros

⁷ La Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria, dispone en su artículo 2:

«Sector público estatal:

1. 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 dependientes de ella.
 - d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas 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 propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL, 1992, 2512, 2775, y RCL, 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL, 1985, 799, 1372; ApNDL 205), 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 de un órgano del Estado».

en régimen de Derecho privado, pero internamente tal sociedad se configurará como una pertenencia de la Administración en la que aparece como socio mayoritario o exclusivo de la misma. De esta realidad interna surge una capacidad pasiva de Derecho público de la sociedad para el desarrollo de sus funciones, como si fueran propias del ente matriz, aunque se ejecuten a través de su capacidad ordinaria del Derecho privado.

4.2.4. *Sociedades de economía mixta*

Podemos definir las sociedades de economía mixta como las diferentes formas societarias de carácter mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenece a la Administración y cuya finalidad principal, pero no exclusiva, es la gestión de servicios públicos.

Las principales ventajas que incorpora esta gestión mixta en forma societaria son su capacidad integradora, permitiendo el concurso de capitales privados y públicos y, por tanto, su colaboración permanente en la consecución de esas finalidades generales, y, por otro lado, su propia configuración jurídica como entidad mercantil que conlleva a la aplicación de técnicas empresariales a la gestión de servicios públicos.

Sin embargo, el concepto de sociedad de economía mixta como aquella en que participan capital público y privado no se puede delimitar únicamente como un modo de gestión indirecta de un servicio público, tal y como lo configura la regulación local.

También se puede caracterizar como una sociedad mixta de carácter puramente industrial o comercial, que son las sociedades de mercado a través de las cuales las Entidades Locales pueden perseguir simplemente una determinada utilidad pública de naturaleza económica.

En este caso el papel de la Administración quedará limitado a la defensa de sus intereses patrimoniales desde su posición de socio, desprovisto de cualquier tipo de potestades administrativas y utilizando sólo su capacidad como persona jurídico-privada.

En el ámbito autonómico su configuración ha variado en las distintas legislaciones patrimoniales. Así, en la Comunidad de Madrid, la Ley 3/2001, de 21 de junio, y en la Comunidad Valenciana, la Ley 14/2003, de 10 abril, vinculan el concepto de empresa pública no sólo a la mercantilidad de la fórmula societaria, sino también al carácter mayoritario de la participación de la Administración, quedando excluida la participación minoritaria de la Comunidad de una legislación especial salvo la que se derive de la aplicación de la Ley de Patrimonio con motivo de la adquisición de acciones de cualquier empresa.

La legislación autonómica catalana, Ley 9/1997, de 23 de junio, en la que se utiliza, sin embargo, la denominación empresas vinculadas para referirse a aquellas sociedades civiles o mercantiles que son gestoras de servicios públicos de los que es titular la Generalidad o las que han suscrito convenios con la misma y en las que ésta tiene la facultad de designar todo o parte

de los órganos de dirección o participa directa o indirectamente en las mismas, como mínimo en el 5 por 100 del capital social.

Ahora bien, esta circunstancia no impide la existencia de un control efectivo del interés público perseguido por la Administración al intervenir en la gestión y organización de una sociedad en manos privadas.

Se persigue la finalidad de que la Administración someta la organización a determinados controles de carácter económico-financiero propios de las empresas públicas.

4.2.5. Grupos de sociedades

El artículo 166 de la Ley 33/2003, en su apartado *d*), incluye las sociedades mercantiles que sin tener el carácter de sociedades mercantiles estatales se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos.

Se caracterizan por el dato de que una o más sociedades se someten a la dirección unitaria de una sociedad matriz o dominante, formando *de facto* una unidad que, sin embargo, carece como tal de personalidad jurídica y capacidad propias. Ello no obsta a que cada una de las sociedades que lo conforman conserve su propia personalidad jurídica.

Su regulación aparece igualmente en el artículo 42.1 del Código de Comercio, cuyos apartados 1.º y 2.º han sido modificados por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, con el objeto de adaptar su concepto al que daba la Ley del Mercado de Valores en su artículo 4, y que consideraba como entidades pertenecientes a un mismo grupo aquellas que «... constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar a las demás».

Este control se presumirá cuando la sociedad dominante se encuentre respecto a las otras en alguna de las siguientes circunstancias:

- Poseer la mayoría de votos.
- Tener la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos con los otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración.

4.2.6. Sociedades mercantiles estatales del artículo 166.2

Son sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos Públicos.

Se regirán por el presente título y 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.

4.3. Gestión estratégica del patrimonio público empresarial (estudio del art. 168 de la Ley 33/2003)

El Consejo de Ministros, dentro del Plan de modernización del sector público empresarial del Estado y en coherencia con los principios de estabilidad presupuestaria y de política económica, va a actuar en esta materia por dos vías:

- 1.º Estableciendo las directrices y estrategias de gestión del sector público empresarial.
- 2.º Reestructurando dicho sector en función de dichos planes o estrategias.

Para el cumplimiento de este objetivo y como instrumento de modernización de las empresas públicas se introdujo, a través del Decreto-ley 15/1997, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (en adelante SEPI).

Esta Entidad interviene como Administrador de las participaciones accionariales y en la actualidad agrupa a la práctica totalidad de las empresas públicas españolas que producen bienes y servicios en el mercado. Actúa como un verdadero inversor privado, ya que no recibe aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado y sujeta sus actividades al ordenamiento jurídico-privado, teniendo autonomía financiera.

La SEPI y su grupo de empresas están sometidos al control de la Intervención General del Estado y al Tribunal de Cuentas, así como al control parlamentario y a los órganos de control de la Unión Europea.

El nuevo artículo 168 de la Ley 33/2003 está dedicado a la reestructuración del sector público empresarial. Su redacción proviene de la Ley 7/2001, de 14 de mayo, que introdujo el artículo 104 bis en la Ley de Patrimonio del Estado y busca dos finalidades:

- 1.^a La racionalización del sector público permitiendo la incorporación de empresas del Grupo Patrimonio a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales con el objetivo de mejorar su productividad y eficacia en un mercado altamente competitivo, sujetos a las exigencias de la convergencia europea.
- 2.^a Dejar abierta la vía al Gobierno para que pueda proceder a la toma de decisiones de reordenación y reestructuración de los grupos societarios públicos dependientes de la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos, con independencia del Ministerio al que estén adscritos, atendiendo a circunstancias de contenido económico o de otro tipo.

El actual artículo 168 reproduce el contenido de dicho artículo 104 bis y, a su vez, lo amplía al incluir una concepción mucho más globalizadora de los diferentes sujetos que pueden quedar vinculados a las directrices del Gobierno en su labor de reestructuración del sector público empresarial.

Esta nueva redacción está basada en una concepción unitaria del patrimonio público empresarial como conjunto de participaciones accionariales de las entidades que integran el sector público estatal. Quedando sujetas sea o no titular directo la Administración General del Estado a las directrices del Consejo de Ministros, para llevar a cabo el Plan de modernización ya comentado y permitiendo una total disponibilidad de las participaciones de dichas entidades con el objetivo de racionalizar su participación en la iniciativa pública económica.

4.3.1. *Reparto competencial: Consejo de Ministros-Ministerio de Hacienda-Ministerio de tutela*

Como apuntamos al inicio de la exposición del estudio de este Título VII, una de las novedades que introduce la Ley va a ser la instrumentación de un reparto competencial más pormenorizado de las atribuciones que pueden ser ejercitadas con relación al sector público empresarial. Para un mejor entendimiento de este reparto seguiremos, de una manera esquemática, el análisis de cada una de las entidades a las que resulta de aplicación este Título, en función de las competencias que sobre ella ejercen los distintos Órganos:

4.3.2. *Sociedades mercantiles estatales*

Consejo de Ministros

Le corresponden las siguientes funciones:

Adopción de decisiones que influyan en la vida societaria de aquellas sociedades mercantiles estatales (creación, transformación, fusión, extinción), realizando para ello los actos y negocios precisos.

Ministerio de Hacienda

Dará las instrucciones a los representantes, en las Juntas Generales de las sociedades, de las acciones de titularidad de la Administración General del Estado (en adelante AGE) y sus Organismos Públicos sobre:

- Aplicación de reservas disponibles.
- Aplicación del resultado del ejercicio de las citadas sociedades.

4.3.3. Sociedades mercantiles estatales del artículo 166.2

Consejo de Ministros

- Designar o modificar el Ministerio de tutela de estas sociedades.
- Autorizar y modificar su objeto social.
- Autorizar los actos de adquisición o enajenación que generen este tipo de sociedades.

Ministerio de Hacienda

- Fijación de criterios para la gestión de sus bienes y derechos, de acuerdo con las políticas sectoriales de Ministerio de tutela.
- Propuesta al Consejo de Ministros de las autorizaciones para realizar los actos mencionados.

4.3.4. Grupos de sociedades

Consejo de Ministros

Autorizar actos de adquisición o enajenación de acciones que supongan asunción o pérdida de la posición de control.

Ministerio de Hacienda

Dar las instrucciones a los representantes en la Junta General, en los mismos términos que los previstos para las sociedades mercantiles estatales, de las acciones de titularidad de la AGE y sus Organismos Públicos sobre:

- Aplicación de reservas disponibles.
- Aplicación del resultado del ejercicio de las citadas sociedades.

4.3.5. Entidades del artículo 166.1.a) y b)

Ministerio de Hacienda

Ejercer la representación de los intereses económicos de la Administración General del Estado en dichas entidades para su adecuación a las estrategias del sector.

4.4. Competencias de gestión patrimonial

Consejo de Ministros

- Autorizar actos de adquisición por compra o enajenación de acciones por importe superior a diez millones de euros.
- Autorizar operaciones de adquisición o enajenación de acciones que conlleven operaciones de saneamiento por importe superior a diez millones de euros.

- Autorizar suscripción de acuerdos, como el de sindicación de acciones, para adopción de políticas comunes con otros accionistas.
- Autorizar reasignaciones de patrimonio inmobiliario susceptible de uso administrativo en contrapartida a disposición de fondos propios.

Ministerio de Hacienda

- Adquisición o suscripción de títulos representativos de capital de sociedades mercantiles, previa autorización del Consejo de Ministros cuando proceda.
- Actos de constitución o disolución en los supuestos de los apartados 1, 3, 6 y 7 del artículo 260 de la LSA.
- Ejercicio de derechos que corresponden a la AGE como partícipe directa de empresas mercantiles.
- Custodia de los títulos o resguardos de depósito.
- Enajenación de títulos representativos de capital de sociedades mercantiles, previa autorización del Consejo de Ministros cuando proceda.

Dirección General de Patrimonio del Estado

- Tenencia y administración de acciones en sociedades mercantiles en que participe la AGE.
- Formalización de negocios de adquisición y enajenación de acciones.
- Propuestas de actuación sobre los fondos propios de las entidades públicas.

Intervención General de la Administración del Estado

- Ejercer el control financiero sobre las Entidades integradas en el sector público empresarial.

Directores o Presidentes de Organismos Públicos

- Adquisición o suscripción de títulos representativos de capital de sociedades mercantiles, previa autorización del Consejo de Ministros cuando proceda.
- Enajenación de títulos representativos de capital de sociedades mercantiles, previa autorización del Consejo de Ministros cuando proceda.

4.5. Novedades del régimen de gestión patrimonial

El legislador, después de diseñar el esquema de distribución de competencias entre todos los intervinientes, así como el régimen de reestructuración del sector público empresarial, establece el régimen de gestión patrimonial propio de este tipo de patrimonio.

En este ámbito, el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado ha ido adaptando su articulado con sucesivas reformas, como han sido:

- Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- Ley 7/2001, de 14 de mayo, de modificación de la Ley de Patrimonio del Estado

Frente a estas modificaciones, la Ley 33/2003 incorpora una regulación más pormenorizada y extensa en la que trata de delimitar los diferentes supuestos que, en la práctica, pueden surgir en los procedimientos derivados de las operaciones de negociación con títulos valores.

Por otra parte, el nuevo esquema de distribución de competencias a que hacíamos referencia anteriormente pone de manifiesto importantes cambios respecto a la regulación anterior (Texto Articulado de la Ley de Bases de Patrimonio del Estado de 15 abril de 1964).

Realizando un análisis comparativo (que se puede advertir en las hojas que adjunto a esta Ponencia) de la legislación derogada y la vigente podemos advertir:

- a) Como el régimen de atribución de competencias, en las operaciones de adquisición y enajenación de acciones de las que sean partícipes la Administración General del Estado, así como en la constitución de sociedades mercantiles estatales, salvo las del artículo 166.2 y disolución, se ha producido un traslado de las competencias del Consejo de Ministros al Ministerio de Hacienda, a través de su titular, para adoptar los acuerdos pertinentes, y todo ello sin perjuicio de aquellos actos de éste que requieran autorización del Consejo de Ministros, ya sea por su especial trascendencia, ya por razón de la cuantía de la operación.
- b) Igualmente, y con el objetivo de agilizar las operaciones habituales de mercado, se ha regulado el supuesto de enajenación de acciones que por su importe no constituyan auténtica inversión patrimonial, disponiendo que sea la Dirección General del Patrimonio del Estado la que proceda a su enajenación mediante encargo a un intermediario financiero, excluyendo así la intervención del Ministro de Hacienda que recogía la regulación anterior.
- c) Resulta importante destacar la autonomía de gestión que se otorga a los Organismos Públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella para que a través de sus Presidentes y Directores puedan proceder a la adquisición por compra o suscripción, así como a la enajenación de acciones, salvo en aquellos casos que prescriba el artículo 169 requieran autorización del Consejo de Ministros. (La autonomía de estos Organismos proviene de su consideración de titulares de patrimonio propio, de sus leyes de creación y de la posible regulación en cuanto a bienes y derechos existentes en la propia Ley.)
- d) En cuanto al régimen de administración y custodia de títulos y acciones no ha habido variación respecto a la regulación anterior que residenciaba la competencia en el Ministerio de Hacienda.

- e) En el ámbito del procedimiento, podemos destacar importantes modificaciones respecto al régimen anterior, incluso aun después de la modificación efectuada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Así, se regula de forma más pormenorizada el procedimiento de enajenación de acciones. Se establece un supuesto especial, referido tanto a la adquisición como a la enajenación, que es el referido a aquellos casos en que los Servicios Técnicos de la Dirección General de Patrimonio del Estado o de los Organismos Públicos estimaran que el volumen de negociación habitual de los títulos no garantiza la adecuada formación de un precio de mercado, supuesto en el que podrán proponer la adquisición o enajenación por otro método legalmente admisible.

En este caso y en aquellos en que las acciones no coticen en mercados secundarios se podrá proceder mediante concurso o subasta.

Se regulan igualmente los supuestos de adjudicación directa, que serán los siguientes:

- Existencia de limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones.
- Que el adquirente sea una persona jurídica del sector público.
- Que la subasta quede desierta o fallida por causa imputable al adjudicatario.
- En caso de venta de acciones a la propia sociedad (art. 75 LSA).

4.5.1. *Sociedades mercantiles de capital íntegro estatal*

El legislador ha querido otorgar un régimen especial a este tipo de sociedades mercantiles estatales en las que la titularidad íntegra de su capital social corresponda a la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos.

Esta especial vinculación genera en ellas una neta vocación de instrumentalidad. Por ello se exceptúan en determinados aspectos del régimen establecido para las sociedades anónimas en su regulación de referencia⁸.

En cuanto a su régimen podemos destacar ciertos aspectos:

Pieza clave en su articulación es la designación por el Consejo de Ministros del Ministerio de tutela, que será aquel con el que mantenga la sociedad mercantil una relación específica en función del objeto social de ésta y las competencias propias de aquél. Si esa designación no se llevase a efecto, el Ministerio de Hacienda se situará en su lugar.

Su posición instrumental se manifestará en muy diversos aspectos de sus relaciones, como las de control funcional o de eficacia, líneas de actuación estratégica, etc.

⁸ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Ministro de tutela, excepcionalmente, podrá dar instrucciones, debidamente justificadas, a dichas sociedades, cuando considere su ejecución de interés público (art. 178).

En este supuesto, la actuación de los Administradores, que deberá ser siempre diligente, no dará lugar a responsabilidad si de dichas actuaciones se derivasen consecuencias lesivas (art. 179).

Partiendo del esquema previsto en la legislación societaria⁹ en materia de responsabilidad, la actuación del Administrador o Administradores prevista en el artículo 179 quedaría definida de la siguiente manera:

En primer lugar, el régimen especial de responsabilidad exigible al Administrador será el que derive de actos llevados a cabo en cumplimiento de las instrucciones recibidas por el Ministerio de tutela en supuestos excepcionales y cuando considerase su ejecución de interés público.

Dentro de este ámbito de actuación, el artículo 179 exige o presupone que el Administrador actuará diligentemente en el ejercicio de su función y si se derivasen consecuencias lesivas de sus actos quedará exonerado de responsabilidad.

Diversas consecuencias se pueden obtener de este artículo:

En primer lugar, el legislador no ha querido eximir a los Administradores de las sociedades mercantiles del artículo 166.2 de toda responsabilidad por la realización de las funciones propias de su cargo, sino que ha delimitado esta responsabilidad a supuestos tasados.

En segundo lugar, al Administrador se le exige, como al resto de Administradores de sociedades anónimas, que actúe diligentemente en el desempeño de su cargo. Como hemos expuesto anteriormente, recaerá sobre él la prueba de no haber actuado con culpa.

Los actos lesivos que se produzcan tendrán un responsable directo, que será el Ministerio de tutela que hubiera dado las instrucciones generadoras de la lesión a los intereses sociales. Por supuesto que la responsabilidad del Administrador se podrá depurar posteriormente a través del régimen de responsabilidad en régimen de Derecho privado que regula el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, si se advirtiese que en el ejercicio de dichas instrucciones actuó con negligencia.

El Título sigue regulando el régimen de los Administradores de dichas sociedades determinando el procedimiento de nombramiento, el régimen de los Administradores designados y su consideración como altos cargos.

En este ámbito establece otra especialidad frente al régimen general previsto en la Ley de Sociedades Anónimas para los Administradores, ya que exceptúa de las prohibiciones del artículo 124 de la Ley (modificado por la Ley 22/2003, de 9 de julio).

⁹ Artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, modificado por la Ley 26/2003, de 17 de julio.

Aparte de las prohibiciones generales detalladas en su apartado primero, el apartado segundo recoge la prohibición de ser Administradores a aquellos funcionarios con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces y magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

Resulta lógica la exclusión de este régimen en los Administradores de este tipo de sociedades estatales toda vez que, en muchos casos, la composición del Consejo de Administración está compuesta por el órgano de gobierno del Ministerio de tutela o del Organismo Público representado en la Junta General.

El presente Título cierra su regulación con una norma especial en cuanto a valoración de aportaciones no dinerarias a este tipo de sociedades en las que se suprimirá el informe de expertos independientes previsto en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) por la tasación prevista en el artículo 114 de esta Ley.

La naturaleza de servicio técnico que en muchos casos se otorga a este tipo de sociedades mercantiles estatales parece primar la valoración efectuada por técnicos del Departamento de tutela, sin perjuicio de su posterior o ulterior revisión por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Frente a este procedimiento, el artículo 38 de la LSA somete la valoración a informe de expertos independientes designados por el Registrador Mercantil, sometiéndose a un procedimiento reglamentariamente establecido, que en muchos casos puede provocar cierto retraso en las operaciones societarias que a consecuencia de la aportación se pretenden realizar, como suele ocurrir en caso de aumento del capital social.

El interés buscado en esta disposición ha sido el de agilizar y racionalizar una operación que no va estar exenta de controles.

4.5.2. *Sociedades gestoras del patrimonio*

La Disposición Adicional décima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, está dedicada a establecer el régimen jurídico de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA).

La intervención de esta sociedad estatal en la gestión del patrimonio inmobiliario se remonta al 14 de febrero de 1977, habiendo experimentado no pocos cambios en su objeto social y denominación.

En la actualidad su régimen jurídico ha sido establecido por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se ha configurado como un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, quedando obligada a realizar todos aquellos trabajos que le encomendase la Administración General del Estado y los organismos y entidades de Derecho público y servicios comunes y entidades gestoras de la Seguridad Social.

Las actividades que realizaría estarían encaminadas a la administración, investigación, mantenimiento, valoración, optimización, colaboración téc-

nica, enajenación y, en general, todas aquellas actividades dirigidas a gestionar el patrimonio inmobiliario.

Igualmente establecía un régimen especial para la enajenación de bienes inmuebles. Para ello se exigiría, en primer lugar, un Plan de desinversión elevado por el Ministerio de Hacienda al Consejo de Ministros. En segundo lugar, los bienes debían ser vendidos o aportados a SEGIPSA por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Igualmente se preveía como medio de control que SEGIPSA no podría acudir a los procedimientos de adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que fuese medio propio.

Por último, prevé la norma que los contratos que debe realizar la sociedad estatal para llevar a cabo su encomienda deberían sujetarse a la normativa de contratación estatal si su importe superase los umbrales exigidos para su publicidad Comunitaria.

Esta disposición se vio afectada por las Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 29 de diciembre de 2000 (Ley 14/2000) y por la Ley de 30 de diciembre de 2002 (Ley 53/2002) que añadieron apartados a la mencionada disposición.

Estos apartados tenían como objeto la posibilidad de encomendar a SEGIPSA la venta de inmuebles del patrimonio de las entidades mencionadas en las que la sociedad estatal actuaría en nombre y por cuenta de ellas.

Sometía el otorgamiento y ejecución de esa encomienda o encargo a lo que estableciese la Disposición Adicional y preveía que en el encargo se establecería las condiciones, términos, formas de adjudicación y precio mínimo de las ventas, sometiendo la actuación de SEGIPSA al principio de libertad de pactos y sujeción al Derecho privado.

Por tanto, y hasta el momento, la actuación de SEGIPSA va a abarcar dos planos esenciales:

- 1.º Va a actuar como un instrumento de la Administración para racionalizar, mejorar y economizar la eficacia productiva del patrimonio inmobiliario de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos a través de su política de desinversión y racionalización del sector público ya comentada.
- 2.º Se va a configurar como un Servicio Técnico o medio propio de la Administración al que se encomienda la ejecución de actividades o trabajos que podrían llevar a cabo dicho órganos pero respecto de los cuales dicha sociedad va a poder realizar de una manera más ágil con sometimiento a los principios que determine la propia encomienda y sin producirse la desvinculación respecto del órgano encomendante.

Ante esta situación, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas da una nueva redacción de la Disposición Adicional décima relativa al régimen jurídico de esta sociedad estatal.

Al igual que ocurrió con la introducción del Título VII de la Ley, las críticas al régimen de SEGIPSA en el debate parlamentario fueron mayoritarias.

La conclusión a este proceso de elaboración y discusión va a ser una nueva redacción de la Disposición Adicional décima que regula el régimen de SEGIPSA, en el que se pretenden varios objetivos:

- 1.º Objetivo de mejora de la redacción técnica de la Disposición. Y, por tanto, de mejor comprensión de su régimen jurídico. Esto se consigue mediante una descripción global de las actuaciones que pueden encomendarse a la sociedad que pretende ser omnicomprendiva de los aspectos que pueden abarcar la gestión patrimonial, incluyendo con carácter especial la construcción y reforma de inmuebles patrimoniales o de uso administrativo.
- 2.º Clarificar la actuación de SEGIPSA como medio instrumental de tal manera que sus actuaciones no puedan suponer nunca el ejercicio de potestades administrativas.
- 3.º Establecer el régimen de encomienda o encargo tanto para el caso de que actúe SEGIPSA en nombre propio pero por cuenta de la Administración como para el caso de que actúe en nombre y por cuenta de ella.
- 4.º Consolidar el vínculo existente entre el órgano encomendante y SEGIPSA cuando ésta precisa concertar contratos propios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el desarrollo de sus actividades, sujetando los actos de preparación y adjudicación que se dicten a la jurisdicción contencioso-administrativa, al configurarlos como actos separables.
- 5.º En último lugar, la Disposición añade dos aspectos que completan la función de SEGIPSA:
 - La posibilidad de delimitar ámbitos de gestión integral de bienes y derechos sobre los que actuar.
 - Realizar trabajos de formación y mantenimiento del Catastro inmobiliario, con sujeción a la ley que regula el sector.

4.6. Título que habilita a las sociedades públicas para actuar

La utilización del convenio como instrumento o título habilitador de las relaciones entre las sociedades mercantiles estatales y la Administración o demás Organismos Públicos encomendantes ha sido una de las cuestiones más discutidas jurisprudencial y doctrinalmente.

Con carácter general, las sociedades mercantiles estatales son sujetos de Derecho privado y su régimen será el mismo que el de las demás sociedades con forma jurídico-mercantil. La Administración interviene siendo propietaria, en una proporción mayoritaria o en su totalidad, a cuya consecuencia podrá determinar su objeto social en el momento de su creación o posteriormente al asumir su posición mayoritaria.

Este primer momento condiciona la actividad de la empresa pública, pero cabría preguntarse si es título suficiente para que pueda realizar actividades

de producción de bienes y servicios encargadas directamente por la Administración.

En principio, la Ley utilizó como instrumento jurídico habilitante el Convenio. Así ocurrió con el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que creó una o varias sociedades estatales para la gestión directa de la construcción y explotación de obras públicas, en concreto, carreteras estatales.

Los convenios debían pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

- El régimen de construcción y explotación.
- Las potestades que tiene y ejerce la Administración en relación con la dirección, vigilancia y control.
- Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración a la sociedad estatal.

Si las sociedades ejecutan dichas actividades a través de terceros la Ley obliga a sujetarse a las disposiciones de la Ley de Contratos en cuanto a capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y adjudicación, entendiéndose que dichos actos tienen la condición de actos separables a efectos de su sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esto es así porque se entiende que la actuación de la sociedad estatal, aunque en el régimen de Derecho privado, es referenciable al poder público.

Sin embargo, en el momento que se estableció este régimen se suscitó la duda de su contradicción con las previsiones de la LCAP, en su Disposición Adicional quinta, que señalaba la obligación que tenían las sociedades estatales de someterse, exclusivamente, a los principios de publicidad y concurrencia, pero no a los procedimientos de licitación y formas de adjudicación propias de la legislación de contratos.

Esta posible contradicción, así como la supuesta competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de los actos de preparación y adjudicación dictados por la sociedad mercantil, intentó salvarse partiendo de la naturaleza privada de los contratos celebrados por las sociedades mercantiles estatales.

De esta manera, y aplicando el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que determinaba la sujeción a dicho orden jurisdiccional de «los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación administrativa», podría entenderse que se extiende la competencia del orden contencioso-administrativo en relación con dichos actos respecto a contratos privados celebrados por personas jurídico-privadas pero sujetos parcialmente a la legislación de contratación pública, como serían las empresas públicas mercantiles.

Posteriormente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos, en su artículo 5.1.d), permite la celebración de convenios de colaboración entre la Administración y personas jurídicas sujetas a Derecho privado, siempre que su objeto no estuviese comprendido en alguno de los que son propios de los contratos regulados en esta Ley.

Por tanto, una empresa pública es una persona jurídica sujeta al Derecho privado, aunque su capital sea público, luego los convenios que pueda celebrar con la Administración estarán afectados por la cláusula del artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos. Así lo entendió el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/1999, de 12 de noviembre¹⁰. En conclusión, las actividades que sean propias de la Ley de Contratos no podrán ser objeto de convenios de colaboración, como ocurriría con la construcción y explotación de carreteras.

Algunos autores han querido justificar la utilización del convenio como título habilitador en el régimen del mandato sin representación, en el que la Administración encarga a la sociedad mercantil la ejecución de la obra obligándose a reembolsar los costes que el desarrollo del mandato produzca.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, las Administraciones Públicas no pueden atribuir a sociedades mercantiles públicas la ejecución directa de obras públicas o su construcción y explotación por encima del umbral comunitario sin respetar los requisitos de publicidad y concurrencia previstos en la Directiva 93/37/CEE. Esta Directiva entiende que se viola el principio de igualdad de trato por las disposiciones nacionales que reservan contratos públicos a las sociedades en las que el poder público tiene una participación mayoritaria o total. Lo importante es dar publicidad a esos contratos, independientemente de que el concesionario potencial sea privado o público.

Ahora bien, el carácter netamente instrumental de la sociedad pública estatal y la estrecha vinculación al poder público que posee la totalidad o una posición mayoritaria en su capital derivan en una atribución de las consecuencias jurídicas de la actuación de la sociedad mercantil al ente matriz. Ésta es la posición mantenida por nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo, que acoge una concepción funcional de la Administración, como avisa la Sentencia de 24 de septiembre de 1999, que señala:

«Para calificar una conducta como acto administrativo lo decisivo no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración Pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un ente público. Y esto último sucede cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídico-privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública.»

Esta posición se analizó a la vista de la legislación de contratos actual, que establece tres regímenes:

¹⁰ «Al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1, apartados c) y d), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta admisible un convenio entre el Ayuntamiento y una sociedad anónima de capital íntegramente local, porque esta última no puede considerarse incluida en el apartado c) y tampoco en el d), dado que el objeto del convenio (realización de proyectos técnicos y dirección de los mismos) constituye el objeto de los contratos de consultoría y asistencia regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

- 1.º Aplicación de la ley a la Administración y los Organismos Autónomos.
- 2.º Aplicación de los procedimientos de licitación y formas de adjudicación de la ley a las entidades de Derecho público que sujetan su actividad al ordenamiento jurídico-privado.
- 3.º Aplicación o exigencia de los principios de publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos a las sociedades mercantiles estatales.

La inevitable contradicción entre la posible referencia de la actuación de la sociedad a la Administración y, por tanto, su sujeción a la legislación de contratos y la simple sujeción a los principios de publicidad y concurrencia conducen a única solución planteada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta solución es la de aplicar la Disposición Adicional sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 a las sociedades mercantiles públicas cuya finalidad no sea la gestión de servicios públicos, sino la de ejercer la Administración Pública la iniciativa pública en la actividad económica en el marco de una economía de mercado.

La respuesta en este campo nos viene dada por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifica el apartado 1 del artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, integrando a las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que además concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo *b)* del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido, diciendo que deberán sujetarse a las normas de capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía superior a 6.242.028 € en caso de obras y 249.681 €.

En conexión con ello, la Disposición Adicional sexta se modifica igualmente señalando que estas sociedades ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia cuando no se trate de alguno de los contratos enumerados en el mismo apartado 1 del artículo 2.

Por tanto, la aplicación exclusiva de los principios de publicidad y concurrencia quedará limitada a los contratos que no alcancen dicha cuantía.

En definitiva, será la actividad que desarrolle la sociedad pública la que determine su régimen jurídico y no su forma de personificación. Por ello, la fijación de criterios materiales o funcionales resulta imprescindible para garantizar la plena aplicación de las garantías y los procedimientos públicos. El Derecho comunitario ha redefinido el concepto subjetivo de Administración Pública, ya que la amplísima definición de poder adjudicador contribuye a definir el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros desde una perspectiva fuertemente funcional, con independencia del carácter público o privado, simplemente atendiendo a la naturaleza de la actividad realizada. Sin embargo, esta posición no es la transpuesta por el ordenamiento nacional.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 16 de octubre de 2003 confirma la posición mantenida, en abstracto, por la Sentencia de 15 de mayo de 2003 del mismo Alto Tribunal.

Esta Sentencia confirma la negativa que el Derecho comunitario impone al Derecho español para legitimar una técnica de huida del Derecho administrativo, consistente, como ya hemos mencionado, en que la Administración dote a una organización pública del carácter puramente formal de sociedad mercantil, forma con la que sus Administradores podrían actuar con libertad absoluta, sin los inconvenientes inherente al ejercicio de los poderes públicos.

En concreto, el caso se refiere a la constitución por el Ministerio del Interior de la sociedad mercantil anónima (Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S. A., en anagrama SIEPSA) con la finalidad de construir y equipar todas las prisiones dependientes de dicha Dirección General.

Esta sociedad convocó en abril de 1997 un concurso para adjudicar un contrato de obra en Segovia con destino a Centro Educativo Penitenciario Experimental. Esta licitación fue denunciada a la Comisión y ésta requirió al Gobierno español observando que se incumplían los preceptos de la Directiva 93/37.

El Gobierno sostenía que la forma de sociedad anónima excluía la aplicación de la Directiva, aunque había respetado los principios de publicidad y concurrencia.

La Sentencia recuerda en su fallo que las sociedades mercantiles de los entes públicos, con la única excepción de las entidades de ese carácter que gestionen «empresas de carácter industrial o mercantil», son necesariamente «entidades adjudicatarias» en el sentido de la normativa comunitaria y, en consecuencia, están obligadas a seguir estrictamente la normativa de contratación comunitaria.

Elemento esencial para aplicar esta doctrina será la calificación de Organismo de Derecho público, que, según la doctrina comunitaria, deberá cumplir tres requisitos:

- a) Organismo específicamente creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Dotado de personalidad jurídica.
- c) Y cuya actividad dependa estrechamente del Estado.

La crítica y el fallo de la Sentencia vienen motivados por las actividades que desarrolla SIEPSA, que tienen un marcado carácter de interés general y no industrial o mercantil, sin que el hecho de su forma de sociedad anónima implique necesariamente que realice esa actividad.

El requisito de que realice actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha sido interpretado mayoritariamente por la jurisprudencia como aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado y que, por

otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.

A la vista de este análisis queda claro que la actividad de SIEPSA está estrechamente vinculada a actividades de interés general, por su vinculación a los planes y directrices del Estado de una forma directa, por no ofrecer bienes y servicios en el mercado libre, característico de la actividad económica de mercado, y tampoco constituye su objeto esencial el obtener un lucro.

En consecuencia, tendrá la naturaleza de Organismo Público y serán aplicables los procedimientos de contratación pública previstos en la normativa comunitaria, siendo el fallo de la sentencia el incumplimiento de las disposiciones por parte de la licitación convocada.

4.7. Sistemas especiales de gestión

La Disposición Adicional decimoquinta recoge un sistema especial de gestión patrimonial en el que la encomienda de actividades dirigidas a la adquisición, enajenación y administración de los bienes se pueda encomendar a sociedades o entidades de carácter público o privado.

Para la selección de dichas entidades, la Administración deberá sujetarse al procedimiento previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos. Una vez seleccionadas las condiciones en que se realice la operación patrimonial podrá ser establecida en un acuerdo marco, siempre dentro de la forma prevista para el correspondiente negocio.

Este sistema de gestión patrimonial ha sido igualmente objeto de crítica por parte de los Grupos Parlamentarios que han pretendido su supresión en el trámite de enmiendas al articulado. Su justificación se encuentra en que constituye un medio más en el proceso de «huida del Derecho administrativo», así como la introducción de técnicas de gestión privada en la gestión del patrimonio público.

Sin embargo, detrás de estos sistemas especiales de gestión subyace la idea de que una adecuada gestión patrimonial no tiene por qué alterar el régimen de control público ni el sistema de competencias. Estas actuaciones garantizan, por una parte, que las sociedades adjudicatarias lo han sido conforme a un procedimiento público con todas sus garantías y, por otro lado, que las operaciones subsiguientes estarán controladas por el órgano encomendante a través del correspondiente acuerdo marco.

La única diferencia será que las actuaciones serán realizadas en ocasiones por sociedades o entidades privadas sujetándose a un régimen de gestión.

V. CONCLUSIONES

- 1.^a La actual regulación del patrimonio empresarial de la Administración del Estado refunde y actualiza las sucesivas modificaciones normativas que se habían producido en la materia. Buscando una concepción más global y unitaria del sector público empresarial.

- 2.^a La actual regulación consolida la utilización de medios instrumentales al servicio de la Administración con personificación jurídico-privada, buscando eficacia y mejora en la gestión, pero, a la vez, ocasionando no pocos problemas de control público por la exclusión del Derecho administrativo.
- 3.^a El Estado se encuentra en un proceso de desinversión patrimonial tendente a racionalizar el uso de un patrimonio en muchas ocasiones infravalorado, así como limitar la intervención en la economía con objetivos claramente vistos de estabilidad presupuestaria. Por el contrario, las Comunidades Autónomas siguen estableciendo una decidida política de intervención en la economía utilizando estos instrumentos públicos de prestación o producción de bienes y servicios.

BIBLIOGRAFÍA

- GURBINDO, Juan, *La SEPI y la promoción empresarial*, pp. 107-130. *Privatizaciones y modernización de la economía española*, Fundación SEPI, 2003.
- HUERGO LORA, Alejandro, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con Empresas Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril de 2001.
- PÉREZ MORENO, Alfonso, y MONTROYA MARTÍN, Encarna, «Formas organizativas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, julio-agosto-septiembre de 2000.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, «Empresa pública y servicio público: el final de una época», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996.
- SUIDAN FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Administración Institucional Autónoma. Consideración especial de la Comunidad de Madrid*, Consejo Económico y Social, Comunidad de Madrid, diciembre de 2001.