

LAS TÉCNICAS SOCIETARIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Eduardo Roca Roca (*)

Sumario: 1. Introducción. 2. Referencia al régimen local. 2.1. La ley municipal de 1935 y la de régimen local de 1945. 2.2. El desarrollo reglamentario. 3. Los organismos autónomos. 3.1. Su evolución y consolidación. 3.2. Los organismos autónomos. 4. Las sociedades estatales. 5. Las sociedades mercantiles públicas. 5.1. Sociedades del Estado. 5.2. Sociedades de la administración local. 5.3. Sociedades de las comunidades autónomas. 6. Los intentos de clasificación de las sociedades públicas. 6.1. Aproximación al problema. 6.2. Los intentos de clasificación. 7. Peculiaridades en el derecho español. 7.1. Entes de Derecho público que ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado. 7.2. Sociedades anónimas públicas. 8. La huida hacia el derecho privado. 9. Recapitulación.

1. INTRODUCCIÓN

En la iniciación del Derecho administrativo Español en el siglo XIX, la Administración Pública se identificaba con la Administración del Estado, si bien en un momento inmediatamente posterior se le adiciona la administración municipal, y en la transición del siglo XIX al XX, al configurarse la personalidad jurídica de la Provincia, se completa el cuadro con la administración provincial de tal forma que la administración queda estructurada en dos grandes bloques:

- Administración del Estado.
- Administración local, en la que se integran municipio y provincia.

Son las administraciones matrices que se caracterizan por su base territorial, regulándose inicialmente por el *Derecho administrativo*, en el que se singularizará en su momento el Derecho local.

Junto a esta administración territorial comienzan a nacer una serie de administraciones públicas, que inicialmente carecen de personalidad, por tratarse de formas organizadas de las correspondientes administraciones territoriales, pero que a partir de los comienzos del siglo actual se van a configurar como personas jurídicas de Derecho

(*) España.

público, creadas por el Estado o por las administraciones locales, pero con personalidad independiente.

Especial significado tiene, entre 1900 y 1910, la aparición de una serie de órganos, como son el Instituto de Reformas Sociales, el Consejo de Protección a la Infancia, la Junta Central de Colonización Interior y, muy especialmente, el nacimiento del Instituto Nacional de Previsión, que se crea por ley de 27 de febrero de 1908 para: difundir la previsión popular en especial las pensiones de retiro; administrar la mutualidad de asociados que se constituye a estos efectos, y estimular y favorecer la práctica de pensiones de retiro. El art. 2º de dicha ley dispuso que el Instituto Nacional de Previsión tendría *personalidad, administración y fondos propios distintos del Estado*, que no asume otras responsabilidades inherentes al Concurso e intervención que en esta ley se determina. En su consecuencia, tendrá capacidad el Instituto para adquirir, poseer y enajenar bienes, contratar préstamos y acudir a la vía judicial en representación de la Mutualidad de Asociados (art. 2º).

La evolución mencionada se observa de forma peculiar en las Juntas de Obras de Puertos, desde el decreto de 5 de octubre de 1883, la ley de 7 de julio de 1911, que regula su creación y funcionamiento y el reglamento de 19 de enero de 1928.

Coincidiendo con la dictadura del General Primo de Rivera se produce un amplio desarrollo de estas organizaciones administrativas, entre las que cabe destacar las confederaciones hidrográficas que se crean por decreto de 5 de marzo del mismo año, en cuya virtud se constituyeron con carácter obligatorio confederaciones sindicales hidrográficas para los aprovechamientos de aguas, de cuencas, siendo reorganizadas las distintas confederaciones a partir de 1934, reconociéndoseles personalidad jurídica y autonomía (Vid. por ejemplo art. 2º del D. de 19 de febrero de 1934, y art. 3º del D. de 7 de setiembre de 1935, sobre la Confederación hidrográfica del Ebro; D. 8 de setiembre de 1935, Reglamento de la Confederación de Guadalquivir; D. 18 de setiembre de 1935, Reglamento de la Confederación del Duero; D. 7 de diciembre de 1935, Reglamento Confederación del Segura, etc.).

2. REFERENCIA AL RÉGIMEN LOCAL

2.1. La ley municipal de 1935 y la de régimen local de 1945

En este momento se comienza a producir la consolidación de la personalidad jurídica de una serie de servicios del Estado, pero no existe una Normativa que regule con carácter general su creación, régimen jurídico, etc, que vamos a encontrar inicialmente en el Régimen local, y concretamente en la ley municipal de 31 de octubre de 1935, cuyo art. 135 previó la posibilidad de municipalizar los servicios que tuviesen carácter general, fueren de primera necesidad y de utilidad pública y se prestasen dentro de un municipio pudiendo utilizarse, entre otros, alguno de los siguientes *procedimientos*:

- Municipalización directa sin órgano de gestión autónoma.
- Empresa municipal que adopte la forma de *sociedad privada*.
- Empresa municipal que arriende el servicio a un particular.

-Empresa mixta en la que los organismos públicos y privados participen en común en el capital y ejerzan la administración.

Así pues, la ley municipal 1935, contenía la posibilidad de acudir a la personificación de Derecho Público o de Derecho Privado, ya fuera el capital de la empresa íntegramente o no del municipio, teniendo en cuenta que en el caso de empresa mixta los municipios sólo podrían aportar, como capital, las concesiones necesarias para el cumplimiento de los fines de tales empresas.

Básicamente esta normativa se recogió, primero en la ley de bases de régimen local de 17 de julio de 1945, cuya base 18 al regular la municipalización de servicios, disponía que los servicios municipalizados podrían prestarse por gestión directa, con o sin órgano especial de Administración, en forma de empresa privada y en régimen de empresa mixta. Precepto que fue desarrollado en el texto articulado de la ley de Régimen local de 14 de diciembre de 1950, en sus arts. 161, 172 y siguientes, indicando el art. 175 que en los casos de utilización de la fórmula de empresa privada habría de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, constituyéndose la sociedad y actuando conforme a las disposiciones mercantiles, especificándose en la escritura de constitución: el capital aportado por la entidad municipal, la forma de constituir el Consejo de administración y la determinación de quienes tuvieran derecho a emitir voto representando el capital social.

2.2. El desarrollo reglamentario

Las citadas normas fueron desarrolladas por el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955, al regular la forma de gestión de los servicios locales, disponiendo en su art. 67, que la gestión directa podría realizarse de las siguientes formas:

- Gestión por la corporación, con o sin órgano especial de administración.
- Fundación pública del servicio.
- Sociedad privada municipal o provincial.

El reglamento de servicios reguló por primera vez en el derecho español, con un cierto detalle las citadas técnicas de gestión, por medio de las correspondientes personificaciones, a las que más adelante se hará mención más detallada.

Ahora, procede destacar que la legislación local previó que la administración municipal o provincial pudiese gestionar los servicios públicos locales mediante la creación de dos tipos distintos de personas jurídicas:

- Personas de derecho público y reguladas íntegramente por el mismo.
- Personas de derecho privado, que adoptaron la forma de *sociedad anónima* o *sociedad de responsabilidad limitada*, sujetas al Derecho mercantil con los matices

previstos en el reglamento.

En definitiva, es una manifestación de la potestad organizativa de que son titulares las administraciones locales, como se aprecia en la legislación anteriormente citada, pues el Estatuto municipal de 1924 en su art. 151.10, la ley municipal de 1935 en su art. 105.10, y la ley de régimen local en su art. 121 b), declaraban de la competencia del ayuntamiento pleno la creación, modificación o disolución de instituciones o establecimientos municipales y provinciales; potestad de autorganización que se recoge en la ley reguladora de las bases de régimen local de 2 de abril de 1985, en especial en su art. 22.2.b), y de la que habían hecho uso las entidades locales españolas con anterioridad, mediante la creación de entidades tan características como las cajas de ahorro y los pósitos municipales, destacando las fundaciones públicas a que se refiere el antes citado reglamento de servicios de las corporaciones locales, y de las que podemos anticipar que se corresponden con los organismos autónomos del Estado, y cuya denominación finalmente será adoptada por la Normativa local en la ley de bases 7/1985 (vid. art. 85).

3. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

3.1. Su evolución y consolidación

Los problemas de reconstrucción económica que se plantean en España al concluir la Guerra Civil de 1936-1939, llevaron al gobierno a la creación de un ente similar al precedente italiano para la reconstrucción industrial, y así la ley de 25 de septiembre de 1941, creó el Instituto Nacional de Industria como "Entidad de derecho público que tiene por finalidad impulsar y financiar, en servicio de la Nación la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país, o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y activa" (art. 1º). El instituto "utilizará los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del gobierno" (art. 2º). Al amparo de dicho instituto se crearon una multiplicidad de sociedades y entidades que es imposible enumerar en estos momentos, pero cuya influencia en el sector público de la economía ha sido, y sigue siendo, manifiesta.

Junto a estas sociedades y entidades comienzan a aparecer personas de derecho público que someten su actividad al ordenamiento privado, como es el caso de la estructuración de la red nacional de ferrocarriles españoles (RENFE) por Decreto ley de 18 de julio de 1962, o la creación por ley 27/1968 de los puertos en Régimen de Autonomía, sin olvidar la estructuración del Banco de España, y más tarde la reconversión del Instituto Nacional de Industria por la ley de Presupuestos de 28 de diciembre de

1988, en Entidad de Derecho público de las previstas en el art. 6º del texto refundido de la Ley general presupuestaria a la que más adelante se hará referencia.

Para establecer un cierto orden en este complejo panorama de organismos públicos, se dictó la ley de 26 de diciembre de 1958 de Entidades Estatales Autónomas.

3.2. Los organismos autónomos

Es muy expresiva la Exposición de Motivos de la ley citada cuando se refiere a esta diversidad de Entidades Estatales Autónomas, dotadas de personalidad distinta del Estado y la necesidad de realizar una regulación ordenada de las mismas, superando la anterior legislación fragmentaria e incompleta que no era adecuada para la regulación y desarrollo de tales entidades en los últimos tiempos, refiriéndose a la necesidad de unificar cajas y controlar tales entidades para cumplir los principios "de unidad de patrimonio del Estado y universalidad de su presupuesto".

Con frecuencia se refiere la citada exposición a la tendencia descentralizadora y el carácter *instrumental* que tienen las entidades que se crean, hablando de ellas como *instrumentos adecuados*, para llevar a cabo la descentralización a través de las entidades estatales autónomas, que "constituyen, así mismo, en muchos casos, *los medios o instrumentos* utilizables para que los Departamentos (Ministeriales) llamados comerciales lleven a cabo dicha política intervencionista" en la vida económica, afirmando también que los organismos autónomos son *instrumentos personificados del Estado*, a los que se reconoce como "personas morales de Derecho público", siendo consciente la ley, que si bien responde a criterios de unidad y eficacia, tiene sin embargo la suficiente flexibilidad "para respetar su extremada variedad, exigidas por las circunstancias y el interés público, pero que no postulan en modo alguno una uniformidad que abocaría en esterilidad y atrofia".

Por último la citada Exposición de Motivos se refiere a las Empresas Nacionales como "Entidades de derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas".

Lo anteriormente expuesto nos pone de relieve la tendencia armonizadora de la ley que distingue en su art. 1º:

- Los organismos autónomos.
- Los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado.
- Las empresas nacionales.

La ley hace una detenida regulación de los organismos autónomos, en relación con los cuales es importante poner de relieve ahora, que son entidades de Derecho Público creadas por ley, con responsabilidad jurídica y patrimonio dependientes del Estado, a las que se encomienda en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público, o el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de ciertos bienes del Estado (art. 2º).

Las empresas nacionales "son aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas" (art. 4º).

Las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, debiendo constituirse como sociedades anónimas de fundación simultánea, en las que tendrá el Estado o sus organismos autónomos participación mayoritaria en el capital.

Fue muy rápida la proliferación de sociedades y entidades creadas al amparo de la ley de 1958, por lo que se procedió a su nueva regulación en la ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977, refundida por Real Decreto legislativo de 23 de setiembre de 1988, nº 1091/1988 (L.G.P.).

Esta ley clasificó los organismos autónomos del Estado en dos grandes apartados (art. 4º L.G.P.):

-Organismos autónomos de carácter administrativo.

-Organismos autónomos de carácter comercial industrial, financiero o análogos.

Dispuso que la seguridad social se regularía, por su legislación específica (art. 5º L.G.P.).

4. Las sociedades estatales

La ley declaró como sociedades estatales y agrupó en dos grandes apartados (art. 6º L.G.P.) las siguientes:

-Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de derecho público.

-Las entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que por ley haya de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

Nos encontramos con un panorama de una extraordinaria complejidad donde se integran diversas entidades, generándose un complejo proceso de descentralización administrativa, que ha sido estudiado con amplitud por la doctrina, y que da lugar al nacimiento de una esfera de administración pública, no territorial, que ha sido calificada de distintas maneras; como administración institucional, administración corporativa, administración instrumental, entidades instrumentales, etc.

Estas líneas no tienen por finalidad el estudio de este sector descentralizado de la administración, del cual se han citado con anterioridad algunos ejemplos con carácter ilustrativo, y sólo para poner de manifiesto la complejidad del fenómeno, en el que habrán de integrarse los entes gestores de la seguridad social, que derivan del primitivo Instituto Nacional de Previsión antes citado, pero sí es necesario destacar la utilización del sentido instrumental que revisten estas entidades, como antes veíamos al referirnos a la ley de entidades autónomas de 26 de diciembre de 1958, cuyo preámbulo las

concebía como medios o instrumentos personificados del Estado para servir los intereses públicos, y cuya denominación instrumental nos parece lo suficientemente expresiva de su carácter y su integración dentro de la administración pública.

Las personas jurídicas de Derecho público que ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado, tienen carácter excepcional, y no son reguladas hasta la L.G.P., y supone otorgar carta de naturaleza en el derecho español a un ente *anfíbio*, en cuanto tiene personalidad de derecho público pero su actividad se regula por el derecho privado, a cuyo efecto nos remitimos a los ejemplos antes citados de RENFE, creada por el Decreto ley de 18 de julio de 1962, o la nueva regulación que se contiene en la ley de presupuestos de 28 de diciembre de 1988 para el Instituto Nacional de Industria, que se regirá por el ordenamiento jurídico privado, sin que le sea de aplicación las leyes de contratos del Estado, ni la de Entidades Estatales Autónomas (art. 123.1.2), pesar del énfasis que dicha ley pone al calificar al Instituto Nacional de Industria como entidad de derecho público. Similar comentario puede hacerse en relación con el ente público de la red técnica española de televisión (Retevisión), que se crea por la misma ley de presupuesto de 28 de diciembre de 1988, como entidad de Derecho Público, y cuya entidad "con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado" (art. 124).

En síntesis, la L.G.P., ampara de forma contradictoria, bajo la denominación de sociedades estatales, dos instituciones jurídicas distintas: las sociedades mercantiles *públicas* y las personas jurídico-públicas que sujetan su actividad al ordenamiento privado, creando ello una evidente confusión, en la cual hay que subrayar la contradicción que supone la existencia de una entidad de derecho público cuya actividad se rige por el derecho privado, y que no supone otra cosa que una deliberada fuga de la administración del derecho administrativo, eludiendo controles, que pretendidamente dificultan la agilidad que se pretende imprimir a la actividad administrativa.

Así pues, la L.G.P. comprende bajo un mismo epígrafe dos institutos formalmente distintos que ponen de manifiesto la sistemática huida que ha emprendido la administración pública española del derecho administrativo, para utilizar y amparar sus actividades en el derecho privado, y singularmente en las que hemos denominado sociedades mercantiles públicas.

5. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Estas sociedades no son un patrimonio exclusivo de la administración del Estado, aunque hayamos de tomar éstas como referencia, teniendo en cuenta la doble finalidad que inicialmente tienen estas sociedades:

- La intervención en distintos sectores económicos e industriales y como instrumento para materializar dicha actividad, que no podía ser realizada directamente por el Estado.

- La lentitud de la estructura organizativa de la administración que dificultan una

actuación ágil.

-Eludir los controles a que debe someterse la administración en el *manejo de los fondos públicos*.

5.1. Sociedades del Estado

Nos referimos a las sociedades mercantiles creadas por el Estado, sus organismos autónomos y demás entidades estatales de derecho público, y en cuyo capital sean mayoritarios los mismos, directa o indirectamente (art. 6.1.a) L.G.P.). Se observa que tales sociedades no tienen que ser creadas por el Estado sino que el mismo sea titular de la participación mayoritaria, planteándose diversos supuestos:

-Que el capital sea enteramente propiedad del Estado, o que el mismo sea mayoritario. En cuyo caso el gobierno de la sociedad depende sólo y exclusivamente de la administración titular del capital, es decir la voluntad de la sociedad es la voluntad de la administración, convirtiéndose la sociedad en una prolongación o instrumento de la administración, sin que se pueda afirmar que la sociedad se integre o forme parte de la administración, aunque fuera propiedad de la misma la totalidad del capital social. No obstante deben matizarse los supuestos de capital mayoritario y el respeto en este caso a los intereses de los accionistas minoritarios, pues en principio las sociedades públicas son una desnaturalización de la empresa mercantil cuyas características fundamentales son:

-De una parte conseguir un *lucro* legítimo, y de otra la existencia del *riesgo económico* que deben soportar todos los accionistas.

-Distinto es el supuesto de las sociedades en las que la participación en el capital tiene carácter minoritario, ya que el régimen de mayorías conformará la voluntad social, sin que la misma haya de identificarse forzosamente con la de la administración pública minoritaria.

Por razones de brevedad hemos de remitirnos en cuanto a la creación, extinción, funcionamiento, etc, a las normas específicas del Estado antes aludidas (art. 92, de la ley 26 de diciembre de 1958 y art. 6.3 de la L.G.P.),

5.2. Sociedades de la administración local

Las sociedades mercantiles fueron utilizadas, hace tiempo en la administración municipal y provincial española, como antes se ha dicho, si bien el antecedente más próximo se encuentra en la ley de régimen local de 1950 y el reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955, vigente en la actualidad, junto con el art. 105 de la Ley de bases 7/85, de 2 de abril, y los arts. 103 y 104 del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril.

El art. 85 de la ley de bases 7/85 determina que la gestión directa de servicios locales podrá realizarse mediante sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local. El texto refundido dispone que en estos casos habrá de adoptarse la forma de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, que se constituirá de acuerdo con la legislación mercantil; el capital será íntegramente aportado por la entidad local y, determinándose la forma de constituir el Consejo de Administración y asignación de voto. En el supuesto de pérdidas que excedan la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad.

Más detallada es la regulación que se contiene en el ya citado reglamento de servicios de 1955, cuyas líneas básicas son las siguientes:

-Las sociedades para la gestión directa de servicios económicos adoptarán la forma de responsabilidad limitada o sociedad anónima, constituyéndose y actuando de acuerdo con la legislación mercantil.

-El capital será desembolsado en el momento de la constitución, y no podrá ser transferido a terceras personas ni destinado a otras finalidades.

-La dirección y administración se regirá por los órganos siguientes:

a) La corporación asume las funciones de Junta general y se adaptará, en cuanto a la forma de adopción de acuerdos, a la legislación administrativa local, y en el resto a la legislación de sociedades anónimas.

b) La corporación en funciones de Junta general tiene las siguientes facultades: nombra el consejo de administración; fija la remuneración de los consejeros; modifica los estatutos; aumenta o disminuye el capital; emite obligaciones; aprueba el inventario y balance anual; todo ello sin perjuicio de las facultades que le corresponden según la ley de sociedades anónimas.

c) El segundo órgano es el consejo de administración, cuyos consejeros son designados libremente por la Junta general, es decir por la corporación por tiempo entre dos y seis años, y estará compuesto por un máximo de nueve consejeros. Pueden formar parte del consejo miembros de la corporación hasta un tercio del mismo, y le corresponden las plenas facultades de dirección, gestión y ejecución de los fines de la empresa.

-La creación y extinción de las sociedades municipales o provinciales se produce por acuerdo de la administración correspondiente.

5.3. Sociedades de las comunidades autónomas

Los distintos estatutos de autonomía reconocen la potestad organizatoria de las comunidades autónomas, y dentro de la misma hay que comprender la creación de la totalidad de las personas morales que se integran en la denominada administración institucional o administración instrumental, y así las comunidades autónomas tienen competencia para crear entidades de distinta naturaleza, habiéndose producido el traslado, a esta esfera, de las técnicas y denominaciones de la administración del Estado,

distinguiendo los organismos autónomos y las empresas públicas, que vienen a ser la traslación de las que antes hemos considerado con la denominación de sociedades estatales.

De igual forma que en la administración del Estado, la administración de las comunidades autónomas puede crear sociedades mercantiles de acuerdo con la legislación mercantil, siendo la comunidad autónoma propietaria de la totalidad o de la mayoría del capital social.

No existe una regulación uniforme de las sociedades públicas de las comunidades autónomas, si bien alguna de ellas ha dictado normas específicas como es el caso de la ley Catalana 4/1985, de 29 de marzo, creadora del *Estatuto de la empresa pública Catalana*, que distingue:

-Las entidades autónomas.

-Las empresas de la comunidad, repitiendo en este sector el esquema estatal de entidades de derecho público cuya actividad se regula por el ordenamiento privado, y las sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la generalidad, de sus entidades autónomas o de sociedades en que la generalidad o las entidades citadas posean participación mayoritaria.

-Por último, incluye también las *sociedades civiles o mercantiles* vinculadas a la generalidad, como gestoras de servicios públicos de dicha comunidad autónoma o que hayan suscripto convenios con la misma.

Es destacable la inclusión en esta ley Catalana de las *sociedades civiles* lo que constituye una novedad respecto al ordenamiento estatal y local, manteniéndose el régimen de creación y extinción por acuerdo de la propia administración.

6. LOS INTENTOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

6.1. Aproximación al problema

Inicialmente debemos afirmar que estamos haciendo referencia a *sociedades mercantiles*, reguladas por lo tanto por el derecho mercantil, (como importante sector del derecho privado), y si bien existen diversas sociedades mercantiles, la legislación sólo autoriza la constitución de aquellas que tienen *limitada la responsabilidad*, ocupando un primer lugar la sociedad anónima, respecto de la cual la anterior ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de sociedades anónimas, comenzaba afirmando que la sociedad anónima, cualquiera que fuese su objeto, tendría carácter mercantil (art. 3º), estableciéndose que el número de socios fundadores no podía ser inferior a tres (art. 10).

El texto refundido de la ley de sociedades anónimas, aprobado por Real decreto legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, reitera el carácter mercantil, disponiendo que la sociedad anónima cualquiera que sea su objeto tendrá carácter mercantil (art. 3º).

El art. 14 vuelve a insistir en que el número de fundadores no puede ser inferior a tres, disponiendo el párrafo 2º: "Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sociedades constituidas por el Estado, comunidades autónomas o corporaciones locales o por organismos o entidades de ellos dependientes", pues en este caso la sociedad mercantil es fundada por una sola persona (en este caso de derecho público) y por lo tanto tendrá un solo socio, lógicamente en el supuesto en que el capital social sea propiedad *en su totalidad* de la administración fundadora de la sociedad.

6.2. Los intentos de clasificación

Se ha intentado por la doctrina la clasificación de las distintas sociedades mercantiles participadas por la administración. Creemos que tal intento tiene una importancia relativa, pues lo que verdaderamente trasciende es la justificación de la existencia y finalidad de tales sociedades.

Desde este punto de vista y siguiendo a Garrido Falla, hay que establecer dos grandes sectores:

- a) Las sociedades mercantiles que gestionan servicios públicos, en general, sirviendo como instrumento para intervenir incluso en la vida económica e industrial.
- b) Las sociedades mercantiles que ejercen potestades administrativas o públicas, entendidas como esferas de la específica capacidad de las administraciones públicas.

En esencia, destaca el carácter instrumental de tales sociedades, teniendo las mismas el carácter de instrumentos de las distintas administraciones para la realización de los fines de interés general.

Doctrinalmente se plantea la posibilidad de integrar en la administración institucional las sociedades mercantiles que prestan servicios públicos, y se considera cual sea el límite a partir del cual se produce tal integración, aunque se estime la creación de estas personas jurídicas de derecho privado como una técnica de carácter organizatorio que transforma a la sociedad creada en ente instrumental.

Pensamos que se produce un evidente fenómeno de contradicción jurídica cuando la administración acude a estas técnicas societarias, y que las personas jurídicas creadas serán siempre entidades mercantiles, de derecho privado, con las especialidades a que antes se hacía referencia, en cuanto al régimen de relación interna entre sociedad y administración, como es el caso de las sociedades anónimas municipales en que la corporación se identifica con la Junta General, y por lo tanto la formación de la voluntad de la Junta General, coincide con la manifestación de voluntades de la administración municipal que integra dicha Junta General; lo cual no supone la negación del carácter instrumental de las sociedades mercantiles, pero no avala su integración en la administración pública, porque ello podría llevarnos a la afirmación de que las sociedades anónimas, concretamente la sociedad mercantil pública puedan generar actos administrativos.

Lo importante no es incluir las sociedades anónimas de la administración en una

categoría jurídica determinada, sino delimitar cuáles son los fines que persigue, ya sean el ejercicio de potestades administrativas o la gestión de servicios públicos, a fin de que el interés público quede salvaguardado y garantizado.

7. PECULIARIDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Resumidamente interesa hacer una breve referencia a algunos supuestos significativos que se han producido en el derecho español, tanto desde el punto de vista de entidades de derecho público, cuya actividad es regulada por el derecho privado, como la existencia de peculiares sociedades anónimas.

7.1. Entes de derecho público que ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado

Recordemos que el art. 6.1.b) de la L.G.P. califica como *sociedades estatales* a estas entidades con una gran imprecisión terminológica y jurídico-técnica, y a las que antes hemos denominado como entidades anfibas.

La más significativa es el Instituto Nacional de Industria, antes aludido, con la reestructuración que se dio al mismo por la ley de presupuestos de 28 de diciembre de 1988, destacando ahora que dicho ente de derecho público, antes organismo autónomo, ha generado una multiplicidad de sociedades anónimas estatales, dando lugar a un sector integrado por más de 150 sociedades que operan en los más distintos sectores económicos e industriales, desde la electricidad a la alimentación, pasando por la construcción naval, y cuyas sociedades anónimas a su vez han generado el nacimiento de otras nuevas, participadas en distinta cuantía, formando parte del segmento que la L.G.P. denomina *sociedades mercantiles*, o mejor *sociedades anónimas propiedad del Estado* a través del Instituto Nacional de Industria, sin olvidar que existe un importante número de sociedades anónimas cuya propiedad pertenece directamente al Estado, y que inciden en mayor o menor medida en actividades de carácter mercantil o industrial pudiendo citarse por todas ellas a Tabacalera S.A., la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 1992 o Mercados Centrales de Abastecimientos S.A.

En este momento nos interesa destacar algunas entidades como es la Agencia Estatal de Administración Tributaria, creada en el art. 103 de la ley de presupuestos de 27 de diciembre de 1990, con las modificaciones de la ley de 6 de junio de 1991, nº 18/91.

En relación con la agencia hay que destacar que es un *ente de derecho público* con personalidad jurídica propia y *plena capacidad pública y privada*, con la trascendental calificación de "organización administrativa responsable en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y del aduanero y de aquellos recursos de otras administraciones y entes públicos nacionales o de las comunidades europeas cuya gestión se le encomienda por ley o por convenio",

correspondiendo a la agencia desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los obligados tributarios, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material, *que minimicen los costes* indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

La contratación de la agencia se desarrollará en régimen de *Derecho privado* sin perjuicio de los principios de publicidad y concurrencia; podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de *sociedad mercantil* y cuyo objeto social esté vinculado con los fines y objetivos de aquella; y por último el personal puede vincularse a la agencia de acuerdo con el derecho administrativo o *el privado* con amplia libertad para el nombramiento de personal directivo y la fijación de sus retribuciones.

La agencia va a gestionar quizás la más importante y típica potestad del Estado, es decir la *potestad tributaria*, utilizando para su gestión técnicas de derecho privado, constituyendo sociedades mercantiles, contratando en general al amparo del derecho privado e integrando personal no funcionario en régimen de libre contratación y retribución.

Hay que hacer también una breve referencia a los Fondos de Garantía de Depósitos (de bancos, Cajas de Ahorros o Cooperativas de crédito), que ostentan esta doble condición de entidad de derecho público en régimen de derecho privado, y cuya importancia e influencia en el sector bancario ha quedado puesta de relieve en las distintas crisis producidas en los últimos años en el sector bancario y crediticio.

La comisión nacional del mercado de valores creada por ley de 28 de julio de 1988, n° 24/88, realiza una reordenación fundamental de este sector, a cuyo efecto se atribuye a la comisión funciones de derecho público para cumplir el fin que se le encomienda, con sometimiento al derecho privado, sin perjuicio del control de las potestades administrativas de dicha comisión por la jurisdicción contencioso administrativa.

7.2. Sociedades anónimas públicas

Recordemos que esta categoría se integra dentro de la calificación genérica que el art. 6.1.a) de la L.G.P. hace de *sociedades mercantiles* cuyo capital es participado mayoritariamente de forma directa o indirecta por la administración del Estado, sus organismos autónomos y demás entidades estatales de derecho público.

Entre ellos hay que destacar el "Ente Público Radio-Televisión Española S.A.", creado por ley de 10 de enero de 1980, ley n° 4/80, que se configura como *un servicio público esencial* cuya titularidad corresponde al Estado, aunque el servicio se presta a través de una diversidad de Sociedades Anónimas, como es Televisión Española S.A., cuya naturaleza ha sido estudiada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 1983, n° 35/83, donde se reconoce el carácter instrumental de la misma como

entre interpuesto del Estado, así como la posterior Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a) de 29 de noviembre de 1990, que analiza la evasión del Derecho Público, prestando sin embargo un servicio público, entendiendo el T.S. que se configura un órgano de gestión, inserto en la administración indirecta del Estado, lo que abona la tesis de la existencia de sociedades anónimas que a través de su carácter instrumental puede integrarse en la administración institucional.

Obligada es también la referencia a la *Corporación Bancaria de España S.A.*, creada por ley de 21 de noviembre de 1991, n^o 25/1991, que se configura como sociedad estatal del art. 6.1.a) de la L.G.P. y que tiene por finalidad asumir la totalidad del capital cuya titularidad corresponde al Estado en las siguientes entidades:

-Caja Postal S.A. (que hasta el momento tenía la consideración de organismo autónomo y que se transforma en sociedad anónima).

-Banco de Crédito Agrícola S.A.

-Banco de Crédito Industrial S.A.

-Banco de Crédito Local de España S.A.

-Banco Hipotecario de España S.A.

-Banco Exterior de España S.A.

La Corporación Bancaria de España S.A. tiene la consideración de entidad de crédito y el Estatuto de Banco, si bien se le exonera de algunas de las limitaciones temporales que el R.D. de 30 de setiembre de 1988 estableció para la actividad de nuevos bancos como eran:

-Que durante los tres primeros ejercicios no podían repartir dividendos, ni abrir más de tres oficinas.

-No podían directa o indirectamente, durante los cinco primeros años, conceder determinados créditos, préstamos o avales, ni poseer directa o indirectamente más del 20% del capital del Banco o ejercer el control del mismo.

Es curioso destacar que la "Corporación Bancaria S.A." procede en parte del anterior "Instituto de Crédito Oficial" que inicialmente se configuró como Organismo Autónomo y que el art. 127 de la ley de presupuestos de 1988, transformó en Sociedad Estatal del art. 6.1.b) de la L.G.P.

Es decir, podemos observar el tránsito de un organismo autónomo que se transforma en entidad de Derecho público cuya actividad se sujeta al ordenamiento jurídico privado y, finalmente, termina siendo sociedad anónima.

8. LA HUIDA HACIA EL DERECHO PRIVADO

En las líneas anteriores se ha observado el creciente proceso en virtud del cual la administración pública ha ido abandonando paulatinamente el Derecho público para utilizar el Derecho privado.

Con gran agudeza Clavero Arévalo puso de relieve en 1962, hace ahora 30 años, el proceso de creación por el Estado de Organismos dotados de personalidad jurídica

pública creando un derecho singular para estas administraciones autónomas, que les permitiese escapar de la inflexibilidad y lentitud del Derecho administrativo tradicional, así pues se configura una huida inicial del Derecho General Administrativo hacia un derecho singular de las administraciones autónomas, dotadas de personalidad de Derecho público.

De forma progresiva el planteamiento de que el Derecho público es el derecho propio de la administración, y que el derecho privado es el propio de los particulares, perderá consistencia a causa de la utilización del mismo por las administraciones públicas territoriales que tienden a huir del derecho administrativo por exigencias de actuación ágil, flexible y eficaz, en definitiva la demanda administrativa de libertad de actuación que se contrapone a la necesidad de que *"la gestión del dinero público se vea sometida a controles de máxima rigidez y transparencia y que son posturas difícilmente conciliables"* (Villar Palas).

Se trata de una fuga que no se justifica sólo desde el punto de vista de la necesidad de existencia de cajas especiales, sino la evidencia de que la administración trata de escapar de un importantísimo sector del ordenamiento administrativo como es el de los contratos del Estado, enajenación de bienes en general, selección, promoción y control del personal (Villar Palas, Sala Arquer), aspectos que ya habfan sido puestos de relieve hace más de 30 años (Albi Cholbi), al estudiarse las sociedades mercantiles municipales, las cuales trataban de eludir la rigidez del presupuesto público, la complejidad de las actuaciones en materia de contratación administrativa, los problemas que plantea el personal desde su reclutamiento, promoción, inamovilidad, los efectos dilatorios que generan las técnicas intervencionistas tutelares, y, sobre todo, la evasión de las presiones políticas que en el momento actual se materializan en el control del Parlamento.

Es indudable que se ha producido una desnaturalización de la sociedad anónima, como Institución de derecho privado, que tiene por finalidad intervenir en el tráfico mercantil con unas características bien definidas:

-La obtención de un legítimo lucro económico.

-La actuación en régimen de libre competencia, con el consiguiente riesgo económico.

Sin embargo la creación creciente de sociedades mercantiles de naturaleza pública no giran, en principio, sobre estos pilares de riesgo económico y lucro legítimo, pues el mismo no puede existir ya se trate del ejercicio de potestades administrativas o la prestación de servicios públicos, ya que su carácter meramente instrumental, elimina tanto el riesgo como el lucro que solamente sería concebible en los supuestos de intervenciones específicas en sectores comerciales o industriales.

Pero existe un común denominador en todas las sociedades públicas, sea cual sea la administración titular de ellas, y es el manejo y utilización de *fondos públicos*, de tal manera que han de estar perfectamente garantizados dichos caudales, y en todo caso el *interés público*, pues en cuanto disminuyen los controles tradicionales de la adminis-

tración pública, también se aminoran las garantías tanto de la administración como de los ciudadanos.

Es cuestionable en la sociedad contemporánea occidental la intervención administrativa a través de sociedades mercantiles para la realización de actividades empresariales que se caracterizan por la libre competencia económica. De aquí que se considere superada la necesidad intervencionista en el libre juego comercial, y que se proponga la privatización de este tipo de sociedades, máxime cuando el libre juego concurrencial de las fuerzas económicas atienden adecuadamente el sector de que se trate.

En la actualidad se contempla en España la posibilidad de privatizar las sociedades mercantiles, fundamentalmente, comerciales que tengan carácter rentable, lo que llevará consigo la necesidad de reconsiderar la futura pertenencia a la administración de aquellas otras sociedades, que teniendo carácter comercial y entrando en el libre juego de la concurrencia económica, no son rentables, por lo que procederá su reestructuración económica a fin de obtener rentabilidad, y proceder seguidamente a su privatización, o estudiar su extinción para eliminar los costos sociales que tales entidades generan y que, al final, soportan los presupuestos generales y en definitiva el ciudadano.

9. RECAPITULACIÓN

Lo expuesto en las líneas precedentes puede sintetizarse en la siguiente forma:

-La necesidad de obtener una administración eficaz, ágil y flexible, impone la necesidad de acudir a nuevas técnicas.

-Igualmente los controles tradicionales sobre la actividad administrativa, tanto de carácter económico como presupuestario, sin olvidar el control del Parlamento, generan, de forma paulatina, una actitud de evasión para las distintas administraciones públicas, originando la creación de personas morales de derecho público con un estatuto jurídico especial que las distingue de las administraciones tradicionales sujetas al derecho general.

-Estas personificaciones dan lugar al nacimiento de un nuevo sector de la administración que tradicionalmente se denominaba administración institucional, pero que es insuficiente porque está regulada por Derecho administrativo, aunque éste sea singular.

-Surgen las entidades de derecho público con personalidad jurídica pública, cuya actividad está sujeta al derecho privado, de cuya forma se quiere conseguir la mejora en la dinámica administrativa para la realización de sus fines.

-La insuficiencia de las técnicas anteriores lleva a la administración a la utilización de personificaciones de derecho privado, sujetas al mismo., y con total eliminación del derecho público, creándose sociedades, en general, tanto de carácter civil como mercantil, cuyo capital es íntegra, o mayoritariamente, de la administración

pública que las funda.

-Se produce una extraordinaria proliferación de sociedades mercantiles *públicas* que tienen por finalidad:

a) La realización de actividades empresariales en régimen de libre competencia comercial.

b) El ejercicio de potestades administrativas o la prestación de servicios públicos; en todo caso se aprecia un crecimiento hipertrófico de tales sociedades en todos los niveles territoriales (administración del Estado, de las comunidades autónomas y local), siendo necesario un replanteamiento serio de la problemática de tales sociedades mercantiles, y de forma especial, *hacer compatible la eficacia y agilidad de la actuación administrativa con la garantía de los intereses públicos*, especialmente en lo que se refiere al *manejo de los fondos o dinero público*, así como la *garantía de los derechos de los particulares*, pues puede afirmarse que existe un auténtico abuso de tales técnicas societarias a cuyo través se produce una vía de escape de la actuación administrativa, aunque las normas mercantiles van introduciendo nuevas y más perfeccionadas técnicas de control de las sociedades anónimas, y en este sentido pueden verse las normas de control que el texto refundido de la ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989, introduce para la verificación, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas de la sociedad, auditorías, etc.

-Lo expuesto hasta ahora nos hace llegar a una importante afirmación, y es que la huida que protagonizan las administraciones públicas hacia el derecho privado, pone de manifiesto que *se ha producido una crisis de las instituciones administrativas y del propio derecho administrativo*, concebido como derecho garantizador, pero que es insuficiente para cumplir los fines que demanda la sociedad, y en consecuencia será procedente examinar cuáles son las causas que han generado dicha crisis (que han sido contempladas anteriormente), a fin de estudiar las soluciones adecuadas, que van desde un revisión del derecho administrativo en la que se realice una regulación *ex novo* de las instituciones administrativas y de su régimen jurídico para adaptarlas a las actuales necesidades, hasta la posibilidad de realizar una regulación de la empresa pública, en general, en la que se comprendan todos los aspectos relacionados con las sociedades mercantiles de la administración.

-En definitiva conservar, actualizándolo, el sentido de derecho administrativo como derecho garantizador de los derechos de los ciudadanos, y como cauce para la obtención del interés general, replanteándonos la posibilidad de que dentro del nuevo derecho administrativo se consigan los fines que la administración debe prestar sin que se produzca la desnaturalización, por su administrativización de instituciones del derecho privado.

BIBLIOGRAFÍA

- Albi Cholbi, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, 1960, en especial, p. 347 y ss.
- Ariño Ortiz, G., *La administración institucional: sus fuentes normativas*, Madrid, 1960.
- Baena del Alcázar, M., *Administración central y administración institucional en el derecho español*, Madrid, 1975.
- Clavero Arévalo, M.F., *Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las administraciones autónomas*, Documentación administrativa, nº 58.
- Duque Domínguez, J., *La sociedad privada municipal*, en revista de Estudios de la Vida Local, nº 179, 1973.
- Fernández Rodríguez, T. R., *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, Revista de Administración Pública, nº 46, 1966.
- Font I, Llovet, T., *La administración institucional de las comunidades autónomas: Notas sobre la generalitat de Cataluña*, Revista de Administración Pública, nº 93, p. 313 y ss.
- Garrido Falla, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950; *La administración institucional*, 1974; *Origen y evolución de las entidades instrumentales y de las administraciones públicas*. Ponencia en Congreso Homenaje al prof. Clavero, Sevilla, setiembre 1991 (Inédito).
- Jiménez de Cisneros, *Los organismos autónomos en el derecho público español, tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987.
- Martín-Retortillo, S., *Entidades instrumentales*, ponencia en Congreso Homenaje al prof. Clavero, Sevilla, setiembre 1991 (Inédito).
- Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, t. II, 4ª ed., Madrid, 1990, p. 246 y ss., y *La administración institucional de la comunidad de Madrid*, Madrid, 1987.
- Sala Arquer, J. M., *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 42, p. 401 y ss. y *Proyecto docente e investigador*, Valladolid, 1992, p. 331 y ss. (Inédito).
- Santamaria Pastor, J.A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, 1988, Capítulo Decimosegundo, p. 1.181 y ss.
- Villar Palasi, J. L., *Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones públicas*, Ponencia en Congreso Homenaje al prof. Clavero, Sevilla, setiembre 1991 (Inédito).