

SOCIEDADES ESTATALES: UN RÉGIMEN INADECUADO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA PÚBLICA

Por

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho de los Sectores Regulados 12 (2023)

RESUMEN: El régimen jurídico de las sociedades estatales contiene numerosas deficiencias que dificultan la competitividad de la empresa pública. Desde la perspectiva del Derecho practicado, se articulan estas notas críticas

PALABRAS CLAVE: Sociedades estatales, competitividad

SUMARIO: I. Planteamiento general. II. Otras consideraciones previas. III. Las empresas públicas y el interés general. IV. Una visión de la situación de las empresas públicas dependientes de la Administración General del Estado. V. La dificultad de acotar su régimen jurídico. VI. La organización de la vida societaria: creación, fusión, modificación y extinción de sociedades y el papel del Consejo de Ministros. 1. La creación de sociedades: un proceloso camino mal regulado. 2. El régimen jurídico de la creación de sociedades: carencias e inadecuaciones. 3. Otras operaciones societarias. 4. Responsabilidad de administradores. VII. La aplicación de las reglas de contratación pública: un arcano inexplicable. VIII. La aplicación de las reglas de gestión de personal de las Administraciones Públicas como elemento de distorsión. IX. El organismo de tutela. X. Una cuestión financiera: inversiones, capacidad de endeudamiento y su control. XI. El control económico-financiero. XII. Consideraciones finales.

STATE-OWNED COMPANIES: AN INADEQUATE LEGAL REGULATION FOR PUBLIC ENTREPRISE

ABSTRACT: The legal regimen of state-owned companies has numerous deficiencies that hinder the competitiveness of public companies. From the perspective of the practiced law, these critical notes are articulated.

KEYWORDS: State-owned companies, competitiveness

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La empresa pública se encuentra en una situación paradójica. A pesar de que está reconocida en el artículo 128,2 de la Constitución (*“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o*

servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general") el régimen jurídico que tiene a su disposición provoca disfunciones importantes en cuanto a su funcionamiento, que le impiden desarrollarse y competir con normalidad con los operadores privados de su sector.

Posiblemente, haya un problema de partida: la equiparación entre el régimen de la empresa pública y el de las sociedades estatales. No quiero entrar en una discusión terminológica, pero todas las empresas públicas son sociedades públicas, pero no todas las sociedades públicas son empresas públicas. Y aquí radica parte del problema que tienen en cuanto a su régimen jurídico.

En efecto, cuando nos planteamos las cuestiones del régimen jurídico de la Administración, e incluso cuando nos planteamos ese interrogante, para mí irresoluble, de qué es el Derecho administrativo, suele plantearse el problema, hoy manido, de la *huida del Derecho administrativo*. Una huida que se suele exteriorizar en la utilización del Derecho privado por parte del sector público a través de la creación de sociedades estatales para la gestión de actividades públicas; eludiendo la dureza y las limitaciones que se imponen por este sector del ordenamiento.

Vista esta idea general, es fácil recordar que las funciones públicas en materia de vivienda en el Ayuntamiento de Madrid están siendo gestionadas por la Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo, S.A. De igual forma la construcción de infraestructuras en Cataluña lo realiza el Infraestructuras de la Generalitat de Cataluña, SAU; o que las antiguas autopistas de peaje han caído bajo la gestión de la Sociedad Estatal de Infraestructuras Terrestres. Si lo vemos así, y nos quedamos en la superficie, la idea de la huida es real.

No obstante, es obvio señalar que no todas las sociedades mercantiles públicas son manifestación de la misma realidad. Estas tres que acabo de citar formarían el núcleo de las que ejecutan políticas públicas y en las que, incluso, el recurso a la forma de sociedad mercantil resulta discutible, ya que no disponen de una finalidad comercial y, por ello, deberían ser un órgano administrativo o una entidad sometida al Derecho público¹. Intentar recurrir al Derecho privado supone huida, aunque cada vez tenga ésta un recorrido más limitado, debido a la emergencia de este Derecho privado administrativo y a que ellas sí están sometidas a exigencias de contratación pública (son poderes adjudicadores) y de naturaleza contable.

¹ Así, por ejemplo, el excelente artículo de Chinchilla Marín, C., "Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada ¿realidad o ficción?", publicado en la *Revista de Administración Pública* número 203 (2017), páginas 17 y siguientes; aborda el problema de las sociedades partiendo de consideraciones que son aplicables a las que se dedican a la ejecución de políticas públicas, y que no son proyectables a las empresas públicas.

Pero, a su lado, hay sociedades estatales, como Correos, que actúan en mercados liberalizados donde se está compitiendo con Amazon, La Poste, DHL o Royal Mail. Una situación que es tanto más paradójica cuando vemos que las tres últimas son filiales de empresas públicas en sus países de origen que aquí actúan como empresas privadas en todos los extremos, sin someterse a ninguna regla de carácter público. CORREOS, como empresa pública, la última gran empresa pública del Estado, no se puede equiparar a las tres sociedades públicas españolas que he citado con anterioridad. Es una sociedad estatal que funciona como una empresa y que debe tener un régimen jurídico adaptado a su naturaleza empresarial.

Esta distinción entre SEITT y CORREOS, la primera desarrollando políticas públicas en materia de infraestructuras, la segunda compitiendo en un mercado liberalizado tremendamente exigente (el postal y el de la paquetería) y a la que se exigen resultados económicos, nos debe hacer ver que su régimen no puede ser coincidente. La forma jurídica igual (sociedad anónima estatal) da pie a una diversidad absoluta de fines y medios. Y por ello, el régimen jurídico de ambas entidades no puede ser equivalente.

Si se analiza la cuestión incluyendo a estas sociedades que actúan en mercados con una facturación que deriva de la venta de bienes o servicios en el mercado, nos damos cuenta de que la situación de las sociedades estatales, de entrada, no es uniforme y, de salida, la articulación de su régimen jurídico debe estar presidido por otros parámetros; que dependan de cuál sea la función que cumplen; en definitiva que se trate de una sociedad que compite como un agente más en el mercado, que constituya una empresa pública, en donde lo más característico es que constituye una empresa.

La idea que va a latir en todo este artículo es este, cuestionar la adecuación del régimen jurídico de las sociedades estatales para ser empresas públicas económicamente sostenibles. Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico no sólo no favorece a la empresa pública sino que perjudica su funcionamiento con arreglo a las reglas de mercado, a las que se ha de someter necesariamente.

Porque aquí lo que está en juego es “si nos creemos o no” la empresa pública. Si nos la creemos, debemos permitir que compita de forma activa en el mercado. Sus beneficios son rendimientos que repercuten en todos nosotros porque su accionista mayoritario es el Estado. Si no nos la creemos, si configuramos su régimen jurídico como una carrera de obstáculos estamos haciendo un flaco favor a las empresas, a sus trabajadores, pero también a la consideración de la economía española en el mundo e incluso estamos perjudicando el erario público. Y aquí hay que dar un gran salto adelante.

Para ello, hay que empezar olvidando el modelo neoliberal de las malas privatizaciones que se hicieron en los años 90 del siglo pasado y que han hecho que España carezca de una empresa pública de relevancia en sectores estratégicos como la

energía o las telecomunicaciones. Ni Francia ni Alemania ni Italia han hecho este desistimiento de participar en estos sectores económicos. Y, desde luego, la pandemia covid19 ha mostrado como se les proporcionan ayudas públicas sin ningún complejo porque es la propia competitividad de la economía la que está en juego.

Es incomprensible la percepción que se tiene en nuestro país de las empresas públicas. Posiblemente no sea más que una consecuencia menor de ser uno de los países de Europa con menos gasto público ponderado en función del PIB y en donde tenemos un complejo mayor antes de abordar el papel de la empresa pública, a pesar de que está constitucionalmente reconocido en el artículo 128.2 de la Constitución.

II. OTRAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Si quisiéramos fijar un hito temporal en la administrativización del régimen de las empresas públicas y en la pérdida de capacidad de actuar, lo podríamos fijar en el año 2012, cuando se comenzaron a dictar una serie de medidas que iban tanto en la reducción de su número como en acotar el gasto de personal. La crisis económica era muy relevante y se adoptaron medidas que pretendieron acotar el gasto público sin plantearse los efectos en cuanto al funcionamiento de las entidades afectadas.

El Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, es una buena muestra de lo que se está señalando. Fue ésta una época en la que, además, las empresas públicas presentaron una reducción de sus planes de actuación. Un cambio que afectó a aspectos de gran detalle, como la regulación de los contratos de alta dirección de las empresas públicas, que están recogidos en la Disposición Adicional 8ª del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Pero el efecto fue mucho mayor que el relativo al régimen de la empresa pública. Hoy, como hemos afirmado previamente, el Derecho que rige a las sociedades públicas (y, con ello, de las empresas públicas) está muy administrativizado. Se ha pensado que reconducir indirectamente la actividad de las empresas públicas a un sistema más rígido proporciona mayor seguridad y garantiza que no se produzca un mal uso de los instrumentos del Estado, especialmente si estamos hablando de dinero público. La historia nos dice que este tipo de controles no son, a la postre, demasiado útiles si lo que se quiere es luchar contra la corrupción. De hecho, en el apogeo de los controles, conviene recordar los problemas que hubo en Acuamed.

El problema de la intensidad de la administrativización del régimen jurídico nos acaba conduciendo a la cuestión central a la que debe dar respuesta el ordenamiento jurídico: la naturaleza y funciones de la empresa (pública o privada) está marcado por la idea de

riesgo económico, que deriva (de forma objetiva) de cómo se desenvuelve el sector económico, cómo está estructurada la empresa para hacer frente a dichos riesgos y cuál es el grado de competencia de los gestores en realizar sus cometidos. Desde esta perspectiva, la idea de seguridad, que late en el funcionamiento administrativo supone limitar mucho un funcionamiento adecuado para actuar de acuerdo con criterios empresariales, aunque el accionista último sea el Estado.

La cuestión que me planteo es si la estructura general del ordenamiento jurídico para la empresa pública resulta lo más adecuado. Porque aquí se aúnan un problema de cuál es el ordenamiento aplicable y la sensibilidad que se tiene cuando la entidad a la que se aplica está en el mercado compitiendo.

Porque como he señalado antes, es razonable que así sea cuando es una sociedad instrumental, que está actuando en nombre de la administración matriz para ejercitar una política que tiene asignada. La (mala) sentencia del Tribunal de Cuentas del asunto de la EMVS (por el fondo y por la argumentación que le lleva a ella) muestra lo poco claras que se tienen las cosas².

No obstante, en las demás sociedades, las que componen el (reducido) aparato industrial del Estado, el que compite en el mercado, estoy convencido de que ésta no es la solución más acertada. Porque una administrativización amplia de su régimen jurídico limita la flexibilidad de la gestión que requiere una entidad que está en el mercado compitiendo con otros operadores que no tienen estas restricciones en su actividad. Y supone, indirectamente, que estamos duplicando los controles: tiene los numerosos del Derecho mercantil y tiene los del Derecho administrativo.

Cuando afirmo esto, no estoy señalando que todos los principios del Derecho público no se le deban aplicar. Ni que actúen como una entidad al margen del Estado. Eso sí, que se controle en las condiciones que debe estarlo. Lo que estoy señalando es que los retrasos que comportan la normativa pública son incompatibles con un mercado ágil y en el que las oportunidades van pasando a la velocidad de la luz.

² La Sentencia nº 11/2018 de 27 de diciembre de 2018, del Tribunal de Cuentas, ha decidido la condena a la ex Alcaldesa de Madrid, Ana Botella, y a los integrantes de la Junta de Gobierno, así como al Consejero delegado como responsables de un daño a la empresa municipal del suelo del Ayuntamiento de MADRID al pago de más de 22.711.518€ de euros como consecuencia de la venta en octubre de 2013 de 1860 viviendas, 1797 plazas de garaje y 1569 trasteros, más otros 89 elementos no vinculados, a las mercantiles Fidere Vivienda, S.L.U. y Fidere Gestión, S.L.U., sociedades instrumentales de Magic Real Estate, S.L. Esta sentencia fue revocada con posterioridad. Una nota se puede leer en <https://globalpoliticsandlaw.com/archivos/2018/12/28/ana-botella-condenada/>

III. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y EL INTERÉS GENERAL

Uno de los aspectos más relevantes del funcionamiento de las empresas públicas es su relación con la salvaguardia del interés general. La realidad es que, a diferencia de lo que ocurre con las administraciones públicas que “sirven con objetividad a los intereses generales”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución, en el caso de las empresas públicas el interés general aparece de forma indirecta.

Indirecta, en la medida en que el interés general se muestra en el momento en el que el Estado toma una participación en una sociedad, ya sea creándola, adquiriéndola con participación mayoritaria, ya sea con una participación minoritaria. Ahí se muestra el interés estratégico para el poder público del sector de actividad en donde se desempeña esa empresa, que considera que el impulso y cierta influencia pública es relevante y que se manifestará a través de la presencia pública en los órganos de administración.

A partir de ahí, el interés que han de desarrollar los administradores es meramente empresarial, en el sentido de que han de actuar para la generación de beneficios, asumiendo el riesgo empresarial. Por ello, no resulta conveniente que existan cadenas de transmisión de la voluntad del accionista público, ni en órganos decisores, ni en órganos ejecutivos, ni en el secretariado de los consejos de administración, ni en órganos de asesoramiento que sean externos a los que están recogidos en la legislación.

El único marco válido es el recogido en el artículo 178.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en donde se dispone que *“en casos excepcionales, debidamente justificados, el Ministro al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades previstas en el artículo 166.2, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución”*. Esta potestad se extiende a los órganos de los holdings de gestión de acciones.

Tres son, por tanto, los requisitos para poder emitir instrucciones: excepcionalidad (lo que obliga a que sean los órganos de la empresa los que tomen las decisiones básicas para el funcionamiento de la empresa), carácter escrito (lo que elimina la práctica de las instrucciones verbales, que se lleva el viento) y justificación del interés general afectado. Fuera de estos supuestos no se pueden imponer decisiones.

En todo caso, a estos efectos, conviene recordar que, de acuerdo con las Directrices de la OCDE el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, el gobierno no debería implicarse en la gestión cotidiana de las empresas públicas, y debería darles plena autonomía operativa para alcanzar sus objetivos y, asimismo, el Estado debería dejar a los Directorios de las empresas públicas ejercer sus responsabilidades y respetar su independencia. Aquí hay un filo hilo que no siempre encuentra una solución satisfactoria,

sobre todo cuando la capacidad de los órganos de administración es especialmente limitada por comparación con lo que ocurre en otros países.

Cuestión distinta es la responsabilidad política que pudiera asumir el directivo de la empresa pública que actúe fuera de las indicaciones que se pudieran dar. Ahora bien, esto forma parte de una decisión que tiene aspectos metalegales, que dependerá de la relación que exista entre quien integre el órgano de administración y el órgano que directa o indirectamente le haya designado.

En todo caso, este aspecto del interés general es posiblemente el ámbito en el que se ve con más claridad la distinción entre sociedades públicas que desarrollan políticas públicas (que, obviamente, ponderan el interés general) y las que son empresas públicas, que no realizan, por las razones expuestas, dicha ponderación.

IV. UNA VISIÓN DE LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

En nuestro país, las sociedades estatales están agrupadas entorno a dos grandes grupos, uno gestionado por la Dirección General de Patrimonio, dependiente del Ministerio de Hacienda y otro dependiente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, también dependiente del Ministerio de Hacienda.

Si observamos la descripción del denominado "Grupo Patrimonio" que aparece recogida en su web, leemos que lo que proporciona unidad a este "Grupo Patrimonio" es que en su interior se "integra principalmente un grupo heterogéneo de empresas públicas encuadradas en sectores no industriales, que operan como instrumentos flexibles en la ejecución de políticas públicas singulares, o como herramientas al servicio de las políticas de los Departamentos a los que estén funcionalmente adscritas". Paradójicamente, hay actividades netamente comerciales en este grupo, como son los casos de Paradores o las participaciones estatales en el Club de Campo Villa de Madrid, S.A. o en la Sociedad Estado de la Cartuja); CELESA (dedicado a la exportación de libros), hay varias empresas financieras (CERSA, ENISA) y empresas dedicadas a la prestación de servicios como el juego (Loterías y Apuestas del Estado) o los seguros, como es el "Grupo CESCE, S.A. No hay, por tanto, un nexo común que agrupe todas las empresas que están en el Grupo Patrimonio. Este grupo tiene un resultado bruto de explotación positivo de 2.523.624M€ y tienen un empleo medio agregado de 7137 personas a lo largo del año 2020.

Si hacemos el ejercicio de ir a la página web de SEPI leeremos que "la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) es un instrumento estratégico en la aplicación de la política diseñada por el Gobierno para el sector público empresarial. Su misión es rentabilizar las participaciones empresariales y orientar todas las actuaciones

atendiendo al interés público. De esta forma, la gestión de SEPI debe aunar la rentabilidad económica y la rentabilidad social”. Cogiendo sus magnitudes, en SEPI se encuentran 15 empresas participadas de forma directa y mayoritaria (Grupo Correos, Navantia, Hunosa, Agencia EFE o el Hipódromo de la Zarzuela...), donde trabajan en la actualidad más de 75.000 personas. Es, asimismo el accionista de la Corporación RTVE, tiene una fundación pública tutelada y participaciones directas minoritarias en nueve empresas e indirectas en más de cien sociedades (entre las que están INDRA, IAG, ENRESA, RED ELECTRICA).

No hay una diferencia clara entre la pertenencia a uno u otro grupo. El Club de Campo y el Hipódromo de la Zarzuela son empresas dedicadas a un objeto similar y, sin embargo, están en grupos diferentes. Otro tanto pasa por las empresas financieras. Esta dificultad de separar entre las empresas de los dos grupos gestores de la titularidad estatal de las acciones nos plantea también dificultades para la articulación de un régimen jurídico eficaz para la creación de sociedades.

Pero estas son diferencias que no están en el ordenamiento jurídico, que analiza las sociedades estatales como un todo uniforme a pesar de que sus objetivos no son equivalentes. Hoy, la única distinción es la que procede de su clasificación en tres grupos que recoge el RD 451/2012, en función de cinco criterios: a) Volumen o cifra de negocio; b) Número de trabajadores; c) Necesidad o no de financiación pública; d) Características del sector en que desarrolla su actividad: complejidad, sector estratégico, internacionalización y e) Volumen de inversión. Criterios que sirven para determinar cuál es la retribución de sus directivos y para concretar cuál es el número máximo de integrantes de su Consejo de administración. Calificación de sociedades que, por otra parte, es manifiestamente imposible de modificar en cuanto se cataloga a alguna.

Aunque el concepto de empresa pública pueda tener problemas de definición, creo que, al objetivo que me planteo, debemos abordar la situación de las empresas públicas que actúan en mercados liberalizados, compitiendo con otros operadores del sector.

V. LA DIFICULTAD DE ACOTAR SU RÉGIMEN JURÍDICO

Como punto de partida para examinar el régimen jurídico de las empresas públicas, hemos de recoger lo dispuesto en el artículo 113 LRJSP, en donde se dispone que “Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”. Una

regla que por su indefinición plantea numerosos problemas de aplicación, especialmente en relación con el personal y la contratación, como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

Si queremos analizar cuál es el régimen real de las empresas públicas tendremos que hacer una operación interpretativa diaria entre la legislación general de sociedades de capital y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público como normas de cabecera. Y, a partir de ahí, ir diseccionando entre la legislación de contratos públicos y la de derecho privado, el estatuto del empleado público y el estatuto de los trabajadores... careciendo de la seguridad necesaria en cuál sea su régimen jurídico.

Porque, además, si tomamos los informes de los órganos encargados del control y el asesoramiento de las empresas públicas, observaremos que, a sus ojos, son Administraciones públicas. Es cierto que en este hecho influye la presencia de miembros de los Altos Cuerpos del Estado en los Consejos de administración (Intervención, Abogacía del Estado, Técnicos Comerciales...), incluida, usualmente, la Secretaría del Consejo de administración, que están habituados a un funcionamiento de Administraciones públicas. Todo lo cual genera disfunciones.

Por tomar un ejemplo, lo que ocurre con la aplicación del artículo 322 de la LCSP, que nos lleva directamente al Código civil, y lo que ocurre en la práctica por razones variadas, que nos conduce al cuerpo general de la LCSP para poderes adjudicadores, es el ejemplo que mejor exterioriza el problema. Posiblemente sea por inercia, por la falta de concreción de su régimen jurídico, o por otra razón oculta, pero lo cierto es que no se extraen las consecuencias de que no son administraciones públicas sino empresas.

Esta cuestión de la concreción del régimen jurídico constituye uno de los aspectos más complejos del asesoramiento jurídico de las empresas públicas. Y posiblemente donde haya que dar un cambio cualitativo más relevante, superando las pautas y los modos de realizar el asesoramiento jurídico de las Administraciones Públicas para adaptarnos a un sistema que piense en el funcionamiento de una empresa privada que funciona en un marco liberalizado y competitivo. Pero esa es otra historia que dejo para otro momento³.

³ Sobre esta cuestión, puede verse el estudio que he realizado con Medina Arespachaga, A., "El asesoramiento jurídico de la empresa pública", de próxima publicación.

VI. LA ORGANIZACIÓN DE LA VIDA SOCIETARIA: CREACIÓN, FUSIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES Y EL PAPEL DEL CONSEJO DE MINISTROS

1. La creación de sociedades: un proceloso camino mal regulado.

Uno de los aspectos donde mejor se debiera sentir la flexibilidad del régimen jurídico de las sociedades es en el régimen de creación, modificación y extinción. Una cuestión que afecta, evidentemente, a las entidades de nueva creación pero que es especialmente relevante en los casos en los que una sociedad ya constituida realiza una operación societaria.

El régimen está contemplado en el artículo 169 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en el artículo 114 de la Ley 33/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Un régimen que presenta numerosas carencias y que, al mismo tiempo, está bastante inadaptado para la configuración de un sector público eficaz.

En el artículo 169 f) de la LPAP se señala sencillamente que es competencia del Consejo de Ministros “autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición por sociedades existentes”. De igual manera, es competencia de ese órgano la autorización de negocios jurídicos de enajenación de acciones que supongan la pérdida de la sociedad estatal. Se trata de una regla indiscriminada, que se aplica tanto a la constitución de sociedades de nuevo cuño como a la realización de operaciones de reorganización empresarial que pudieran hacer aconsejable la escisión de una parte de su actividad.

También es indiscriminado con independencia del capital social que tenga la sociedad, ya sean 100.000€ o 15 millones de euros. Pero nótese, cuando se adquiere una participación minoritaria por importe de 10 millones de euros, por fijar una cantidad, el acuerdo del Consejo de Ministros no es relevante, a pesar de que el Reino de España sería responsable en la cuantía que corresponde a su participación.

Conviene recordar un dato de Derecho comparado para examinar la razonabilidad de la decisión de llegar al Consejo de Ministros para todo proceso de constitución de sociedad: en el caso del Grupo La Poste, en Francia, el derecho de examen por parte del Estado de las actividades del Consejo de administración tiene su suelo en este punto de la constitución de sociedades en 200 millones de euros. En el caso de operaciones de reorganización de sociedades, el examen del Consejo se encuentra en los 300 millones de euros. Se trata, en definitiva, de un planteamiento diferente sobre la responsabilidad que tienen los miembros del órgano de administración y, al mismo tiempo, un marco de

relaciones entre el Estado y la sociedad pública basada en criterios diferentes, que hacen al gestor el responsable del buen funcionamiento de la sociedad.

Si tomamos el caso de una empresa incluida dentro de SEPI nos encontraremos que el proceso de constitución de una sociedad requiere acuerdo del consejo de administración de la sociedad proponente, acuerdo del Consejo de administración de SEPI, informes variados en los Ministerios, acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, acuerdo de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios y, finalmente, acuerdo del Consejo de Ministros. Tiene que haber, además, informe del Ministerio de Hacienda y de la Intervención General de la Administración del Estado (tal como dispone el artículo 114.2 LRJSP).

Sinceramente, me parece excesivo. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2003, reafirmada por la de 26 de enero de 2004, se señaló que el acto de control que realice el Gobierno “no puede tener un alcance tan absoluto, que permita interferirse en la estrategia comercial de ésta”.

Es excesiva por el número de órganos que participan en la decisión y es compleja por la escasa sensibilidad que hay (y éste es un dato sociológico, no de crítica) desde los Cuerpos Superiores de la Administración del Estado ante el funcionamiento y desarrollo de las empresas públicas. Es el conflicto que señalaba con anterioridad entre el riesgo y la seguridad.

2. El régimen jurídico de la creación de sociedades: carencias e inadecuaciones.

Fruto de ello, posiblemente, sea la regulación que recoge la Ley de Régimen Jurídico, que aborda los requisitos para la creación de la sociedad estatal de la misma forma que si se tratara de un órgano incluido dentro de la Administración⁴. El artículo 114.1 LRJSP dispone lo siguiente:

1. La creación de una sociedad mercantil estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida será autorizada mediante acuerdo del Consejo de Ministros que deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan de actuación que contendrá, al menos:

a) Las razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades. A estos efectos, deberá dejarse constancia del análisis realizado sobre la existencia de órganos o entidades que desarrollan actividades análogas sobre el mismo territorio y población y las razones por las que la creación de la nueva

⁴ Sobre esta cuestión, resulta obligatoria la lectura del libro de Fernández Torres, I., La creación de sociedades públicas a examen, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2021).

sociedad no entraña duplicidad con entidades existentes.

b) Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado.

c) Los objetivos anuales y los indicadores para medirlos.

Los dos primeros apartados son coincidentes con lo que dispone el artículo 92.1 de la misma norma para la creación de un Organismo Público y demuestra el sesgo que tiene la estructura y configuración del sector público empresarial, que sin duda proviene del origen de los autores de la ley con escasa o nula experiencia en gestión de sociedades públicas. Y, con ello comienza la inadecuación del régimen jurídico para constituir nuevas sociedades estatales.

No es útil para ponderar la conveniencia de una sociedad estatal un análisis comparativo con respecto a un organismo público, por mucho que este precepto se hiciera en el periodo de lucha contra la duplicidad administrativa. La sociedad estatal, como forma jurídica de la empresa pública, tiene una orientación totalmente diferente: la empresa pública es, antes que otra cosa empresa y por ello ha de obtener beneficios. Además, está adjetivada como pública para reflejar cuál es el titular de su capital.

Tampoco es adecuado el inciso primero. Su función económica no se puede desarrollar por otro órgano que efectúe funciones similares, que sencillamente no existe. La existencia de sociedades con objetos parecidos en el mismo grupo de sociedades no es un factor negativo porque, precisamente, la estructura del grupo puede aconsejar desgajar una sociedad para cumplir con su finalidad de forma más eficaz. Pero, al igual que ocurre con las sociedades privadas, las operaciones de reorganización empresarial cumplen una razón económica, para aprovechar sinergias y concentración de objetivos en casos concretos.

Pero lo más llamativo es que el precepto obvia todo aquello que es imprescindible para valorar si conviene o no crear una sociedad en este ámbito y que se articularía sobre el plan de negocio y los demás elementos que están alrededor: a) debería examinarse el sector económico, b) la conveniencia o no de la presencia del Estado como prestador de servicios utilizando la cláusula del artículo 128 de la Constitución; c) el plan de negocio que refleje la estructura y la previsión de ingresos y gastos, fijando una previsión sobre el momento de la obtención del punto de equilibrio y d) una previsión sobre el personal necesario para una ejecución eficaz de la actividad. Vamos, lo que se hace ante cualquier proyecto empresarial.

En definitiva, la norma no prevé el análisis de nada de lo que en condiciones normales podría ser conveniente para decidir sobre la creación de una sociedad. Posiblemente el contenido del artículo 114.1 sea válido para otro tipo de entidad del

sector público, pero desde luego no aporta mucho para ponderar la conveniencia de creación de una sociedad que va a desempeñar una actividad empresarial.

Si el proceso que se ha iniciado en el sector público tiene como objetivo la constitución de una sociedad filial de una sociedad ya existente (que es el proceso más común en los últimos tiempos), tampoco consta cómo va a incidir en la actividad de la matriz y cómo repercute en la creación de un “grupo de sociedades” en el sentido del artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si, recogiendo una fórmula de Alejandro Nieto, atendemos ante el Derecho practicado, de hecho, la práctica de la creación de las sociedades no está precisamente reglado. Los informes (y, con ellos los posibles vetos o dificultades a la creación de la sociedad) surgen de forma espontánea durante el trasiego de la documentación por los Ministerios afectados, que a la larga son todos, en la medida en que las rondas previas (configuradoras del orden del día) a que el asunto llegue al Consejo de Ministros permite la participación de todos. Posiblemente, sin demasiado conocimiento sobre el sector económico en el que se vaya a participar.

Y cuando se incorporan los informes de los órganos de intervención y, en general, de los órganos administrativos de control, se observa el alejamiento que tienen de una actividad mercantil. Son órganos administrativos, que conocen el funcionamiento administrativo, pero que el Derecho mercantil y el funcionamiento empresarial les resulta muy lejano. Y si late en algo su planteamiento es la poca sensibilidad hacia la participación del Estado en la economía.

El acuerdo de creación de una sociedad “deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos”. Unos estatutos que, en muchos casos, ciertamente, resultan rudimentarios para una gestión eficaz de la sociedad. De hecho, hay casos en los que la forma en la que están redactados constituye una rémora para el funcionamiento de la sociedad, en la medida en que acotan en exceso esa actividad, impidiendo que puedan realizar actividades conexas. De hecho, el objeto social suele ser tan estricto que no prevé la posibilidad de desarrollo del sector económico a otros afines. El caso de la sociedad, hoy extinguida NEXEA, es, en este sentido, paradigmático de lo que no debe ser un objeto social,

Por otra parte, el contenido obligatorio que señala la norma constituye una expresión que es incompleta en los casos en los que el Estado constituya una sociedad con un tercero o en los casos en los que dos entidades del sector público quieran constituir una sociedad nueva. De nuevo, la norma no prevé todas las situaciones en las que se puede encontrar una entidad del sector público que cree una sociedad.

Por último, no hay especial sensibilidad para los acuerdos de socios que se acuerdan con entidades del sector privado, algo que, por otra parte, aparentemente se quiere

potenciar en los procedimientos de colaboración público-privada. Aquí la Administración a la hora de realizar sus ponderaciones no percibe una realidad: el proyecto de estatutos y el pacto de socios son la consecuencia de una negociación, en donde el valor fundamental no deriva de una cláusula aisladamente considerada, sino que tiene que ser el resultado de un examen de conjunto, viendo cómo queda protegido el sector público y como se aprovechan las sinergias y posibilidades que abre el socio privado. Ni que decir tiene que en los casos en los que el Estado tiene una participación minoritaria el problema es aún mayor.

Pero incluso los procedimientos de selección de socio se quieren llevar a la necesidad de licitación en un mal entendimiento de lo que es la normativa pública de contratación. No es ninguno de los contratos que están recogidos en la directiva y, si alguno se asimila es al contrato patrimonial, que está excluido de la LCSP. Solo la aplicación del artículo 175 LPAP obliga a un concurso o subasta para la enajenación de acciones en determinadas ocasiones.

3. Otras operaciones societarias

El régimen de las sociedades mercantiles públicas presenta numerosas carencias. La Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante) y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante) no han previsto todas las implicaciones que tiene el hecho de encontrarnos ante sociedades públicas, lo que actúa como condicionante de la aplicación del régimen societario. Unas carencias que son similares, en el fondo, a las que hay en el proceso de creación de sociedades estatales.

Es cierto que las operaciones de reestructuración empresarial en el ámbito público no son comunes. Posiblemente sea consecuencia de que se ha olvidado por el legislador que es un instrumento muy adecuado para la generación de riqueza y, por ello, todas las opciones que plantea la legislación mercantil merezcan una adaptación a las necesidades del carácter público de la sociedad y que los bienes de las sociedades estatales públicas son bienes públicos.

Con la parquedad que se recoge el patrimonio empresarial público, el régimen de fusión societaria resulta ausente de la legislación administrativa, salvo para determinar la competencia del Consejo de Ministros en la fusión (que, siempre conlleva la extinción). Resulta paradójico, por cuanto que, en principio, las operaciones de fusión constituyen un elemento realmente normal de la vida societaria y que depende, en ocasiones, de la creación/modificación/extinción de un nicho de negocio que obligue a adaptarse a la nueva realidad, dentro de la cual la generación de sinergias que conlleva la fusión puede resultar muy relevante

En este proceso, hay que realizar una operación de integración entre la legislación mercantil de modificaciones estructurales⁵, la legislación administrativa y algunos aspectos de naturaleza laboral no recogidos en la legislación administrativa de empleo público que, como veremos con posterioridad, se aplica de forma supletoria. Estas páginas no tienen la pretensión de contener una explicación del procedimiento de aplicación, al que ya me he referido en otras ocasiones.

En todo caso, lo que sí se puede afirmar en este momento es que los documentos de motivación de las operaciones de modificaciones estructurales de las sociedades públicas deben contener los elementos que resulten adecuados desde una perspectiva económica, atendiendo al objetivo que se pretenda con la operación proyectada.

4. Responsabilidad de administradores

El siguiente aspecto que repercute en el funcionamiento societario es el régimen de responsabilidad de administradores, que experimenta un cambio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud del cual “La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó”.

Este precepto es una consecuencia de dos aspectos: por un lado, el régimen de designación y los criterios que se utilizan, que no dependen de las condiciones del cargo; y b) la escasa vinculación que existe entre administradores y sociedades en las que participan. De hecho, en múltiples ocasiones acaba siendo meramente un reconocimiento retributivo a través del sistema de dietas.

En estas condiciones, difícil es exigir un régimen normal de responsabilidad, tal como aparece en la legislación de sociedades de capital. De hecho, su responsabilidad se podrá repetir al administrador de forma discrecional, con lo cual el daño patrimonial a la sociedad ha de ser especialmente grande. Concretamente, el artículo 115.2 dispone que “la Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes

⁵ Hoy la legislación sobre modificaciones estructurales está recogida en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

administrativas en materia de responsabilidad patrimonial”. En este punto, el control que resulta más intenso es el que procede de la responsabilidad contable que provenga del Tribunal de Cuentas.

De hecho, este régimen de responsabilidad contradice las Directrices de la OCDE sobre la actuación de las empresas públicas, en donde se señala que los integrantes de los órganos de deben ser responsables de sus actuaciones⁶.

VII. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN ARCANO INEXPLICABLE

La regulación contemplada en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público constituye uno de los aspectos más inexplicables de la regulación de las empresas públicas. Aquí estoy haciendo referencia, obviamente, a aquellas que por estar compitiendo en mercados liberalizados no tienen la condición de poder adjudicador.

Este dato marca un punto de inflexión. La Directiva europea no se aplica a estas entidades tal como se refleja claramente en su artículo 1 (el subrayado es mío): “La presente Directiva establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras por medio de una concesión, de un valor estimado igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 8”. No se aplica porque no se debe aplicar: son entidades que compiten en mercados muy competitivos y los procedimientos de contratación pública no son sino una forma de retrasar la toma de decisión. Insisto en que los competidores pueden llamarse Amazon.

Inexplicablemente, la LCSP ha incluido estas sociedades dentro de un ámbito de aplicación ciertamente limitado (aunque no ha sido bien entendido por parte de las entidades encargadas de la verificación de la actividad contractual pública de estas sociedades) pero que sirve para ralentizar el funcionamiento de las empresas públicas⁷. Posiblemente fue el momento de lucha aparente contra la corrupción que se creía que

⁶ Sobre esta cuestión, se puede ver el artículo de Navarro Frías, I. “Sociedades públicas: Derecho mercantil vs. Derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales”, publicado en la *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56, 2019.

⁷ Concretamente, la Exposición de Motivos de la LCSP justifica de este modo la exigencia de mayor “disciplina”: “se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y previendo un nicho normativo para que, en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación”.

podía canalizarse a través de las empresas públicas lo que hizo que se llegara a esta conclusión por parte del Gobierno y se mantuviera en el Parlamento.

La realidad es que esta norma coloca a las empresas públicas en una situación de pérdida competitiva frente a las empresas que compiten en su mismo sector. Se dan situaciones paradójicas: Correos y Correos Express compiten con filiales de empresas públicas extranjeras, como La Poste (a través de SEUR) y ésta actúa como si fuera un operador de capital privado y, en cambio, el operador español tiene que someterse a las rigideces de la normativa contractual.

Nuestra norma no sólo los incluye, sino que, los últimos cambios legislativos han supuesto una nueva restricción en el funcionamiento societario. Los artículos 321 y 322 LCSP han supuesto una publicación del régimen jurídico de la contratación incluso en aquellos casos en los que la norma ha pretendido excluirlo. La aplicación limitada del régimen de sometimiento al principio de libertad de pactos del Código civil en fase de ejecución del contrato es, posiblemente, la muestra mejor de lo que se está señalando. Y ello con independencia de cuáles sean las consecuencias económicas para la empresa.

El régimen, como es conocido, parte de unas **Instrucciones**. La práctica post LCSP hizo que fueran en muchos casos un intento de hacer algo parecido a la norma, fruto precisamente de la influencia de aquellos que no están acostumbrados a gestionar empresas. En muchas ocasiones, cumplir la LCSP en aspectos en los que no resulta obligatorio constituía un prurito, con independencia del impacto que tuviera en la cuenta de resultados. De hecho, cuando se ha intentado flexibilizar el régimen para adaptarlo a su naturaleza empresarial, los órganos encargados de su verificación han mantenido su mismo sesgo de aplicación más amplia posible de la LCSP.

Pero la publicación del régimen jurídico ha dado un paso más: **la regulación de los contratos intragrupo**, recogidos en el artículo 321.6. Frente a la no exigencia de informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los casos de empresas y grupos privados de sociedades, el legislador español en la última Ley de Presupuestos Generales del Estado ha obligado a que se emita un informe en el que se ha de acreditar que “no distorsionen la libre competencia en el mercado”.

La distorsión en el mercado la puede provocar Correos exactamente igual que Amazon. Ni entre las empresas del Grupo público hay un mercado, porque todo se hace en casa en función de reorganizaciones de competencias entre las empresas del grupo, tal como dispone la Directiva, ni en el caso de Amazon y su grupo tampoco hay un mercado porque no hay necesidad de externalizar aquello que se hace dentro de sociedades del mismo grupo. La diferencia es que mientras Amazon y el resto de las empresas públicas de otros países no tienen necesidad de un examen previo de la CNMC, en el caso de la empresa pública española, sí resulta obligatorio.

Por otra parte, la consideración de las empresas públicas como **operadores económicos** y, con ello, excluirlos de la LCSP, tampoco se ve con buenos ojos por parte de los órganos de asesoramiento jurídico, a pesar de que está contemplado en el artículo 11.4 de la ley. Con ello estoy haciendo referencia al planteamiento, asentado en el Derecho europeo, de que cuando hay que contratar un bien o un servicio para realizar una actividad para tercero, no es preciso recurrir a la legislación de contratación. Una realidad que es, antes que nada, económica, porque si hay que efectuar una licitación de acuerdo con los postulados de la LCSP el negocio se pierde. No se puede hacer frente al tiempo que se tarda. La realidad económica no está acompañada con este planteamiento.

También constituye un freno a la actividad empresarial pública la regulación de los **medios propios** que se ha ido reforzando no sólo desde el plano legal sino desde la aplicación que se encuentra, por ejemplo en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios. Hoy ser un medio propio es un hándicap para el funcionamiento de las empresas públicas y, de hecho, las hay que han optado por perder este carácter por las consecuencias negativas para su gestión. Es un aspecto que está sometido, además, a un control periódico, que sigue las pautas del artículo 86.3 LRJSP: “en el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

VIII. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE GESTIÓN DE PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ELEMENTO DE DISTORSIÓN

La cuestión del régimen jurídico del personal de las sociedades estatales constituye una materia que genera numerosas disfunciones en cuanto a su funcionamiento cotidiano, precisamente por la publicación de su régimen jurídico. La primera regla de la que hemos de partir es que **el Estatuto Básico del Empleado Público no se aplica al personal de las empresas públicas** (salvo el caso residual de los funcionarios que quedan en Correos). Por tanto, las reglas del personal son las del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, el régimen del empleo público se aplica en los siguientes aspectos: acceso, (que ha de cumplir con los principios de mérito y capacidad, que son

característicos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 103 para el acceso a la función pública). De hecho, en la Ley de presupuestos Generales del Estado se hace referencia a que habrá bases “con el fin de hacer efectiva la aplicación de los principios de libre concurrencia, igualdad, publicidad, mérito y capacidad, Asimismo, se determinan procedimientos para limitar el número de efectivos y retribuciones, tanto de personal directivo (con una regulación específica en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades) como de los que no lo son.

La contratación de nuevo personal está sujeta, al igual que ocurre en la Administración, al concepto de “tasa de reposición”, que permite sólo la contratación de un porcentaje variable con respecto al personal que haya dejado de prestar su servicio en la sociedad de que se trate. Más aún, están sometidos a la autorización previa conjunta de los Ministerios de Hacienda y de Política Territorial y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado Función Pública, previo informe de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos la contratación de personal laboral. Paradójicamente, los contratos de puesta a disposición de empresas de trabajo temporal han perdido el régimen de autorización previa, lo que contrasta con la política del Gobierno de coalición de impulso a la contratación indefinida, incluso dentro de las empresas públicas.

La Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado limita el funcionamiento de las empresas públicas de una doble forma:

a) **No se podrá contratar personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.** El criterio de excepcionalidad lo tiene que percibir la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda. La dificultad para la contratación de personal temporal supone una limitación para atender a los picos de actividad que se pueden producir en las empresas (especialmente en momentos de una situación económica voluble) y cuestionan ciertos modelos de negocio. De hecho, la falta de entendimiento de las peculiaridades de los negocios y la excesiva procedimentalización y concreción temporal ha llevado a que se disponga que “a los efectos de obtener autorización para la contratación temporal, en el primer semestre del año las sociedades y entidades públicas empresariales deberán remitir a dichos Ministerios, a través del accionista mayoritario, o del Ministerio u Organismo Autónomo del que dependan, una relación de las necesidades previstas para el ejercicio, sin perjuicio de poder solicitar posteriormente autorización para aquellas contrataciones cuya necesidad se plantee en el curso del ejercicio”. En el desarrollo de la actividad empresarial precisar una triple autorización (porque en los casos de empresas del grupo SEPI, hace falta, asimismo, la de esta entidad) supone un perjuicio considerable al desarrollo de la actividad.

b) La alteración al alza del número de personas sometidas al régimen del personal directivo está limitado sustancialmente, salvo que se incluya dentro del Plan Estratégico de la Compañía, autorizado por la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos.

Resulta paradójico que, a pesar de que se están constituyendo sociedades estatales **no hay ninguna regla para la sociedad en constitución**, que se supone que es un momento en el que resulta necesaria la incorporación de nuevos perfiles y nuevo personal para atender al proceso de constitución.

Por último, el sistema se cierra con la incorporación del concepto de “**masa salarial**” al funcionamiento del sistema de autorizaciones, un elemento que se produjo desde el la Ley de Presupuestos para 2013 y que hoy sigue contemplado en la Orden HAP/1057/2013, de 10 de junio, por la que se determina la forma, el alcance y efectos del procedimiento de autorización de la masa salarial regulado en el artículo 27.tres de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, para las sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público estatal. Esto es, ha de ser autorizado el conjunto anual de las retribuciones salariales y extrasalariales y de los gastos de acción social devengados.

Un concepto que en realidad es doble, en la medida en que hay una masa salarial para personal directivo de segundo y terceros niveles (porque el contrato del personal directivo de primer nivel debe ser aprobado por la Dirección General de Costes de Personal) y otra masa salarial para el personal de niveles técnico y operativo.

Hay una cuestión más, que no deja de plantear interrogantes: cómo se aplica el **principio de subrogación empresarial** en los supuestos en los que las dos partes son entidades del sector público. Una realidad que, sin embargo, está chocando con la exigencia por vía interpretativa de que vuelvan a pasar por un proceso selectivo; a pesar de que a) ya lo superaron originariamente y b) la Directiva europea no contiene distinciones entre empresas públicas y privadas.

IX. EL ORGANISMO DE TUTELA

Todas las sociedades estatales tienen un Ministerio de tutela, que es el que tiene más relevancia con su funcionamiento. Como se ha visto con anterioridad, los dos grandes grupos empresariales del Estado tienen al Ministerio de Hacienda como Ministerio de Tutela, que la ejerce de hecho a través de la Dirección General de Patrimonio o a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

SEPI tiene aprobadas unas Normas Regulatoras del Sistema de Autorización y Supervisión de Actos y Operaciones del Grupo SEPI, aprobadas por su Consejo de

Administración en enero de 2023. Un régimen prolijo que supone, en definitiva, que todo aquello que se salga de la gestión diaria de la compañía ha de ser aprobado por SEPI.

Planes estratégicos, Programa Operativo Anual, Operaciones Financieras Activas y Pasivas, Operaciones de carácter industrial, comercial o inmobiliario, Actos de contenido organizativo, jurídico o sociolaboral. Prácticamente todo ha de ser aprobado por SEPI, que en ocasiones requerirá el apoyo del Ministerio. La intensidad del control se puede visualizar en dos ejemplos: sin autorización de SEPI no se puede allanarse en un litigio de cincuenta euros o el arrendamiento de un inmueble de quinientos un metros cuadrados requiere la autorización de SEPI. El control puede ser de informe, aprobación por el Comité de Dirección o aprobación por el Consejo de administración.

El problema, obviamente, estriba cuando SEPI ralentiza su funcionamiento porque sin la actividad de SEPI muchos proyectos no se pueden sacar adelante. Todo proyecto que suponga la generación de una nueva línea de negocio ha de ser aprobada por SEPI. La cuestión aquí radica en la adecuación de la estructura de la compañía para hacer frente a la valoración de estos proyectos. De hecho, el procedimiento escrito insiste mucho en una tramitación “jurídica” más que en una ponderación desde la estructura de negocio, que, obviamente se produce, aunque de manera informal.

La capacidad más relevante que tiene el Ministerio de tutela es la de dar instrucciones a la sociedad estatal, tal como se prevé en el artículo 116 LRJSP y 178 LPAP. Se trató durante mucho tiempo de algo extraordinario en el régimen del sector público hasta que se admitió con carácter general en las relaciones entre la Junta General y el Consejo de administración para las sociedades anónimas en el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma de 2014. No obstante, conviene recordar que la capacidad de impartir instrucciones está limitada del siguiente modo: a) hay capacidad de instruir “a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual”; b) Asimismo, aunque limitado a “casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución”.

Se trata de un planteamiento que podría plantear problemas en cuanto a la responsabilidad de los consejeros. Habida cuenta de que las instrucciones son obligatorias ¿cómo lo articulamos con el deber de abstención que están recogidos en el artículo 256 LSC? Con su exclusión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.6 LRJSP, cuando dispone que en este caso, los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido estas instrucciones actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 236 del Real Decreto

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.

Por último, en relación con aquellas sociedades estatales que ejecutan políticas públicas, el régimen de instrucciones debe ser diferente. Y aquí se muestra con especial nitidez la falta de criterio que tiene la legislación a la hora de abordar el régimen jurídico de las sociedades estatales y las empresas públicas.

X. UNA CUESTIÓN FINANCIERA: INVERSIONES, CAPACIDAD DE ENDEUDAMIENTO Y SU CONTROL

Uno de los aspectos más relevantes de las sociedades es cómo repercute su capacidad de financiación dentro de su funcionamiento interno. La autorización de las necesidades de financiación debería depender no sólo de su impacto en la deuda del Estado, sino también del uso que se vaya a hacer de ella. Una situación que en España resulta paradójica, en la medida en que hay mucho más reparo al que hay en países como Alemania o Francia para adoptar medidas de esta naturaleza.

La deuda de las empresas públicas que compiten en el mercado no debe aparecer en la información que se remite a Eurostat de acuerdo con el SEC 2010. No están clasificadas dentro del ámbito de las Administraciones Públicas, por lo que no aparece en la información que remite el Banco de España en las comunicaciones a la Comisión Europea. El propio SEC 2010 lo afirma con nitidez: *“El sector administraciones públicas incluye todas las unidades institucionales que son productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.”*

No obstante, la asunción de nuevas obligaciones, un aspecto fundamental para el desenvolvimiento de la actividad empresarial, está sometido a reglas equivalentes a las que tiene la deuda pública. La última modificación del artículo 111 en relación con el 98 de la Ley General Presupuestaria, contemplada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 (impulsada desde el Grupo Patrimonio) del régimen de la deuda ha ido, precisamente, en la dirección contraria de la flexibilidad que se requiere. La exigencia de que la deuda sea aprobada por la Junta General de Accionistas (o, para ser más exacto, por el Socio único de la sociedad), supone, de nuevo, un límite indirecto a la aprobación de operaciones de crédito. Una regla similar existe en el Grupo SEPI, en donde la autorización de las líneas de crédito y demás operaciones de endeudamiento han de ser otorgada por su Consejo de administración.

Pasa algo similar con los planes de inversión y, en general, con todas las inversiones que se quieran realizar; que han de ser autorizadas por los órganos de tutela. Con ello, se generan dos inconvenientes: por un lado, se obvia el valor económico del tiempo a la hora de impulsar nuevas actividades; por el otro, se limita la capacidad de decisión que han de tener los administradores de la sociedad a la hora de la programación de actividades.

XI. EL CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

El sistema administrativizado, alejado del funcionamiento mercantil, que existe en relación con las empresas públicas se completa con el régimen de control económico financiero, que resulta reduplicativo en la medida en que se juntan las auditorías que se ejecutan de acuerdo con la legislación de sociedades de capital con lo que dispone la Ley General Presupuestaria, que puede incluir al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado.

Sí el sistema de la legislación de sociedades es adecuado, el sistema de la Ley General Presupuestaria no resulta tan adecuado por los “saltos” que hay que proporcionar entre el sistema de las Administraciones Públicas y el de las sociedades que están compitiendo en mercados liberalizados.

XII. CONSIDERACIONES FINALES

En estas páginas he tratado de poner de relieve los problemas que existen de diseño en el régimen jurídico de las empresas públicas. Una realidad que, en el marco de un Estado social ni siquiera merece la pena cuestionarse su existencia, aunque sea sólo por la incompatibilidad entre los principios neoliberales que justificaron la privatización y la propia esencia redistributiva del Estado social. Por ello, hemos de felicitarnos de los últimos movimientos del Gobierno de España de recuperación de su participación en algunas empresas estratégicas como Indra o Telefónica.

Pero, más allá de esta cuestión, relevante, el problema es de diseño institucional. Su existencia es para que no compitan en el mercado con el lastre que tienen en la actualidad. Y esto obliga a una reflexión profunda sobre su puesta en valor, su régimen jurídico y las ventajas económicas, sociales y de vertebración del territorio que pueden desplegar. Porque aquí, de lo que se trata no es sólo de obtención de beneficios sino de generación de riqueza y de hacer país.

Y en ella, con la honestidad de que no hay territorios no colaborativos de por medio, como ocurre con muchas empresas, hay un valor relevante de redistribución de la riqueza que la empresa privada no tiene.