

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

LA FORMA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

ALFONSO PÉREZ MORENO

PRÓLOGO por
MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO
sobre
Transmisión de acciones en las Empresas Públicas

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

LA FORMA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

ALFONSO PÉREZ MORENO



SEVILLA 2016

Colección: Derecho. Instituto García Oviedo

Núm.: 17

Correspondiente a la primera edición impresa de 1969

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

EDICIÓN DIGITAL DE LA PRIMERA EDICIÓN IMPRESA DE 1969

© EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA 2016

Porvenir, 27 - 41013 Sevilla

Tlfs.: 954 487 447; 954 487 452; Fax: 954 487 443

Correo electrónico: eus4@us.es

Web: <http://www.editorial.us.es>

© ALFONSO PÉREZ MORENO 2016

ISBNe: 978-84-472-2041-0

Digitalización y realización interactiva:

Santi García. santi@elmaquetador.es



INDICE GENERAL

	<i>Pág.</i>
PROLOGO	VII 
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I.—HISTORICIDAD Y RACIONALIDAD EN LA GENESIS Y DESARROLLO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS.	7
SUMARIO: 1.—PLANTEAMIENTO.	7
2.—LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE LA ÉPOCA MERCANTILISTA.	13
A.— <i>Valor de este antecedente en la doctrina.</i>	13
B.— <i>Las motivaciones de la acción Estatal en la in-</i> <i>dustria y el comercio</i>	17
C.— <i>La evolución de las formas de empresa.</i>	19
D.— <i>Las Reales Compañías en España</i>	24
3.—DEL LIBERALISMO AL INTERVENCIONISMO. — EL INCREMEN- TO DEL FENÓMENO EMPRESARIAL PÚBLICO	29
A.— <i>El periodo liberal</i>	29
B.— <i>Nacionalización, planificación y empresa pública.</i>	30
4.—EL ESTUDIO DE LA FORMA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS PÚBLI- CAS: SU SENTIDO Y ALCANCE	38
A.— <i>La "forma jurídica" como concepto polivalente.</i>	38
B.— <i>La significación de la forma jurídica de las em-</i> <i>presas públicas.</i>	40
C.— <i>El alcance actual del estudio de la forma jurídi-</i> <i>ca de las empresas públicas.</i>	42
CAPÍTULO II.—PUNTOS DE REFERENCIA EN EL ESTUDIO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS	45
SUMARIO: 1.—PLANTEAMIENTO.	45
2.—EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD COMO CRITERIO DETERMI- NADOR DE LA PRESENCIA DEL ESTADO EN LA VIDA ECONÓMI- CA Y POSIBLE CONDICIONANTE DE LAS FORMAS DE EMPRESA PÚBLICA	46

	<u>Pág.</u>
A.—Sentido actual del principio de subsidiaridad.	46
a.—Su significación y consecuencias	46
b.—Trascendencia de la doctrina de la Iglesia para el Derecho positivo español.	48
B.—La determinación concreta de los casos en que procede la creación de empresas públicas	50
C.—¿Impone o recomienda el principio de subsidiaridad alguna forma para las empresas públicas?	54
3.—COMPETENCIA Y COORDINACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	56
A.—El alcance del problema	56
B.—Un órgano necesario para la función coordinadora	58
C.—Competencia para decidir la forma a adoptar por una empresa pública	60
D.—Un Registro Administrativo para empresas públicas	63
4.—PERSONALIDAD JURÍDICA, ADMINISTRACIÓN Y ACCIÓN ADMINISTRATIVA	65
A.—Planteamiento	65
B.—El sentido de la "instrumentalización" de la personalidad jurídica	67
a.—La gestación de la "instrumentalización"; interpretación del Derecho Público y el Derecho Privado	67
b.—La organización como substratum. La prerrogativa administrativa de personificación	68
c.—Los fines que la Administración persigue con la personificación	71
C.—La teoría sobre la descentralización administrativa	77
a.—Delimitación: Autonomías en concurrencia y autonomías por segregación	77
b.—La descentralización administrativa	79
b.1.—Concepto y clases	79
b.2.—Empresas públicas y descentralización administrativa	80
b.3.—Naturaleza de la relación entre los entes descentralizados y la Administración	85
5.—DERECHO ADMINISTRATIVO ESTATAL, DERECHO GENERAL DE LAS ENTIDADES ESTATALES AUTÓNOMAS Y DERECHO ESTATUTARIO	88

	<i>Pág.</i>
A.— <i>El alcance de la distinción</i>	88
B.— <i>La falta de un Derecho general de las empresas públicas</i>	89
CAPÍTULO III.—LAS FORMAS DE EMPRESA PUBLICA EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO .	93
SUMARIO: 1.—PLANTEAMIENTO	93
2.—LOS CRITERIOS INSPIRADORES DE LAS CLASIFICACIONES DOCTRINALES	96
A.— <i>Formas de gestión de los servicios públicos y de la actividad industrial de la Administración.</i>	96
B.— <i>Los hilos conductores de las enumeraciones .</i>	98
a.— <i>El desarrollo histórico</i>	98
b.— <i>El aspecto económico-financiero unido a la flexibilidad jurídica</i>	100
c.— <i>La autonomía unida a la personalidad</i>	101
d.— <i>La naturaleza de la actividad realizada</i>	106
C.— <i>La personalidad y el régimen jurídico aplicable como criterio de clasificación</i>	108
D.— <i>La potestad de imperio y la separación del régimen interno y externo</i>	110
E.— <i>El criterio basado en la nota de descentralización y en la estructura de los entes</i>	111
3.—UNA SÍNTESIS DE LAS FORMAS ENUMERADAS .	113
4.—LA EMPRESA PROPIA .	114
5.—EL ESTABLECIMIENTO PÚBLICO INDUSTRIAL Y COMERCIAL.	118
6.—LA SOCIEDAD MERCANTIL INTEGRADA POR LA ADMINISTRACIÓN	124
A.— <i>La sociedad constituida unipersonalmente por la Administración.</i>	126
B.— <i>La sociedad de economía mixta</i>	129
7.—LA «PUBLIC CORPORATION» .	132
8.—LAS «GOVERNMENT CORPORATIONS» . .	138
9.—EL SISTEMA YUGOSLAVO	142
10.—EL REGLAMENTO DE EMPRESAS SOVIÉTICAS DE 4 DE OCTUBRE DE 1965	145

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO IV.—LAS FORMAS DE EMPRESA PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL	151
SUMARIO: 1.—PLANTEAMIENTO	151
2.—COMPOSICIÓN DEL ESTATUTO VIGENTE SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN ECONÓMICA EN ESPAÑA	153
A.—Método cronológico y método sistemático	153
B.—Los principios generales inspiradores	156
C.—Clases de empresas públicas en el Derecho español	160
a.—En la Ley de Entidades Estatales Autónomas.	160
a.1.—Organismos Autónomos	160
a.2.—Los servicios industriales y comerciales carentes de personalidad jurídica.	162
a.3.—Empresas Nacionales. Características diferenciadoras.	163
a.3.1.—La participación exclusiva o mayoritaria del Estado o del Organismo Autónomo de que dependen	163
a.3.2.—Un criterio sustantivo: actividad que realizan	173
a.3.3.—El dato de la «creación» por el Estado.	176
a.3.4.—Valor de la enumeración del Decreto 1348/1962, de 14 de junio	177
a.3.5.—Conclusión	180
b.—Empresas públicas no encuadradas en la Ley E. E. A.	182
c.—Empresas públicas de las Corporaciones locales	183
D.—Régimen aplicable a las Empresas públicas.	187
E.—Creación de Empresas públicas	193
a.—Formas de creación atendiendo al origen	194
b.—Procedimiento de creación	196
b.1.—Organismos autónomos y entes atípicos.	196
b.2.—Servicios sin personalidad.	197
b.3.—Empresas nacionales.	198
b.3.1.—Casos en que pueden crearse	198
b.3.2.—Competencia para proponer la creación	201
c.—Determinación de la forma jurídica que adoptará la empresa	203
c.1.—Derecho local	203
c.2.—Derecho estatal	203
c.2.1.—Empresas incautadas o intervenidas.	203

	<u>Pág.</u>
c.2.2.—Empresas Nacionales y Organismos Autónomos	204
c.2.3.—Salvamento de Sociedades Anónimas en peligro de disolución	204
c.2.4.—Especial consideración de la legisla- ción sobre minas	205
F.—Organización de las Empresas públicas	206
a.—Organización administrativa sobre las Em- presas públicas	207
a.1.—Competencias concurrentes	207
a.2.—El Instituto Nacional de Industria	210
b.—Organización interna de las Empresas pú- blicas	213
b.1.—Características generales	214
b.2.—Participación del personal en la gestión.	218
G.—Control de las Empresas públicas	220
a.—Control parlamentario	221
b.—Control del Ejecutivo	222
c.—Control contable	223
H.—Transformaciones de las Empresas públicas	225
3.—ENUMERACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	229
4.—CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE ALGUNOS ENTES ATÍPICOS	232
A.—Planteamiento	232
B.—Consejo de Administración de las minas de Al- madén y Arrayanes	234
C.—RENFE	236
D.—Bancos nacionalizados.	240
E.—Los puertos en régimen de Estatuto de Autono- mía	242
 CAPÍTULO V.—ENSAYO SOBRE LA ELABORACION DE FORMAS JURIDICAS PROPIAS PARA LAS EMPRESAS PUBLICAS. INTRODUCCION AL CONCEPTO DE «SOCIE- DADES ADMINISTRATIVAS».	 247
SUMARIO: 1.—PLANTEAMIENTO	247
2.—LOS FACTORES CONDICIONANTES DE LA ELABORACIÓN DE FOR- MAS JURÍDICO-ORGANIZATIVAS PARA LAS EMPRESAS PÚBLICAS. A.—El factor económico	249
B.—La influencia de la experiencia consolidada	252
C.—El imperativo de flexibilidad	254

	<u>Pág.</u>
D.— <i>Las relaciones entre Administraciones, para fines económicos</i>	255
E.— <i>La reforma de la empresa</i>	256
F.— <i>Los fines perseguidos y la naturaleza de la actividad</i>	257
3.—FORMAS JURÍDICAS PROPIAS PARA LAS EMPRESAS PÚBLICAS.	261
A.— <i>Los entes fundacionales</i>	263
a.— <i>Los entes fundacionales dotados de personalidad jurídica (Grupo A)</i>	263
b.— <i>Los entes fundacionales sin personalidad jurídica (Grupo B)</i>	265
B.— <i>Los entes asociativos</i>	266
a.— <i>La Sociedad Anónima</i>	267
b.— <i>Las Cooperativas públicas</i>	269
4.—INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE SOCIEDADES ADMINISTRATIVAS	271
A.— <i>Justificación</i>	271
B.— <i>Precisión terminológica</i>	275
C.— <i>Fines</i>	275
D.— <i>Características de su régimen jurídico</i>	276
5.—LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE EMPRESAS PÚBLICAS.	277
6.—CONDICIONES DE APTITUD Y TITULACIÓN DE LOS DIRECTIVOS.	278

PROLOGO

El tema de la empresa pública cuenta en nuestra bibliografía con excelentes estudios y aportaciones dedicados por lo general a los aspectos más renovadores de la figura como son los del propio concepto, los de la naturaleza de las relaciones de estas empresas con las Administraciones de que dependen, los de la insuficiencia de la idea de servicio público para explicar la realización de la función industrial del sector público. En los últimos años y desde perspectivas diversas se han ido produciendo normas relativas a facetas parciales de las empresas públicas contenidas por lo general en disposiciones cuyo tema principal no era ciertamente el de dichas empresas. Después de la Ley de entidades estatales autónomas, la Ley de primer Plan de Desarrollo, la legislación sobre el patrimonio y contratos del Estado pueden citarse como las principales al respecto.

En base a dicha bibliografía española y también por supuesto a la muy importante extranjera existente sobre el tema, ha podido escribir el profesor Pérez Moreno este excelente libro sobre la forma jurídica de las empresas públicas que indiscutiblemente queda hoy por hoy como pieza fundamental en la materia, no sólo por la amplia información

histórica, bibliográfica y de datos reales que reúne, sino por el rigor jurídico con el que está realizado, por el sistema científico empleado para la exposición del derecho positivo, por las agudas interpretaciones ofrecidas y por las valiosas aportaciones doctrinales que contiene.

I

Su lectura me ha despertado interés, entre otras muchas cuestiones, por la de la transmisión de acciones tituladas por la Administración en las sociedades de que forma parte. Desde la Ley de contratos del Estado puede afirmarse que la subasta ha dejado de ser para éste la forma general de contratar habida cuenta de que de los tres contratos administrativos típicos que regula (el de obras, gestión de servicios y suministros) tan sólo para el primero se configura la subasta como forma general de adjudicación y aún así es discrecional para la Administración optar entre ella y el concurso-subasta. Sin embargo, y por lo que hace a los contratos sobre bienes del Estado, la forma de contratación se contiene más en la legislación del patrimonio del Estado que en la de contratos.

Sabido es que el antiguo artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración de 1911 imponía la necesidad de una Ley para la enajenación de los bienes del Estado sin matizar entre la distinta naturaleza de los mismos. Junto a la necesidad de Ley era la subasta la forma general de transmitir los bienes estatales. Ahora la Ley del patrimonio ha distinguido, por una parte, entre el importe de las ventas en relación con el rango exigido al órgano autorizante;

y, por otra, entre la distinta naturaleza de los bienes a enajenar.

En orden a los títulos representativos de capital las reglas para su enajenación están contenidas en los artículos 103 y 104 de la citada Ley, ofreciéndose una misma regulación tanto para las acciones de aquellas empresas en las que el Estado participa ocasionalmente por haber adquirido las acciones por herencia o legado, como para auténticas empresas públicas. En síntesis, el derecho en vigor exige en todo caso la previa autorización que se producirá por Ley si la venta excede del diez por ciento del importe total de la participación del Estado en la empresa o cuando suponga la pérdida de la cualidad de socio mayoritario; por acuerdo del Gobierno, cuando no se den tales supuestos, y del ministro de Hacienda, cuando el número de los títulos vendidos no pueda considerarse como auténtica inversión patrimonial. Este último supuesto constituye la aplicación de un concepto indeterminado de difícil fiscalización. Considero que la autorización debe hacerse por Ley si tratándose de una unidad de operación la formalización se hace año a año en cantidades inferiores al porcentaje antes indicado.

En cuanto a la forma de adjudicación, la ordinaria es la venta en Bolsa si los títulos se cotizan en ésta. Caso contrario, la venta se hará en subasta pública. El Gobierno puede acordar en todo caso, y sin que aparezcan tasados ni regulados los supuestos de excepción, la enajenación directa o el procedimiento a seguir en cada caso.

Como se observa, el Derecho Administrativo añade a las formas mercantiles propias de la transmisión de acciones el requisito de la necesidad de auto-

rización previa y en ocasiones la formalidad de subasta o el acuerdo de enajenación directa o por otro procedimiento. No se regulan los supuestos de permuta de acciones, siendo muy insuficiente la de los de enajenación de derechos de suscripción en casos de ampliación de capital a que se refiere el Reglamento de la Ley del Patrimonio del Estado.

Está por estudiar, que yo sepa, las consecuencias que la invalidez de los actos previos a la venta de acciones pueda producir sobre ésta. Sería por ejemplo el caso de impugnación de la autorización previa o de la adjudicación por subasta administrativa o del acuerdo de enajenación directa. En principio nos situamos en el terreno de los actos separables con su compleja problemática, dejando en un ambiente de inseguridad la actitud de la sociedad y de los socios ante el nuevo accionista, la inscripción de las acciones en el libro de la sociedad, los acuerdos sociales, adoptados durante el transcurso del litigio, la titularidad de las ampliaciones de capital, etc., etc. En todo caso las circunstancias pueden ser muy diversas y hay que distinguir entre quien acude a la Bolsa y compra acciones que luego se entera que eran del Estado ignorándolo cuando dio la orden de compra, y quien acude a una subasta o a una enajenación directa en las que se sabe que el enajenante es el Estado. Por otra parte, el recurrente contra el acto administrativo cuya anulación se pretende, puede ser desde la sociedad misma, hasta un accionista, pasando por terceros aspirantes a la adjudicación de las acciones. Los títulos enajenados por el Estado han podido ser transferidos a terceras personas de buena fe. Hay que señalar también que la Ley del patrimonio del Estado no parece configurar a las acciones del Estado en empresas públicas como bienes de do-

minio público, ya que el régimen de su enajenación se configura en términos análogos al de los bienes patrimoniales sin proclamar la inalienabilidad de las mismas.

El artículo 545 del Código de Comercio establece en relación con los títulos al portador, que no estarán sujetos a reivindicación si hubieran sido negociados en Bolsa con intervención de Agente colegiado y donde no lo hubiera con intervención de Notario o Corredor de Comercio. Por su parte el artículo 464 del Código Civil, en relación con los bienes muebles, declara que la posesión equivale al título, aun cuando admite que el propietario puede obtener la restitución reembolsando el precio a quien la hubiese adquirido de buena fe en venta pública cuando la cosa hubiese sido perdida o sustraída. Este precepto se remite al Código de Comercio en lo tocante a los bienes adquiridos en Bolsa.

La legislación sobre el patrimonio del Estado se refiere a la venta en Bolsa de las acciones, pero no especifica si la venta ha de hacerse a través del procedimiento normal de venta en Bolsa o a través del sistema especial de subasta bursátil regulada en los artículos 250 y siguientes del Reglamento de Bolsas de Comercio de 30 de junio de 1967 que es posterior tanto a la Ley del patrimonio del Estado de 1964 como a su Reglamento también de 1964. El referido Reglamento de Bolsas de Comercio establece expresamente para las Administraciones y para las entidades privadas el sistema de subasta bursátil a través de la correspondiente Junta Sindical. Lo importante es que tal subasta no tiene carácter administrativo y por tanto las decisiones que adopte la mesa que la preside encuentran dificultades para poder ser resueltas ante la jurisdicción contencioso-adminis-

trativa en virtud de la técnica de los actos separables. Por el contrario tienen pleno carácter administrativo las subastas a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 104 de la Ley del Patrimonio dado que el artículo 201-2.º del Reglamento de dicha Ley expresamente se remite para ellas a las normas de las subastas administrativas.

De lo expuesto cabe deducir que son posibles los siguientes procedimientos de enajenación: a) venta en Bolsa a través del procedimiento ordinario; b) venta en Bolsa a través de la subasta bursátil; c) venta a través de subasta administrativa; d) adjudicación directa y otros procedimientos indeterminados a los que habilita el artículo 104 de la Ley del patrimonio. Prescindiendo de estos últimos por su falta de concreción, tenemos que, salvo en el contenido en el apartado a), el primer adquirente conoce la procedencia estatal de los valores adquiridos; que en el sistema del apartado b) la doctrina de los actos separables es de difícil aplicación en cuanto al acto de adjudicación dada la naturaleza del órgano que la realiza, y que en el sistema del apartado c) es perfectamente posible la aplicación de la técnica de los actos separables en cuanto al acto de adjudicación, dado el carácter administrativo de la subasta, aun cuando quede por precisar si la venta se mantiene aunque se invaliden los actos separables. En el caso de enajenación directa también procede la impugnación del acto separable que decide se venda directamente.

En cuanto a las acciones, al tiempo de la firmeza de la invalidación del acto separable, pueden seguir tituladas por quien compró al Estado o pueden haber sido transmitidas a otra persona bien por título

mortis causa o intervivos, y en este último supuesto en Bolsa o ante fedatario público.

La acción al portador adquirida en Bolsa por cualquier procedimiento bursátil es irreivindicable y la invalidez de los actos separables no producirá la de la transmisión aunque sí pueda originar responsabilidades para autoridades y funcionarios. Ello es aplicable tanto al comprador originario en Bolsa como a quien la adquiriese de buena fe en Bolsa, de un comprador originario que no adquirió a través de un procedimiento bursátil. Esta solución viene impuesta por la irreivindicabilidad establecida en el artículo 545 del Código de Comercio y es extensible a las adquisiciones a través de Notario o Corredor de Comercio donde no hubiera Bolsa como tuvo ocasión de confirmar la sentencia de 29 de marzo de 1902.

La remisión del régimen de las empresas públicas societarias al derecho privado y las soluciones ofrecidas por éste en las que no se tienen en cuenta los intereses colectivos que suponen las empresas públicas, pueden llevar en ocasiones a casos límites en los que la irreivindicabilidad de acciones establecida en el artículo 545 del Código de Comercio tendría que quebrar. Las escasas experiencias habidas hasta ahora en la materia explican el que el Derecho Administrativo no haya aún concretado tales quiebras que en el Estado bien podrían darse en los casos de venta de acciones sin autorización por Ley, cuando esta es exigida, o con incumplimiento de las formalidades de selección del adquirente cuando la enajenación se realizare mediante licitación administrativa.

Si por la Administración se hiciera uso de los procedimientos de venta de acciones al portador co-

tizables en Bolsa por fedatario o a través de subasta en lugares donde hubiera Bolsa —lo que difícilmente parece justificable— no jugaría la irreivindicabilidad del artículo 545 del Código de Comercio. En este supuesto la invalidez de los actos separables produciría también la de los contratos privados subsiguientes en los términos establecidos en los artículos 13 y 47 del Reglamento de contratos del Estado.

Por lo que respecta a la venta de las acciones nominativas cuya cotización en Bolsa se admite con carácter general por el artículo 67 del Código de Comercio y se permite expresamente por el artículo 26 del Reglamento de Bolsas de Comercio de 30 de junio de 1967 —y a las que son aplicables los artículos 347 y 348 del mencionado Código—, hay que llegar a la conclusión de que la invalidez de los actos separables que la preceden producirá también la de la venta tanto si las acciones se han vendido en Bolsa como si se han transferido por cualquier otro sistema legal.

Hasta aquí hemos analizado la venta de acciones del Estado regulada en la Ley del patrimonio y que directamente no es aplicable a Organismos autónomos ni a Corporaciones locales. El caso de los Organismos autónomos es de gran importancia por el volumen del accionariado del Instituto Nacional de Industria. Naturalmente que la decisión de vender estas acciones se adoptará por resolución administrativa del órgano competente con las fiscalizaciones preceptivas y también pueden producirse cuestiones de legalidad sobre estas actuaciones separables que afectarán a la validez de las ventas en la forma establecida por la legislación mercantil anteriormente expuesta. Es fundamental al respecto el artículo 6.º

de la Ley creadora del Instituto Nacional de Industria de 25 de septiembre de 1941, aun cuando nada establece sobre el procedimiento de enajenación.

En cuanto a la Administración local el precepto básico es el artículo 104 del Reglamento de Bienes de dichas Corporaciones que impone la previa autorización del Ministerio de Hacienda a las que habrá que añadir, en su caso, las de los órganos competentes para la aprobación de las municipalizaciones y provincializaciones de servicios públicos cuando como consecuencia de la venta de acciones se transformen tales municipalizaciones o provincializaciones. Aun cuando la regla general sobre la forma de venta de los bienes locales es la subasta, consideramos preferible aplicar supletoriamente los procedimientos del artículo 104 de la Ley del Patrimonio del Estado, entre los que también figura la subasta, en virtud de la supletoriedad preceptuada en dicho Reglamento en relación con la legislación estatal. Podría discutirse esta solución en base a la inexistencia de laguna por venir formulada la regla de subasta, pero consideramos preferible y más de acuerdo con la naturaleza de las cosas acudir a la fórmula del derecho del Estado por cuanto la subasta está establecida sobre todo en relación a los contratos de venta de inmuebles y contratos de obras entre otros, pero no en base a la venta de acciones. La técnica de invalidez de los actos separables es asimismo aplicable con la trascendencia sobre las ventas de acciones anteriormente expuesta según se trate de acciones al portador o nominativas y según se enajenen en Bolsa o fuera de ella.

II

Un precepto común a las empresas nacionales del Estado y de los Organismos autónomos, relativo a la enajenación de acciones, es el que se contiene en el artículo 4-6 de la Ley aprobatoria del primer Plan de Desarrollo. El supuesto que en él se examina es el de la desaparición de una empresa como nacional continuando la propia sociedad con transmisión de las acciones del Estado o de los Organismos autónomos. La propuesta se formula al Gobierno si bien la remisión que se realiza a la Ley del Patrimonio del Estado hace pensar que tales enajenaciones deberían autorizarse por Ley, al menos si las acciones son del Estado, habida cuenta de que la desaparición de una empresa estatal como nacional supondrá la transmisión del diez por ciento de la participación pública o del carácter mayoritario del Estado. En cierto modo el precepto encierra una contradicción al establecer por una parte que la venta se realizará a tenor de lo dispuesto en la Ley del patrimonio, que en primer lugar señala la venta en Bolsa y después la subasta, y en último lugar la enajenación directa o cualquier otro procedimiento, y por otra que en caso de venta se facilitará al personal la adquisición de las acciones que se enajenen de acuerdo con la Ley de Fondos Nacionales. Parece que esta última posibilidad se dará en el caso de que se opte por la enajenación directa al personal dado que no parece lógico ordenar la venta en Bolsa o en subasta y financiar en tales supuestos la adquisición por el personal.

El precepto que se examina encierra también el problema de la existencia de un derecho de preferente adquisición en favor de otros accionistas de

la sociedad, el cual es compatible con la venta en Bolsa y con la venta al personal, pero esta cuestión se conecta con la posibilidad de existencia de derechos de preferente adquisición de acciones en las empresas públicas mixtas, de lo que trataremos en el siguiente apartado.

Otro precepto común a empresas públicas del Estado y Organismos autónomos es el contenido en el artículo 207 del Reglamento de contratos del Estado en relación con las sociedades que gestionen servicios públicos estatales cuyo capital pertenezca íntegramente al Estado o a uno de sus Organismos autónomos. La sociedad, dice el precepto, no podrá enajenar títulos representativos de capital sin sujeción a las normas que regulan la adjudicación de contratos de servicios públicos. Existe imprecisión terminológica en cuanto que la venta no la hace la sociedad, sino el Estado u Organismo autónomo titular de las acciones. Aun cuando no lo diga el precepto, mi opinión es que además habrá que cumplir, al menos cuando las acciones sean del Estado, las autorizaciones previstas en la Ley del patrimonio para la venta de acciones de aquél. La diferencia en cuanto al procedimiento de enajenación es que en el caso de gestión de servicios el procedimiento de adjudicación es el concurso, mientras que el de enajenación de acciones es la venta en Bolsa o la sujeta administrativa.

El precepto no está debidamente conectado con la Ley del patrimonio del Estado y además no contempla los distintos matices que puede entrañar la venta de las acciones de una sociedad gestidora de servicios públicos. Si se trata de la cesación del servicio público y de la devolución a la Sociedad

de una actividad estatal no parece necesario acudir a la forma de adjudicación de los servicios públicos, ya que se trata justamente de lo contrario, salvo que interese que el adjudicatario cumpla determinadas obligaciones contractuales. Por el contrario, si de lo que se trata es de transformar la gestión de un servicio público pasando de la forma de sociedad unipersonal a la empresa mixta o a la de sociedad concesionaria con capital puramente privado, estamos en presencia de algo más que de una venta de acciones como es el establecimiento de un pliego de condiciones para la concesión de un servicio público y en definitiva de unas instalaciones que a la larga en el momento de la reversión volverán nuevamente a la titularidad de la Administración.

III

La cuestión del derecho de preferente adquisición en las empresas públicas en forma societaria consiste en determinar si es legalmente posible consagrar tal preferencia en los estatutos sociales de aquellas empresas en las que la Administración no es único socio. El derecho de preferencia en caso de venta de las acciones de titularidad administrativa puede pugnar con la igualdad de todos los ciudadanos a la adquisición de los bienes de la Administración. Los supuestos que se presentan son diversos, ya que puede tratarse de una herencia o legado por la que la Administración sea propietaria de acciones de una sociedad que no sea una empresa pública, o tratándose de éstas, aquélla puede haber adquirido acciones de una sociedad preexistente en cuyos estatutos ya figurara el derecho de preferente adquisición y finalmente puede darse el caso de la

consagración de tal derecho al fundarse la sociedad o incluso al modificarse los estatutos siendo ya accionista la Administración.

La flexibilidad de la vida mercantil y los posibles pactos y conexiones con las entidades que pueden colaborar a la producción de ciertos bienes para el mercado, hacen de esta vida societaria un centro de obligaciones y derechos que, en ocasiones, pueden justificar que el ser socio de la Administración conceda un derecho de preferencia para la adquisición de acciones en el caso de que aquélla decida transmitirlos. Es necesario pensar en quienes constituyen una sociedad con un ente público que al cabo del tiempo puedan verse asociados con la propia competencia o con el personal de la empresa, a través de los procedimientos normales de venta de acciones por la Administración. Ello puede suponer una rémora para la constitución de ciertas empresas públicas con grupos o entidades cuya asociación con la Administración puede resultar para ésta interesante.

Se ofrece así en esta materia una solución distinta de que se da en otras materias, habida cuenta de la regla general de invalidez de pactos consagradores de derechos de preferencia para la adquisición de bienes de la Administración. La razón de ello radica en que en materia de empresas públicas societarias se da una forma comunitaria de intereses para la obtención de intereses públicos que puede justificar en ocasiones esta preferencia estatutaria en el caso de transmisión de las acciones administrativas.

Pugna sin embargo con la naturaleza administrativa el que se sometan a decisiones de terceros las cuestiones que surjan en orden al precio de las ac-

ciones. En esta materia bien puede establecerse el que la Administración fije un precio de venta que acepte o rechace la otra parte o bien el derecho de preferencia se ejercite a través de la subasta de las acciones.

Aun cuando el principio de igualdad de oportunidades a la adquisición de los bienes de la Administración juega también en materia de acciones, como lo evidencia la regulación de que su transmisión hace la Ley del patrimonio; ésta deja una amplia flexibilidad en cuanto al procedimiento de enajenación que puede compatibilizarse con los derechos de preferente adquisición del socio o en su caso del propio personal de la empresa.



Constituye una gran satisfacción para mí poner estas líneas a guisa de prólogo a este libro del profesor Pérez Moreno, con el que da un nuevo testimonio de su vocación universitaria, de su capacidad investigadora y de su formación jurídica.

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO.



INTRODUCCION

La empresa pública es un fenómeno universal que, sin estar exento de importantes antecedentes, ha adquirido las dimensiones y el sentido problemático actuales a lo largo de los últimos cincuenta años, correspondiendo al período posterior a la segunda guerra mundial su punto culminante.

Entre las múltiples consecuencias que han derivado de la directa acción empresarial del Estado, es muy sensible su repercusión en el Derecho, y especialmente en el Derecho Administrativo. Montado sobre una separación —no exenta de radicalismo— entre Administración y sociedad, y dentro de ésta, la vida económica, lo que le imponía su desarrollo en base al trípede policía, fomento, servicio público (y aún dentro de ésta desplazada la actuación económica con la técnica concesional); el Derecho Administrativo había elaborado dogmas que la aparición y desarrollo de la directa actividad industrial y mercantil de la Administración ha venido a romper, o cuando menos, a someter a revisión. El neutralismo dimanante del «laissez faire laissez passer», lema del liberalismo, ha sido proscrito en su esencia, a lo sumo de él no queda más que una adaptación en respeto a la libertad económica instalada

sobre los raíles del intervencionismo. La planificación, el pacto o concierto, las técnicas de fomento para conseguir la nueva frontera del desarrollo (capaz de discriminar, más que la propia ideología, a los pueblos) orillan las reducidas áreas de opciones económicas. La Administración está comprometida en el mantenimiento de un orden público económico, que impone su activa presencia en la producción industrial y en la vida mercantil.

La abundante bibliografía en todos los países sobre el tema de la empresa pública, es un síntoma claro de las encrucijadas que en él se encuentran. De entre ellas hemos considerado de especial trascendencia la cuestión de las formas jurídicas que revisten las empresas públicas. Aceptando el único concepto que entendemos viable: el amplio, que excluye, por insuficiente, la identificación de la empresa pública con una sola forma jurídica; encontramos la actividad industrial y mercantil de la Administración encarnada jurídicamente en diversas figuras, unas jurídico-públicas, y otras —las más numerosas—, jurídico-mercantiles; especialmente en la Sociedad Anónima. La vuelta del Estado a la utilización de este tipo social —que en sus orígenes él engendró— tal y como se encuentra regulado en el Derecho privado mercantil, ha sido enjuiciada, con acierto a nuestro entender, como la consecuencia de la falta de instituciones administrativas adecuadas para servir de cauce a sus nuevas actividades. Que la vida mercantil aunque intervenga en ella el Estado como sujeto activo, requiere un sometimiento a las especiales normas que, ya por la fuerza del

uso, y hoy disciplinadas por el predominio de la norma escrita, se han elaborado para servir a sus peculiares necesidades; es un punto de partida que debe aceptarse con realismo. Pero ¿se puede concluir que para ello la solución sea que la Administración adopte pura y simplemente las formas sociales mercantiles? Esta interrogante expresada por la doctrina (e incluso resuelta por algunos autores mercantilistas en sentido negativo), ha presidido el presente trabajo orientado principalmente a la búsqueda de alguna solución más acorde con las verdaderas necesidades existentes en la gestión de la actividad administrativa industrial y mercantil.

El panorama legislativo de las empresas públicas en los países occidentales presenta como común característica la ausencia de Leyes o Estatutos unitarios o normas-base generales que las regulen. Especialmente entre nosotros la escasa normativa está dispersa y se ha integrado por aluvión en función de las distintas etapas económicas por las que hemos atravesado desde el año 1939. El Derecho local presenta, sin embargo, un cuadro más unitario a partir de la Ley de Régimen Local y de su Reglamento de Servicios.

Esta situación legislativa, que reclama la promulgación del, tan solicitado por la doctrina, Estatuto de las empresas públicas, nos ha impuesto tratar de reconstruir, junto al tema principal y en conexión instrumental con él, el Derecho vigente en la actualidad, destacando lo relativo a las formas jurídicas de empresas públicas.

El trabajo está estructurado en cinco capítulos. En el primero de ellos («Historicidad y racionalidad en el origen y desarrollo de las empresas públicas») constatamos una evolución que va de lo espontáneo a lo planificado en la creación y significación de las empresas públicas. El antecedente mercantilista aparece como punto de arranque de una evolución que se caracteriza por encontrar en la base del problema la ineludible función estatal de iniciador de las nuevas tareas que han impuesto las nuevas conquistas de los pueblos y de la técnica. Terminamos el capítulo valorando la significación del tema de la forma jurídica y sus modernas alternativas, especialmente los fallidos intentos en Francia para promulgar un Estatuto unitario simplificado. El capítulo segundo lo dedicaremos a fijar cuatro puntos de obligada referencia, en cuanto presiden toda la problemática del tema: el principio de subsidiaridad; la organización administrativa relativa a la empresa pública; la personalidad jurídica y su uso por la Administración, y la distinción entre Derecho Administrativo estatal, Derecho general de las Entidades Autónomas y Derecho estatutario.

El estado doctrinal y legislativo sobre las formas de empresas públicas en el Derecho comparado, constituye el objeto del capítulo tercero, como punto de partida para la labor constructiva del trabajo. En él se hacen algunas incursiones, a título de guía comparativa, en nuestro Derecho positivo.

En el capítulo cuarto analizamos el Derecho vigente en España utilizando, en lugar del método cronológico, un método sistemático en base a la indagación e interpretación normativa.

Finalmente, en el capítulo quinto sometemos a revisión el estado actual de la cuestión y sugerimos



fórmulas superadoras, sentado unas bases generales en el punto de las formas jurídicas, para el necesario Estatuto general cuya promulgación debe acometerse.

Es una satisfacción para nosotros reconocer que la idea de este trabajo ha nacido a consecuencia de la colaboración que prestamos en el Instituto Universitario de Ciencias de la Empresa, que funciona desde 1963 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Profesor Lojendio e Irure. En el cuarto y último curso de los que integran su plan de estudios, el I.U.C.E. incluye la asignatura «Derecho de la empresa pública», adscrita al Departamento de Derecho Administrativo de dicha Facultad, que dirige el Profesor Clavero Arévalo.

No nos queda más que agradecer a la Fundación «Juan March» la confianza que depositó en nosotros para la realización de este trabajo, al otorgarnos la beca que tan decisivamente ha influido en su culminación.



