

Título tesis: Sociedades Mercantiles Estatales

Autor: Juan José Guimerá Rico

Director: Francisco J. Villar Rojas

Defensa: La Laguna, septiembre de 2017

Reseña:

La cuestión del fundamento y límites de la huida al Derecho privado, nunca del todo resuelta, es un tema clásico del que recientemente se ha dicho que parece haber perdido el interés de la doctrina más reciente. El presente trabajo viene a reavivar ese interés, ofreciendo una exposición razonablemente completa del régimen jurídico general de las sociedades mercantiles estatales. Sin embargo, es más que una dación de cuenta de la normativa vigente. Las disonancias y contradicciones que brotan en la zona gris que separa el Derecho público del Privado no pueden explicarse de manera satisfactoria sin indagar en el sentido y función de la empresa pública como institución. Con esta finalidad se proponen aquí nuevas perspectivas de análisis de la actividad empresarial del Estado y de su organización instrumental, ofreciendo una construcción dogmática de la sociedad mercantil como forma de empresa que se contrasta luego con la regulación que se les da cuando su propietario es el Estado.

Resumen

En gran medida por la necesidad de adaptarse a las imposiciones del Derecho europeo, pero también por la tendencia del poder público a asegurarse el control de sus sociedades mediante las técnicas que mejor conoce, con cada una de las reformas del sector público emprendidas en las últimas décadas se han introducido crecientes derogaciones a la normativa mercantil, en un lento pero perceptible proceso de readministrativización. La última reforma –de 2015, aunque trae causa de más atrás, desde la crisis económica de 2008– abandona el planteamiento habitual de que las sociedades públicas son *de* la Administración, y no Administración misma, al configurarlas como entidades integrantes del ahora llamado sector público institucional, y la clásica remisión al Derecho privado queda ahora como supletoria de las normas organizativas y patrimoniales. Averiguar las razones y determinar el alcance de estos cambios constituye justificación suficiente de la utilidad del presente estudio.

La tesis se presenta en dos partes, fundamentos y régimen jurídico. En el Capítulo Primero se describe la realidad actual del sector público empresarial y se contrasta con las normas que lo rigen. Salvo algunas referencias en nota a pie de página, se ha optado por evitar el relato de su evolución histórica, que ya ha sido tratado por otros autores. En el Capítulo Segundo se analiza la iniciativa pública económica como título jurídico-público que habilita para constituir ejercer actividades empresariales; y en el Tercero se examinan las especiales características de la sociedad de capital como forma de ejercicio de la empresa.

De esta parte resulta, en su conjunto, el *deber ser* de las sociedades mercantiles estatales.

En la segunda parte se estudia el régimen legal vigente. Consta de seis capítulos, en los que se tratan separadamente los distintos aspectos de la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles estatales: las reglas para su constitución, su estructura orgánica, las relaciones con terceros, el régimen del personal, el control contable y financiero que la Administración ejerce sobre ellas, y las causas y efectos de su extinción. La tesis se cierra, como es obligado, con unas conclusiones finales en las que se da cuenta de los resultados obtenidos

El texto presentado a concurso es el mismo que fue depositado para su defensa. En la actualidad, con vistas a su publicación, el autor está revisando algunas partes para incluir las observaciones formuladas por los miembros del Tribunal, actualizar normativa modificada o puntualizada por la jurisprudencia más reciente, y completar algunos aspectos necesitados de más profundidad. No obstante, se ha preferido enviarlo sin estas correcciones para mantener la coherencia del original.

La versión definitiva de la tesis fue fruto de una reescritura completa de los borradores originales, que incluían un capítulo sobre la evolución histórica de las sociedades públicas y un ensayo sobre la dimensión jurídica de la economía de mercado, finalmente eliminados por considerar que distraían del objeto principal del estudio. También es intencionado el hecho de que se prescindiera de la transcripción de sentencias o citas doctrinales, suficientemente conocidas, con el fin de hacer más fluida la exposición de las ideas originales del autor. Con todo, como es lógico, las aportaciones precedentes quedan convenientemente reseñadas mediante notas a pie de página.

La segunda parte, donde se estudia el régimen legal vigente de las sociedades mercantiles estatales, no pretende abordar con exhaustividad las cuestiones jurídicas que pueden surgir en el día a día de una empresa pública o en sus relaciones con la Administración. No sería posible hacerlo, teniendo en cuenta que muchas de ellas gozan de un régimen jurídico especial, y que según la actividad que desarrollen están sujetas a la normativa sectorial correspondiente; por otra parte, esas cuestiones ya han sido abordadas puntualmente por otros autores. En su lugar, la presente tesis analiza la legislación desde varias perspectivas (histórica, semántica, sistemática) al objeto de constatar la solidez de las propuestas formuladas en la primera parte y si permiten ofrecer soluciones coherentes a los problemas que se plantean en las zonas limítrofes entre el Derecho público y el Privado.

La investigación está presidida por el análisis funcional o teleológico de las instituciones, lo cual constituye una novedad. Desde que Villar Palasí afirmara, en su célebre artículo en la RAP sobre la actividad industrial del Estado, que el

análisis material era “cosa propia de economistas”, el análisis formal ha predominado en la doctrina. Hoy, resulta insuficiente. La introducción de los conceptos de sostenibilidad y eficiencia como principios rectores de la actuación administrativa y el efecto útil de las Directivas europeas que conforman el Derecho de la competencia hacen obligado indagar en cuáles son las manifestaciones jurídicas del mercado como institución. Para esta tarea es imprescindible prestar atención a las normas contables que impone el Derecho europeo, que se erige como garante del correcto funcionamiento del mercado.

Pues bien, el Sistema Europeo de Cuentas define a los productores de mercado en dos tiempos. Primero explica lo que entiende por “unidades institucionales”, que son cualesquiera entidades, físicas o jurídicas en las que concurren 4 características: a) Capacidad para ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos; b) Capacidad de contratar, c) Responsabilidad por sus decisiones económicas, y d) Transparencia en las cuentas. Es una definición tan funcional, que ni protege la propiedad privada ni presupone la personalidad jurídica. A continuación precisa que los productores de mercado son unidades institucionales que consiguen financiar su actividad mayoritariamente con los ingresos que obtienen como contraprestación por los bienes y servicios que entregan en un mercado en competencia. Lo que implica, en otras palabras, que la primera obligación de la empresa es *sobrevivir*. Por tanto, parece consustancial a la definición de empresa un cuarto elemento, un elemento teleológico: obtener los ingresos suficientes para continuar su actividad. Que es, por cierto, lo que la legislación local ha dicho siempre sobre la autosuficiencia del servicio público.

¿Qué persigue el ordenamiento con este estímulo y con la atribución de estas facultades al empresario? Las propias normas SEC lo dicen, lo que se persigue es la formación de precios “económicamente significativos”, que son los más ajustados a los costes de producción. Dicho en otros términos, los que utiliza la ciencia económica, se puede concluir que la libertad de empresa es desde este punto de vista un mecanismo utilizado por el ordenamiento para asegurar la asignación eficiente de los recursos disponibles. ¿Cómo? Pues dejando que sean los particulares quienes decidan los precios aceptables de una transacción económica, dado que son ellos quienes disponen de mayor información. El empresario sabe cuánto le cuesta producir un servicio y cuánto necesita ganarle para subsistir, y el consumidor sabe cuánto está dispuesto a pagar por él.

Éste es, se propone, el fundamento de la huida al Derecho privado: asegurar que la Administración, cuando ejerce actividades empresariales, concorra despojada de sus prerrogativas y en posición de completa igualdad contractual, en términos tales que permitan la formación de precios económicamente significativos. Cuando se comenzó a construir la explicación de la actividad industrial del Estado, la personalidad jurídica de Derecho privado era el instrumento más a mano para hacerlo. Pero con la personalidad jurídica de Derecho privado vienen otras connotaciones que tienen que ver con la dignidad

de la persona, y eso es lo que genera las distorsiones ya conocidas respecto del art. 103 CE.

La iniciativa pública económica, en suma, no autoriza a la Administración a constituir sociedades mercantiles para realizar funciones típicamente públicas sujetas al Derecho privado con el consabido pretexto de la “agilidad y eficacia”. A lo que le autoriza es a convertirse en empresario, y ser empresario presupone la autofinanciación. Esta conclusión es compatible con las interpretaciones clásicas del primer inciso del artículo 128.2 CE. Su contenido material es el de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38, sólo difieren en su origen: mientras que los particulares son libres para tomar la decisión de constituirse en empresario, el Estado debe justificar esa decisión en una motivación de interés general (que puede incluir la apertura de nuevos mercados, la materialización de los principios rectores de la política social y económica o incluso la estabilidad de los precios). Pero en su ejercicio, tanto el derecho como la potestad están sujetos a las mismas reglas del juego. La huida DEL Derecho administrativo sólo puede ser huida HACIA el Derecho de la Competencia.

Las dificultades para llegar a esta conclusión se explican en parte por la confusa evolución de la doctrina mercantil respecto del ánimo de lucro como elemento esencial de la empresa. Desde el Código de Comercio de 1829, las sociedades anónimas o compañías de comercio como entonces se llamaban, debían constituirse con “ánimo de partir entre sí las ganancias”, que es la expresión que todavía usa el Código Civil. Pero a mediados de los años 80 se impusieron las tesis germánicas, que negaban esta necesidad, y sus adeptos encontraron apoyo en el Derecho positivo cuando el TRLSA de 1989 estableció que las sociedades anónimas, cualquiera que fuera su objeto, tendrían carácter mercantil. Esto es lo mismo que dice en la actualidad el vigente artículo 2 del TRLSC. Se consagró así la mercantilidad por la forma: las sociedades de capital son empresas porque son sociedades de capital, idea que incurre en la misma tautología que se le achaca a la organización del sector público empresarial.

De otra parte, el estudio de las sociedades mercantiles en la doctrina privatista se ha basado tradicionalmente en su consideración de contrato, olvidando su origen institucional. La responsabilidad limitada es un privilegio que surgió históricamente como una auténtica medida de fomento, para incentivar la aportación de capital privado para construir las flotas con las que explotar el comercio con las Indias, que era monopolio estatal. Luego se usó para generar un tejido industrial manufacturero, las Reales Fábricas, y más tarde para la construcción de carreteras, puertos y otras obras de interés general. No es casual que la derogación de la Ley de Sociedades por Acciones de 1848 coincida con la aprobación de las primeras leyes protectoras del dominio público y los primeros ensayos del sistema concesional. Las sociedades anónimas se concibieron para la realización de fines públicos en sentido estricto, pero esto se perdió de vista durante el siglo XIX cuando en lugar de abolir este privilegio, se decidió extenderlo a todos los comerciantes, fuera cual fuera su negocio.

Una vez sentadas estas premisas, ya es posible contrastar el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, en general, con la regulación que se les da cuando su propietario es el Estado. Además de (1) su responsabilidad limitada, se caracterizan por (2) utilizar el derecho de propiedad (la titularidad del capital social) como elemento legitimador, y por (3) su especial estructura, con separación de órganos a los que se atribuyen distintas competencias (así las llama la legislación mercantil), propias e inaccesibles al otro.

Sin embargo el Estado (1) renuncia al privilegio de la responsabilidad limitada, al decir el artículo 35 LRJSP que las sociedades estatales responden conforme a los principios y procedimientos de la responsabilidad patrimonial del Derecho administrativo; (2) asume al criterio del control, en lugar del de la titularidad del capital. Si bien es cierto lo hace obligado por el Derecho europeo por razones de transparencia financiera, no lo es menos que su aplicación tiene finalidades específicas: evitar el dumping y asegurar así el correcto funcionamiento de la competencia, identificar al titular real de los negocios que se realicen mediante personas jurídicas interpuestas, proteger los derechos de los trabajadores mediante la figura de la subrogación empresarial. Al margen de estos casos que pueden calificarse como patologías, la personalidad jurídica independiente de que goza la sociedad le permite actuar de manera autónoma, ser el centro de imputación de sus propias actividades. La ley vigente desaprovecha estas ventajas y en la práctica convierte a la Administración matriz en el centro de imputación a todos los efectos. (3) La doctrina mercantil más moderna ha demostrado que la separación de funciones es del todo intencional, pensada para obtener capital y gestionarlo eficientemente. En las sociedades del sector público, en cambio, los Presidentes del Consejo que en Derecho mercantil son administradores, tienen aquí la consideración de altos cargos o “máximos responsables” y no deben su lealtad a la sociedad ni ejercen la función directiva como sería lo propio, sino que son verdaderos empleados públicos, obligados a servir con objetividad los intereses generales, sujetos a deber de obediencia, y personalmente irresponsables por disposición del artículo 115.1 LRJSP.

Estas contradicciones permiten vaticinar nuevas modificaciones legislativas. Pueden pasar décadas, pero el sistema de mercado se acabará imponiendo y obligará al legislador nacional a conformarse a sus designios. De hecho lo está haciendo ya. En materia de contratos, personal y control financiero, las leyes invocan expresamente los criterios del SEC, que sólo distingue entre empresas y organismos de Derecho público. Cualquier reforma que se proponga de verdad racionalizar el sector público haría bien en tener esto en cuenta, la doctrina viene reclamando correspondencia entre forma y función, pero más que eso, parece que de lo que se trata es de alcanzar la correspondencia entre forma y financiación.