

LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

Fundamento y límites de la huida al Derecho privado

LAS SOCIEDADES PÚBLICAS
Fundamento y límites de la huida al Derecho privado

Juan José Guimerá Rico

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2020

Colección: MONOGRAFÍAS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL
CENTRO DE PUBLICACIONES DEL INAP

GUIMERÁ RICO, Juan José

Las sociedades públicas : fundamento y límites de la huida al Derecho privado / Juan José Guimerá Rico. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2020. – 404 p. ; 24 cm. – (Colección MONOGRAFÍAS)

Bibliografía: p. 369-404

ISBN 978-84-7351-708-9 (formato papel). – ISBN 978-84-7351-709-6 (formato electrónico). – NIPO 278-20-014-X (formato papel). – NIPO 278-20-015-5 (formato electrónico)

1. Sociedades-España. 2. Empresas públicas-Derecho-España. I. Instituto Nacional de Administración Pública (España). II. Título. III. Serie

347.725(460)

658.115(460)

Primera edición: diciembre 2020

Catálogo general de publicaciones oficiales:

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-708-9 (formato papel). – ISBN: 978-84-7351-709-6 (formato electrónico)

NIPO: 278-20-014-X (formato papel). – NIPO: 278-20-015-5 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-28941-2020

Preimpresión: Dagaz Gráfica, s.l.u.

Impresión: SAFEKAT

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

*A Octavio Linares-Rivas Lalaguna,
Registrador de la Propiedad, mi tío.*

In memoriam.

ÍNDICE

Prólogo	17
Introducción	25
Abreviaturas	29
Capítulo primero. Origen, esplendor y languidez de la actividad industrial del Estado.	33
1. De la municipalización a los monopolios estatales. La actividad industrial como alternativa al fomento	33
1.1. La (re)aparición de la sociedad mercantil como modo de gestión de los servicios públicos locales	33
1.2. La expansión del modelo al ámbito estatal: «autarquía» y «desarrollismo»	36
A) Medidas de fomento y ordenación	36
B) Asunción directa de la función prestacional: la creación del INI	38
C) De la «autarquía» al «desarrollismo»	39
2. La era dorada de las empresas nacionales. La organización como presupuesto para la integración de España en el incipiente orden económico internacional	42
2.1. Los actores: La Ley de Entidades Estatales Autónomas .	42
2.2. Los papeles: los Planes de Desarrollo	45
2.3. El escenario: las leyes de patrimonio, de contratos y presupuestaria	47
3. El declive: la renuncia de la Administración a la función prestacional	53

3.1. Reconversión y privatizaciones	53
3.2. La ordenación de los restos: las sociedades mercantiles «tuteladas» como instrumento de pura huida.	59
3.3. Nueva crisis, nuevas reestructuraciones: hacia el sistema actual	60
Capítulo segundo. El sector público empresarial.	63
1. La realidad: las sociedades mercantiles en la Administración General del Estado.	63
1.1. Clasificación institucional.	63
A) Grupo SEPI	64
B) Grupo PATRIMONIO	71
C) Grupo FOMENTO.	76
1.2. Clasificación por razón de la función pública que realizan	77
2. Las normas (I): sector público empresarial vs. sector público administrativo.	78
2.1. El criterio contable de la producción de mercado como <i>summa divisio</i> de la actuación administrativa	78
2.2. Sus repercusiones en el régimen jurídico de las sociedades públicas	82
3. Las normas (II): el Sistema Europeo de Cuentas	84
3.1. El perfeccionamiento de la identificación de los «centros de imputación»: la sustitución del concepto de «personas jurídicas» por el de «unidades institucionales»	84
3.2. La descripción de «lo empresarial»: la formación de precios de mercado.	87
3.3. Sector público y sector privado: el concepto de control	90
4. Las contradicciones que perduran y algunas propuestas para superarlas	92
4.1. El problema de incluir a las sociedades mercantiles <i>ad nomen</i> en el sector público empresarial	92
4.2. Una relectura de la doctrina constitucional sobre la instrumentalidad que permite intuir los límites de la huida al Derecho privado	93
4.3. El necesario carácter mercantil de las sociedades de capital	96
4.4. Los «casos dudosos» en el Reglamento SEC-2010	99

Capítulo tercero. Las sociedades mercantiles estatales	103
1. El concepto de empresa pública en la doctrina. Su identidad con el concepto de «productores de mercado»	103
1.1. Elemento objetivo: la empresa como patrimonio	104
1.2. Elemento subjetivo: el empresario-organizador. Derechos y poderes	106
1.3. El elemento funcional o teleológico: la producción para el mercado	108
2. Las sociedades mercantiles como <i>forma</i> de empresa y su relación con el Derecho público	110
2.1. La limitación de la responsabilidad patrimonial como privilegio vinculado a la ejecución de obras y actividades de interés general	110
2.2. Su objeto: los vaivenes de su regulación durante el siglo XIX	112
2.3. Su función económica: las sociedades mercantiles como <i>bombas</i> de capital	119
2.4. Su especial estructura o por qué la Administración pública no sabe gestionar: los límites del <i>ius privatum singulare</i>	120
3. Las sociedades mercantiles estatales	124
3.1. El adjetivo «estatal»: del criterio de la propiedad al criterio del control	124
3.2. Su definición legal en la LRJSP: insuficiente remisión al control	126
3.3. Régimen jurídico: el artículo 113 LRJSP <i>vs.</i> el artículo 166.2 LPAP	129
3.4. Su objeto: la cuestión de la atribución de potestades.	132
 Capítulo cuarto. La iniciativa pública económica	 139
1. El título habilitante: la iniciativa pública económica	139
1.1. Sentido y alcance del artículo 128.2 CE en la doctrina: acuerdos y desacuerdos.	139
1.2. La iniciativa pública económica en la doctrina constitucional: el artículo 128.2 CE como puerta de entrada al derecho de la competencia	147
2. El límite: la libertad de empresa	149
2.1. Preliminar: de la libertad de comercio a la libertad económica	149

2.2. La configuración constitucional de la libertad de empresa como derecho subjetivo de carácter fundamental y las dificultades que plantea.	153
2.3. La libertad de empresa como derecho estatutario	158
3. El marco común a ambos títulos: la economía de mercado . . .	159
3.1. La economía de mercado como sistema jurídico	159
3.2. «Supremacía» de la Constitución vs. «primacía» del ordenamiento comunitario	161
Capítulo quinto. El procedimiento de constitución de las sociedades mercantiles estatales	165
1. La «fase jurídico-administrativa»	165
1.1. La introducción de elementos reglados en el ejercicio de la potestad	165
1.2. El Plan de actuación	168
1.3. La propuesta de estatutos	173
1.4. Resolución: acuerdo de creación vs. autorización de la constitución	179
2. La «fase jurídico-privada».	184
2.1. La escritura pública y su inscripción registral	184
2.2. Razones de su innecesariedad.	188
3. El control de su ejercicio.	192
3.1. Alcance del control judicial	192
3.1. Alcance del control notarial y registral	194
Capítulo sexto. La estructura organizativa.	199
1. La Junta General/El Socio Único	199
1.1. Concepto	199
1.2. Competencias de la Junta: su contraste con las derogaciones de <i>ius publicum</i>	202
2. Los administradores.	209
2.1. Concepto y naturaleza de su relación con la sociedad: la teoría del vínculo y la función directiva.	209
2.2. El necesario carácter laboral en el sector público	212
A) El «personal directivo» en el Estatuto Básico del Empleado Público	212
B) La «alta dirección» en el RD 132/1985	213

C)	«Máximos responsables» y «directivos» en el RD 451/2012	214
D)	Los «altos cargos» en la Ley 31/2015, de 30 de marzo	215
2.3.	Estatuto de los administradores en las SME	218
A)	Modos de organizar la administración	218
B)	Competencia para su nombramiento y requisitos personales	223
C)	Formalización contractual. Retribución e indemnizaciones	225
D)	Desempeño y responsabilidad	230
Capítulo séptimo. El régimen de personal		233
1.	El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto Básico del Empleo Público. Principios de mérito y capacidad	233
2.	La publicación del régimen de personal de las sociedades públicas tras la reforma laboral de 2012/2013	238
2.1.	Medidas de contención del gasto: los «recortes»	238
2.2.	Medidas de flexibilidad: el despido objetivo en el sector público	242
A)	El fundamento: la reorganización empresarial	242
B)	El presupuesto: «causas económicas» vs. «insuficiencia presupuestaria sobrevenida»	247
2.3.	Sus limitados efectos	249
3.	Limitaciones a la contratación de personal en las leyes de presupuestos	251
4.	El estatuto jurídico de los empleados de las sociedades públicas	254
4.1.	Igualdad, mérito y capacidad en el acceso	254
4.2.	Desempeño: el código de conducta de los empleados públicos	257
4.3.	Remuneración y transparencia	259
4.4.	Movilidad	262
Capítulo octavo. Régimen financiero, presupuestario y contable		265
1.	Evolución normativa y marco legal general. La progresiva intensificación del control	265

2.	Los controles clásicos	270
2.1.	Control interno: la triple función de la IGAE	270
2.2.	Control externo: el Tribunal de Cuentas.....	274
3.	Los controles ¿nuevos?	275
3.1.	El control de eficacia y la supervisión continua	275
3.2.	La documentación necesaria para ejercerlo: los deberes contables en las sociedades mercantiles públicas.....	279
4.	El verdadero control: la capacidad de determinar la política general o el programa de actuación de la sociedad	285
4.1.	Los presupuestos de explotación y capital.....	285
4.2.	Los programas de actuación plurianual	286
4.3.	Los contratos-programa.....	288
5.	Balance: algo más que una relación «de dependencia»	289
Capítulo noveno. Contratos		293
1.	Ámbito de aplicación.....	293
1.1.	Subjetivo: «poderes adjudicadores» vs. «productores de mercado»	293
1.2.	Ámbito objetivo: contratos onerosos vs. cooperación horizontal y vertical	301
1.3.	Ámbito cuantitativo: contratos SARA y contratos menores	304
2.	Régimen de contratación de las sociedades mercantiles públicas	305
2.1.	Dualidad de regímenes: «poderes adjudicadores» vs. sociedades mercantiles que no tengan esa condición	305
2.2.	Reglas comunes: la preparación de los contratos.....	307
2.3.	Las diferencias (I): la creciente asimilación de los contratos de los poderes adjudicadores a los de las administraciones públicas	310
2.4.	Las diferencias (II): los contratos de las sociedades mercantiles que no tienen la consideración de poder adjudicador	314
3.	Relaciones de cooperación.....	319
3.1.	Cooperación vertical: los encargos a medios propios ...	319
3.2.	Cooperación horizontal	326

Capítulo décimo. La extinción de la sociedad y sus efectos	329
1. La responsabilidad patrimonial de las sociedades mercantiles públicas	329
2. El concurso de acreedores en las sociedades públicas	333
2.1. El presupuesto subjetivo: los poderes adjudicadores, excluidos	333
2.2. El presupuesto objetivo: insolvencia vs. garantía pública del pago de la deuda	337
2.3. El presupuesto formal: solicitud del concurso vs. transformación y reestructuración del sector público	342
3. La disolución de la sociedades mercantiles estatales	343
3.1. La extinción voluntaria: derecho a cesar en la actividad vs. transformaciones y reestructuraciones del sector público	343
A) La transformación de las entidades del sector público estatal	344
B) Operaciones de reestructuración del patrimonio público empresarial	346
C) La enajenación de las participaciones	348
3.2. La extinción obligada	352
3.3. Sus distintos efectos	354
A) En derecho mercantil, la liquidación	354
B) En derecho administrativo, la subrogación	354
Epílogo. Fundamento y límites de la huida al Derecho privado .	361
1. La economía de mercado como sistema jurídico. Sus objetivos y consecuencias para el Derecho público	361
2. Estado-Administración y Estado empresario. Distinción determinante del régimen jurídico, público o privado	363
3. Las bases del estatuto de la empresa pública	365
4. La iniciativa pública económica. Las desigualdades aceptables con los empresarios privados	366
Bibliografía	369