

**GARCÍA RUIZ, ENCARNACIÓN: LA NUEVA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA.
EDITORIAL MARCIAL PONS, MADRID-BARCELONA, 2006.**

DIANA SANTIAGO IGLESIA.

Área de Dereito Administrativo.

da Facultade de Dereito

Universidade de Santiago de Compostela.

Foron moitos os estudos sobre o réxime da empresa pública e das súas distintas modalidades, pero só nas últimas décadas se abordou esta cuestión como un fenómeno interdisciplinar, observado desde distintas ópticas e non só desde a do dereito administrativo.

O recurso cada vez máis frecuente ao dereito privado e á técnica empresarial como instrumento de xestión de servizos e prestacións públicas, a busca dun maior rendemento económico e de eficacia na xestión son algunhas das razóns que determinan a proliferación de empresas públicas, en cuxo réxime xurídico inciden normas de natureza xurídico-privada e administrativa. Así, xorde a necesidade dun estudo clarificador sobre o seu marco normativo, ofrecéndonos este libro un punto de partida neste arduo labor.

Centrou os seus esforzos a autora no estudo específico da sociedade anónima pública, por ser unha das fórmulas máis utilizadas no proceso privatizador que na actualidade vive a Administración. O obxectivo do seu traballo é o estudo das especialidades, introducidas fundamentalmente por normas de dereito administrativo, que o réxime xurídico das sociedades anónimas públicas (en diante SAP) presenta en relación co réxime xeral das sociedades anónimas.

A estrutura do libro componse dunha introdución xeral e cinco capítulos, correspondéndose o primeiro coa introdución ao réxime xurídico das SAP. Tal e como indica o profesor Adolfo SEQUEIRA MARTÍN no prólogo que redactou para esta obra,

durante o tempo de elaboración dela producíronse cambios ideolóxicos que afectaron o peso específico do público no marco económico-social de cada país. A eles fai referencia GARCÍA RUIZ, tanto na introdución xeral da obra como no seu capítulo primeiro.

Durante a citada introdución, a autora formúlase cuestións de diversa índole, como a importancia do sector público no modelo constitucional do Estado social democrático e de dereito e a posibilidade de utilización de fórmulas organizativas xurídico-privadas nel. A tendencia actual é a privatización do sector público, necesaria para actuar de maneira competitiva no mercado segundo a opinión dalgúns autores. Con este fin, a empresa pública adopta a forma dunha sociedade mercantil que, tal e como xa se adiantou en liñas anteriores, non se poderá rexer exclusivamente polo dereito privado, sendo moitas as normas administrativas que incidirán no seu réxime xurídico. A presenza dunha Administración pública nunha sociedade determina que o interese público prevaleza sobre o interese social, de tal maneira que se formula a cuestión de se se debe crear un réxime xurídico especial ou ben unha nova figura destinada á actuación da Administración na esfera económico-privada. En realidade, desde a perspectiva do dereito administrativo, non sería necesaria a creación da nova figura á que antes se facía referencia, xa que o ordenamento prevé, para que unha Administración poida actuar no mercado, a creación de entidades públicas empresariais. Así, cando unha Administración acode a unha forma societaria faino co obxectivo de fuxir do dereito administrativo e non por carecer dunha figura apropiada para ese tipo de actuación.

Outra cuestión tratada nesta parte da obra, de grande importancia e á que dedica a autora varias páxinas, é a relativa á quebra dos criterios tradicionais para a cualificación da empresa pública. Tras unha breve enumeración descritiva deles mesmos, procédese a analizar, con maior vagar, o que se converteu en novo elemento de referencia para a determinación do concepto de empresa pública, a noción de “control efectivo”.

O certo é que esta nova noción de referencia se caracteriza pola súa amplitude e xeneralidade. Así, nalgúns casos, serán as propias normas as que establezan aqueles supostos nos cales se presuma a “influencia dominante”, mentres que noutros será a análise casuística o método utilizado, sen que por iso se deixe de considerar o criterio do “control efectivo” como o máis apropiado para determinar cando unha empresa é pública.

É o capítulo segundo o lugar no cal podemos encontrar un tratamento pormenorizado das principais especialidades que presentan as SAP no seu réxime xurídico, comezado lxicamente polo estudo do proceso fundacional. As normas aplicables á fundación de sociedades anónimas son plenamente aplicables ás SAP, aínda que se cuestionou a súa orixe negocial, dada a situación predominante e imperativa que ten nelas a Administración.

Nas seguintes páxinas deste libro, a autora analiza os distintos elementos que interveñen no proceso fundacional, tales como o consentimento, a causa ou as achegas dos socios.

Con respecto ao primeiro deles, GARCÍA RUIZ detense en dous aspectos básicos, como son, por un lado, a formación da vontade de constituír dun ente público, para o cal será necesario un procedemento administrativo que culminará coa correspondente autorización, e por outro, o outorgamento do consentimento dun ente público para constituír unha sociedade anónima, que se debe formalizar en escritura pública e inscribir no Rexistro Mercantil, sendo necesario, para que produza os efectos pretendidos, que exista concordancia entre a vontade do ente que autoriza e a vontade emitida polo ente en calidade de socio fundador.

En canto á causa, esta debe aparecer expresamente mencionada no expediente administrativo de autorización. Esta mención, tal e como indica a propia autora, non é máis que unha manifestación clara da ausencia da autonomía de vontade fundadora, substituída neste tipo de sociedades polo principio de legalidade.

As SAP utilizan un tipo negocial que habitualmente se corresponde cunha finalidade lucrativa para perseguir un interese público alleo á propia sociedade, o que levou a que, baseándose na ausencia de tipicidade da causa, parte da doutrina negue o status de empresario a estas sociedades, por non existir nelas ánimo de lucro.

En relación co exposto encóntrase a cuestión da utilización de SAP como medio para a prestación de servizos públicos. O que se expón é se abondaría que o Estado garantise a prestación do servizo público sen importar como o fixese, ou ben se ademais sería necesario que garantise a súa prestación en condicións de igualdade para todos os

consumidores e ao prezo máis baixo posible. Como é sabido, a Unión Europea experimentou nas últimas décadas un proceso de liberalización económica e de privatización de actividades públicas. Porén, este feito non deu lugar, como vaticinarian algúns autores, á morte do servizo público, senón simplemente a unha concepción distinta del. O dereito da Unión Europea utiliza dous termos de gran relevancia ao falar de servizo público, cuxa distinción é transcendental. Así, fálase de obrigas de servizo público para referirse a unha serie de deberes impostos polos poderes públicos ao prestador do servizo, coa finalidade de garantir determinados obxectivos de interese público, utilizándose, en cambio, o termo servizo universal para aludir a aquelas prestacións básicas que deben ser aseguradas en todo caso e para calquera usuario polos prestadores do servizo, mesmo nos casos en que este se preste en réxime de libre competencia¹⁷⁵. Así, segundo o visto, se un servizo ou actividade economicamente rendible é prestado por unha empresa privada, unha SAP ou unha sociedade de capital mixto, os poderes públicos deberán garantir a satisfacción das necesidades esenciais dos cidadáns e a satisfacción de determinados obxectivos de interese público, polo que non só abondará coa existencia do servizo, senón que dependendo de que servizo se trate será necesario ademais prestalo en determinadas condicións. En conclusión, dará igual a fórmula que se utilice, sempre que se garantan os extremos que máis arriba se indicaron.

As achegas *in natura* dos socios son obxecto dun tratamento máis detido pola autora dadas as súas características especiais. Unha Administración poderá ser titular de bens demaniais e patrimoniais, sendo os primeiros merecedores dunha especial atención. Cando se trate de bens demaniais afectos a un fin ou uso público, o paso previo imprescindible para que poidan ser obxecto de achega a unha sociedade é a súa desafectación, pois en caso contrario o negocio de achega será nulo por falta de obxecto.

Non obstante, cando se trata de bens demaniais por natureza a cuestión presenta máis dúbidas. Este tipo de bens nunca poderán cambiar o seu destino nin ser desafectados. Ademais, ao ser bens de difícil valoración económica e non cumprir, debido á súa natureza, a función esencial de garantía dos acredores, por non poder estes acceder a eles, non parece aconsellable a súa achega como obxecto do negocio xurídico de fundación da sociedade. A pesar de todo, non é difícil encontrar sociedades anónimas con achegas de

¹⁷⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, 2005. Páxs. 737-761.

bens demaniais por natureza inscritas nos rexistros españois, posto que non existe unha prohibición legal expresa desta práctica.

Outra forma de achega, tratada neste capítulo, é aquela cuxo obxecto son as concesións administrativas. GARCÍA RUIZ, tras unha clara exposición da normativa aplicable a estes supostos, conclúe que, a pesar de que a falta de claridade legal permite a realización destas achegas na práctica, por razóns de seguridade xurídica, tanto os bens demaniais por natureza e os non desafectados como as concesións administrativas de obras ou servizos non deberían ser admitidos como obxecto de achega.

Non merecen un especial detemento as achegas consistentes en bens patrimoniais, xa que non presentan ningunha particularidade, á parte da necesidade de declaración de alienabilidade e do correspondente expediente de alleamento co fin de poder ser obxecto do tráfico xurídico.

Tras o estudo da forma e a publicidade das SAP, iníciase o capítulo terceiro, cuxo obxecto son as especialidades estatutarias daquelas.

Unha das peculiaridades máis significativas que presentan as cláusulas estatutarias das SAP é que para a súa modificación será necesaria unha nova autorización administrativa, non sendo aplicable neste aspecto o réxime xeral das sociedades anónimas baseado no acordo maioritario.

De grande interese é a existencia de sociedades anónimas públicas sometidas a un réxime xurídico especial en materia de accións, cuestión que é obxecto de tratamento nun dos subpuntos deste capítulo titulado da mesma forma.

Moitas SAP teñen por obxecto a realización de actividades de interese xeral ou a prestación de servizos públicos, o cal comporta a exixencia de medidas de control que garantan o desenvolvemento normal da actividade. Co fin de conseguir este obxectivo, utilízanse distintos procedementos de reserva de dereitos especiais, de tal maneira que a sociedade se vería obrigada a pedir o consentimento do titular desa acción privilexiada ou acción de ouro para poder tomar decisións que afectasen o interese xeral que se pretende protexer. A autora analiza este fenómeno desde a perspectiva do dereito comparado, onde

existen figuras análogas á acción de ouro española, como a *golden share* inglesa ou a *action spécifique* francesa.

Comeza o capítulo cuarto coa distinción entre as dúas etapas, de signo contrario, que existen á hora de falar de transmisión de participacións de capital público. Unha delas, a intervencionista, caracterizaríase pola ausencia de vontade de transmisión, mentres que o trazo definitivo da etapa privatizadora sería a libre vontade de transmitir.

Con respecto ao réxime xurídico de transmisión de accións de capital público na etapa intervencionista, cabe sinalar a necesidade de acordo do Consello de Ministros para a adquisición ou perda da posición maioritaria do Estado ou dos seus organismos autónomos nunha sociedade. Este réxime de autorización parecería restrinxir a transmisión de accións titularidade do Estado e, a pesar de poder ser contrario á LSA (texto refundido da Lei de sociedades anónimas aprobado polo Real decreto legislativo 1564/1982, do 22 de decembro), por non respectar o principio de libre transmisión de accións, só obedecería á natureza especial do socio público, obrigado a someter a súa actuación ao principio de legalidade, tal e como explica detidamente GARCÍA RUIZ, que alude ademais aos problemas que este feito xera nas, cada vez máis frecuentes, sociedades de economía mixta. Neste tipo de sociedades, a xunta xeral podería introducir determinadas cláusulas estatutarias protectoras do socio público e xeradoras de desigualdades entre os demais socios.

Non obstante, é posible encontrar cláusulas estatutarias que restrinxirían de maneira efectiva e real a transmisión de accións, e que polo tanto poderían considerarse contrarias á LSA. Trataríase de cláusulas nas cales se establecese, por exemplo, o carácter necesariamente público do capital social. A pesar de todo, dependendo da política do momento, poderían chegar a xustificarse acudindo a argumentos baseados no carácter de dereito necesario que teñen certas normas de dereito administrativo.

O tratamento do réxime xurídico da etapa privatizadora exige a descrición das súas distintas fases, a institucional e a técnico-xurídica. Feito isto, procédese ao estudo detido das técnicas de alleamento de accións de titularidade pública, que serán dúas basicamente: a través do mercado de valores, ou ben mediante unha oferta pública de venda.

Por último, o capítulo quinto contén as peculiaridades da estrutura orgánica dunha SAP. Para isto, analízase cada un dos seus órganos, comezando pola xunta xeral de accionistas. Formalmente non existe ningunha peculiaridade nas SAP en canto ao seu réxime de funcionamento. Porén, na práctica era frecuente que, debido a que é o Goberno quen como Administración pública controla as SAP, se instrumentalizasen politicamente en detrimento da eficacia empresarial buscada por unha sociedade anónima. Para evitar esta situación creouse a SEPI (Sociedade Estatal de Participacións Industriais), co obxectivo fundamental de conseguir, a través de distintos mecanismos, que a participación do socio público na xunta xeral sexa igual á de calquera accionista privado.

O Consello de Administración dunha SAP ten unha estrutura piramidal, encontrándose no cumio un presidente executivo, encargado da administración e da dirección da sociedade. Os sistemas de nomeamento de administradores utilizados poden ser os previstos na LSA ou ben outros distintos, como o nomeamento directo pola Administración do Estado, sendo frecuente acudir á LSA cando a actividade da sociedade se realiza en réxime de mercado e a outros sistemas cando se desenvolven actividades de prestación de servizos públicos.

Non é posible falar do órgano de administración sen facer referencia ao artigo 173.2 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (LPAP), que transcribo a continuación: “O Ministerio de Facenda, por medio da dita dirección xeral, poderá darlles aos representantes do capital estatal nos consellos de administración das ditas empresas as instrucións que considere oportunas para o adecuado exercicio dos dereitos inherentes á titularidade das accións.” A interpretación literal deste artigo levou a certo sector doutrinal a afirmar que a xunta xeral é un órgano innecesario nas SAP, dada a existencia dunha relación directa entre os socios e os representantes do consello de administración. Non obstante, a interpretación acertada deste artigo, segundo GARCÍA RUIZ, partiría da distinción entre os dereitos societarios de natureza privada e aqueles outros que as normas administrativas lle outorgan ao socio público, encamiñados ao cumprimento das súas obrigas legais. Así, só existiría esa relación directa no segundo dos supostos, mentres que no primeiro as instrucións dirixidas aos administradores deberán ser dadas necesariamente a través da xunta xeral.