

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	7
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS (SAP)

I. LA EMPRESA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN DIRECTA EN LA ECONOMÍA	23
A. La importancia del sector público en el modelo constitucional del Estado Social y de Derecho y la presencia de la SAP	26
B. La estructura y el régimen jurídico del sector público español. El concepto de la empresa pública	30
1. La evolución de la estructura del sector público y de su régimen jurídico	30
2. La empresa pública y sus formas jurídicas organizativas	48
a) Una aproximación al concepto de empresa pública	48
a') El concepto de empresa pública en la legislación....	52
b') El concepto de empresa pública en la jurisprudencia.	58
c') El concepto de empresa pública en la doctrina	61
b) La quiebra de los criterios tradicionales para la calificación de la empresa pública.....	65

	<u>Pág.</u>
<i>a'</i>) El criterio de la personalidad jurídica aplicado a la empresa pública.....	65
<i>b'</i>) El criterio de la propiedad del capital aplicado a la empresa pública.....	66
<i>c'</i>) El criterio de la actividad económica aplicado a la empresa pública.....	67
<i>d'</i>) El criterio de la forma y del régimen jurídico aplicable.....	67
C. El control, como nuevo centro de imputación para la determinación del concepto de empresa pública.....	69
II. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE LAS POLÍTICAS DE PRIVATIZACIÓN. LA PERMANENCIA DEL CONTROL.....	75
A. El fundamento de las políticas de privatización y sus técnicas .	75
1. Delimitación del concepto de privatización.....	79
2. Técnicas de privatización.....	81
<i>a)</i> La fase preparatoria del proceso privatizador y la elección de la técnica de privatización.....	81
<i>a'</i>) La venta de la empresa.....	84
1) La privatización mediante la venta de la titularidad de las acciones.....	84
2) La privatización mediante la venta directa de la empresa.....	86
<i>b'</i>) Otras técnicas privatizadoras.....	87
<i>b)</i> Los adquirentes de los activos públicos.....	87
B. El marco legal de las privatizaciones españolas. En especial la aplicación de la Ley 5/1995 a las SAP durante el proceso de privatización.....	89
1. El procedimiento de aplicación de la Ley 5/1995.....	97
2. Las contradicciones en la aplicación de la Ley 5/1995.....	101
3. La Ley 5/1995 y los principios de comercio interior y exterior.....	104
<i>a)</i> La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las sociedades privatizadas mediante la Ley 5/1995.....	104

	<u>Pág.</u>
a') La posible creación de marcos no competitivos	105
b') Las ayudas públicas en los procesos de privatización.	106
c') Las concentraciones económicas en los procesos de privatización	109
b) Los principios comunitarios de libre circulación de capitales y de no discriminación, en relación a las SA privatizadas mediante la Ley 5/1995	111

CAPÍTULO SEGUNDO

ESPECIALIDADES FUNDAMENTALES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS

I. LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL.....	115
A. El consentimiento en el negocio jurídico de fundación de una sociedad anónima pública.....	116
1. Formación de la voluntad de constituir de un ente público.....	118
2. Otorgamiento del consentimiento de un ente público para constituir una sociedad anónima.....	121
B. La causa del negocio jurídico de fundación de una sociedad anónima pública.....	121
C. La aportación en el negocio jurídico de fundación de una sociedad anónima pública	129
1. Aportación de bienes demaniales afectos a un fin	130
2. Aportación de bienes demaniales por naturaleza	131
3. La peculiar aportación de la consideración administrativa como bien inmaterial	134
4. Aportación de bienes patrimoniales	137
II. FORMA Y PUBLICIDAD COMO ELEMENTOS FUNDACIONALES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS.....	139
A. La escritura pública de constitución	139
1. Función de la escritura pública de constitución en una sociedad anónima pública.....	139
2. El otorgamiento de la escritura y la unipersonalidad de las sociedades anónimas públicas y su obligación de aportar ...	141
B. La sociedad anónima pública en formación y la sociedad irregular	151
C. Inscripción en el Registro mercantil de la sociedad anónima pública	155

CAPÍTULO TERCERO

**LAS ESPECIALIDADES ESTATUTARIAS
DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS**

I.	LOS ESTATUTOS SOCIALES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA Y LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS IDENTIFICADORAS.....	159
	A. La denominación social en las SAP.....	162
	B. La nacionalidad de las SAP.....	163
	C. El domicilio de las SAP.....	164
	D. El objeto social estatutario de las SAP.....	165
II.	LA PECULIARIDAD DEL CAPITAL SOCIAL Y DE LAS ACCIONES.....	167
	A. El capital social escriturado en las SAP.....	167
	B. Las peculiaridades del tratamiento de las acciones en las SAP.	169
	1. Las sociedades anónimas públicas sometidas al régimen general de la Ley de sociedades anónimas en materia de acciones.....	171
	a) Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.	171
	b) Derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.	174
	c) Derecho de asistir y votar en las juntas generales y su derivación hacia otras técnicas de control en las SAP ...	175
	d) El derecho de información del socio público.....	178
	e) Impugnación de acuerdos sociales.....	180
	2. Las sociedades anónimas públicas sometidas a un régimen jurídico especial en materia de acciones.....	182
	a) La acción privilegiada o « <i>Golden Share</i> » inglesa.....	182
	b) « <i>L'action spécifique</i> » en Francia.....	185
	c) Parte especial en Italia o « <i>poteri speciale</i> ».....	187
	d) Régimen de autorización administrativa previa o la acción oro española.....	189

CAPÍTULO CUARTO

**LAS PECULIARIDADES EN LA TRANSMISIÓN
DEL CAPITAL SOCIAL PÚBLICO**

I.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES DE CAPITAL PÚBLICO.....	193
	A. Las peculiaridades del régimen jurídico en la transmisión de las acciones correspondiente a la etapa intervencionista.....	193

	<u>Pág.</u>
B. Las peculiaridades del régimen jurídico en la enajenación de las acciones correspondiente a la etapa privatizadora	196
1. Enajenación de las acciones de titularidad pública a través del mercado de valores	198
<i>a)</i> La enajenación de acciones de capital público mediante una oferta pública de venta (OPV)	199
<i>a')</i> Fase preliminar destinada a la preparación de la enajenación de las acciones de capital público.....	201
1) Identificación del oferente de una OPV	201
2) Diseño de la operación de privatización	204
2.1) Tramo institucional.....	205
2.2) Tramo minorista	208
2.3) Criterios para la fijación del precio de la acción.....	210
3) Preparación de la OPV	214
3.1) La elección de los intermediarios financieros.	214
3.2) Técnicas de colocación.....	221
<i>b')</i> Fase de suscripción con especial referencia al proceso de colocación en el modelo seguido en las privatizaciones	225
1) Prospección de la demanda	225
2) Especial referencia al proceso de colocación al modelo seguido en las privatizaciones.....	226
<i>c')</i> Fase de distribución y adjudicación de acciones	231
<i>b)</i> Enajenación de las acciones de titularidad pública mediante una oferta pública de adquisición (OPA).....	233
2. Enajenación de acciones de titularidad pública fuera del mercado de valores y combinación de métodos para la enajenación de participaciones sociales de titularidad pública.	236

CAPÍTULO QUINTO

LAS PECULIARIDADES DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS

I. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS	243
A. Funcionamiento de la Junta General y el ejercicio de sus competencias	244

	<u>Pág.</u>
B. La actuación de la SEPI en las sociedades participadas por el Estado.....	248
II. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PÚBLICAS	251
A. La estructura y organización del consejo de administración.....	252
1. Nombramiento y cese de administradores en las sociedades anónimas públicas.....	253
<i>a)</i> Nombramiento de administradores por sistemas no previstos en la LSA.....	254
<i>b)</i> Nombramiento y cese de administradores por los sistemas previstos en la LSA	261
<i>a')</i> El sistema de representación proporcional en las sociedades anónimas públicas.....	262
<i>b')</i> El sistema de cooptación en las sociedades anónimas públicas	263
B. Influencia del accionista público sobre el órgano de administración	265
C. Organización del consejo de administración.....	269
1. El presidente de la sociedad	270
2. Funciones del consejo y delegación de facultades	271
D. La responsabilidad de los administradores en la SAP	272
BIBLIOGRAFÍA.....	275

PRÓLOGO

La satisfacción causada ante la finalización de un trabajo es siempre fugaz al quedar pronto atenuada como consecuencia de la intranquilidad que produce el hecho de que aquél es, ahora, un elemento que tiene su propia existencia, y sobre el que va a caer una valoración pública que es ajena a lo que hayan sido los muchos esfuerzos del autor para su consecución, que pasa así a ser un simple sujeto responsable de sus hechos con independencia de su entrega y dedicación. En este sentido, es el director de una tesis doctoral, que finalmente se ve convertida en libro, la única persona capaz de tener una panorámica que abarque tanto el recorrido del proceso de su elaboración como el resultado final del mismo, siendo de justicia que en el prólogo manifieste su juicio sobre ambos aspectos, ya que ésta es la forma de hacer expreso el reconocimiento del esfuerzo que la obra escrita ha supuesto para su autor a la vez que se manifiesta al lector certeza sobre la seriedad de cuáles son los fundamentos científicos últimos en torno a los que el libro sustenta su interés.

La obra que hoy se publica se ha venido realizando a lo largo de un tiempo en el que han sido una constante los cambios ideológicos en torno a la concepción de lo que debería de ser la presencia de lo público en el marco de las relaciones sociales y económicas y no sólo en nuestro país. Lo que, necesariamente, tenía que tener sus correspondientes consecuencias jurídicas y, de manera relevante, una inevitable repercusión en torno a la significación de lo que, en los diversos momentos, debería de significar la presencia de la empresa pública y constituir los principios inspiradores de su régimen jurídico. El periodo transcurrido entre la elección del tema y su finalización ha visto, en consecuencia, el paso de diversas concepciones ideológicas con el paralelo cambio del respectivo marco jurídico en los que la empresa

pública se contemplaba, que, además, partía en nuestro país condicionado, en gran parte, por una estructura empresarial que estaba organizada bajo un modelo de Estado autoritario e intervencionista al que un nuevo sistema democrático desplazaba constitucionalmente tanto en sus presupuestos de organización política como en sus planteamientos respecto a lo que debía de ser el nuevo modelo de una economía social de mercado que, posteriormente, se vería condicionado por su inserción en el marco jurídico de una estructura política y económica supraestatal a raíz de la entrada del Estado español en el Mercado Común europeo.

A las dificultades derivadas de una situación jurídica en constante mutación se le añadía la propia complejidad del tema abordado, puesto que sobre el régimen de las sociedades anónimas públicas (SAP) confluyen normas de muy diversa naturaleza jurídica en lo que, de forma genérica, podríamos considerar una manifestación del derecho de la economía en la que el Derecho mercantil societario y el Derecho administrativo entran en contacto sobre la base de un nuevo y flexible Derecho constitucional económico.

Es muy probable que cualquier persona hubiera acabado abandonando una tarea a la que los múltiples avatares sufridos por los cambios en el contenido sustancial del que era el tema elegido exigían, junto a su estudio, un esfuerzo añadido de atención permanente a los cambios del modelo económico y del sistema jurídico que le servían de referencia. La autora del libro que hoy ve la luz, Encarnación GARCÍA RUIZ, no sólo no decayó en ningún momento, sino que, por el contrario, encontró en la dificultad un motivo para acometer el estudio de la evolución del sector público empresarial, resaltar sus aciertos e insuficiencias, hasta poder ofrecernos finalmente un mapa claro y coherente de lo que la empresa pública significa hoy para nuestro ordenamiento, y constatar, como conclusión, cuáles son las dificultades que hay que abordar para poder organizar adecuadamente el régimen jurídico de la Sociedad Anónima Pública como el modelo de organización jurídico privado bajo el que de forma predominante se manifiesta aquélla. El resultado fue la tesis doctoral sobre «Las peculiaridades del régimen jurídico de las sociedades anónimas públicas», a la que el Tribunal que la juzgó calificó con sobresaliente cum laude por unanimidad y que ha sido el núcleo esencial sobre el que este libro se estructura. La autora ha ido dejando, además, a lo largo de todo ese tiempo, muestras en el camino de su tesón y de su capacidad científica con contribuciones realizadas en sectores que afectan a campos muy diversos del ordenamiento y que son una tarjeta de presentación que ponen de relieve la formación adquirida para poder abordar un tema tan complejo como es el que ahora se aborda. El libro que se presenta es, en consecuencia, una aportación científica que se sustenta sobre la base personal de una

estudiosa del Derecho, cuyo rigor, dedicación y curiosidad por el conocimiento no son sino el reflejo de un carácter que impregna todo aquello que acomete en su buen hacer universitario.

Los estudios sobre el régimen de la empresa pública y de sus modalidades han venido siendo abundantes, antes y después de nuestra actual Constitución, si bien es cierto que se hicieron, inicialmente, desde la óptica del Derecho administrativo, ampliada posteriormente con la contemplación de su encaje constitucional con los derechos de propiedad y libertad de empresa en conexión con el marco de la competencia en su relación con los posibles límites que les podían venir impuestos por los poderes públicos, a lo que la entrada de España en el Mercado Común vino a añadir el problema de su adecuación al nuevo marco comunitario de su actuación en el régimen de competencia que se contemplaba. Algunos estudios empezaron también, ya a mediados de los años ochenta, a aproximarse al tema de la empresa pública como un fenómeno interdisciplinar, y en ellos era patente la preocupación por perfilar el alcance de la misma noción de empresa y empresario cuando era aplicado a organizaciones de naturaleza privada utilizadas por los poderes públicos y por delimitar cuál era su real sometimiento al régimen estatutario del empresario privado. En este marco se centraba el debate sobre la oportunidad de la utilización, a estos efectos, de los tipos societarios de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como una de las manifestaciones en las que se concretaba la empresa pública bajo técnicas jurídicas de subjetivación de naturaleza privada (fueron pioneros en nuestra doctrina los trabajos del profesor Alonso UREBA), en lo que podía ser, a veces, una huida no justificada del rigor del Derecho administrativo bajo la pretendida cobertura de una mayor flexibilidad en su gestión. El hecho fue que se detuvieron los estudios doctrinales interdisciplinarios y las iniciativas legislativas en torno a la elaboración de un estatuto de la empresa pública tanto como consecuencia del incipiente proceso privatizador, luego acelerado en los últimos años, como de los cambios producidos en la reorganización del sector público empresarial y de las consiguientes modificaciones del ordenamiento administrativo.

La preocupación por retomar el estudio de la empresa pública y su inserción entre el Derecho público y el Derecho privado vuelve a renacer en los años noventa (una muestra de ello es la magnífica aportación hecha por la profesora MONTOYA MARTÍN), añadiendo un nuevo interés al tema la utilización de la transmisión a manos privadas del capital de la sociedad anónima pública como una de las formulas básicas de ejecución del ya desencadenado proceso privatizador, si bien esta orientación tampoco se concretase en la existencia de una regulación unitaria del fenómeno de la empresa pública.

Se echaba, en consecuencia, de menos un estudio específico sobre la Sociedad Anónima Pública como una concreta manifestación de la empresa pública, que se hiciera desde el actual enfoque jurídico privado y su conexión con lo público, que la constante mutación de las situaciones había hecho casi imposible y que hoy parece más factible dada la relativa tranquilidad del actual marco en el que aquélla se ubica. Este libro persigue plantear las dificultades que se derivan de la inexistencia de un régimen jurídico específico para la Sociedad Anónima Pública y de su sometimiento al régimen general de las sociedades anónimas que cae sobre un tipo de naturaleza jurídico-privada pensado, esencialmente, para la organización de intereses y la realización de actividades de esa misma índole, pero al que se añade el calificativo de público porque se ve radicalmente afectado, desde el mismo momento de su constitución, por la presencia de un socio de referencia que es de naturaleza pública o por la existencia de algún control público sobre ella. Las dificultades esenciales residían en el cómo abordar la organización jurídica de un modelo empresarial público bajo un prototipo de régimen jurídico privado que no contaba con el hecho de que el supuesto del fraccionamiento de la titularidad de la propiedad accionarial no era la base sobre la que se organizaba la sociedad anónima pública, ni en el que tampoco los sistemas orgánicos diseñados para las tomas de decisión y de control de la gestión eran los óptimos para funcionar en un supuesto donde el problema tradicional de la “agencia” se planteaba bajo un panorama muy diverso de lo que es el conflicto entre propiedad y dirección y las formas de resolverlo en el ámbito del tipo de sociedad anónima.

La diversidad de normas administrativas que inciden sobre la empresa pública, como la pluralidad de técnicas bajo las que ésta puede presentarse y la presencia entre ellas de la figura de la sociedad anónima, requería partir de una clarificación inicial de esta complejidad para poder abordar con seguridad que era aquello en lo que el marco normativo administrativo condicionaba, o dificultaba, la utilización de la sociedad anónima por la administración. La autora nos ofrece con claridad un punto de partida necesario al señalar cuáles y con qué alcance son las normas que organizan las formas jurídicas bajo las que las empresas públicas, y en particular las SAP, pueden presentarse y que inciden sobre ella. El trabajo no se limita, sin embargo, a lo que pudiera haber sido un mero análisis de nuestro sistema normativo, sino que parte del examen de la real presencia en el mercado de las que son las principales empresas públicas bajo forma de sociedad anónima y de un detallado examen de sus estatutos que sirve para justificar sus afirmaciones sobre la base del que es un conocimiento cierto de la figura que analiza. El conocimiento de la estructura del sector público empresarial y de su régimen jurídico se contrasta, así, con el estudio de concretas empresas públicas, de forma que uno y otro aspecto se com-

plementan para ofrecer al lector un referente completo para que pueda abordar los problemas que ofrece la organización de una Sociedad Anónima Pública. El buen profesor de Derecho, como tantas veces se ha dicho, sólo puede ser tal si añade al estudio un conocimiento real de lo que constituye su objeto de atención, y sólo siguiendo ese camino se puede llegar a realizar una aportación que posibilite hablar de investigación. Y no hay duda de que Encarnación GARCÍA ha sabido compaginar ambos aspectos, a lo que añade la experiencia adquirida en el ejercicio de la abogacía, en lo que no deja de ser sino otra aportación al rigor personal en el tratamiento de los temas que estudia y que, además, era necesario si se quería tener una perspectiva de las dificultades reales que ofrecía la coordinación de la diversidad de ordenamientos aplicables en la elaboración de los estatutos de una SAP.

El libro ofrece una inicial aproximación al tema al abordar el concepto de lo que se debe de entender por empresa pública y su relación con el sector público empresarial, poniendo de relieve cómo el elemento del “control público” es el determinante para la calificación de una empresa como pública, a la vez que su inclusión en el sector público requiere el que dicho control se ejerza como consecuencia de su inserción en la estructura administrativa o por la detentación de su capital por la administración. La Sociedad Anónima Pública es susceptible, como una de las manifestaciones que puede revestir la empresa pública, de estar inserta en el sector público en virtud de la propiedad de las acciones que detenta el socio estatal o, simplemente, tener tal calificación en función de su sometimiento al control de la administración al margen de que ésta pueda no detentar propiedad alguna sobre su capital. La calificación de una SAP como empresa pública recae así, también, sobre determinadas sociedades anónimas en las que, a pesar de haber pasado sus acciones de una titularidad pública a una titularidad privada, existe algún tipo de control público sobre las mismas. Se trata de sociedades anónimas públicas en las que la incidencia del Derecho público no se justifica por la existencia de un socio público de referencia, sino que se pone de relieve en la presencia de técnicas de control de naturaleza jurídico-pública que compensan precisamente la pérdida de control que pudiera tener el socio público como reducción de su presencia en el capital en sociedades que son relevantes para el interés público. Unas y otras configuran la nueva sociedad anónima pública y ambas son objeto de un cuidadoso y detallado estudio en el que se afrontan las diversas técnicas privatizadoras utilizadas y la relevancia que en ese contexto tiene la polémica Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, para finalmente proceder al estudio de las peculiaridades del régimen al que están sometidas las sociedades anónimas públicas en virtud de su vinculación con el sector público por existir un socio estatal de referencia.

El resultado ha sido una aportación que nos permite deslindar con claridad cuál es el complejo modelo de la sociedad anónima estatal en el momento actual, cuál es el marco normativo en el que se desenvuelve y las dificultades de coordinación entre las diversas normas que lo componen, ofreciendo soluciones a los que son los principales problemas que se plantean para su regulación en función, precisamente, de ese carácter mixto que ofrece la sociedad anónima pública al ser una sociedad con tipología de naturaleza privada pero impregnada desde el momento de su constitución por la presencia de la nota de lo público, y que se refleja a la hora de abordar aspectos tan esenciales como son el proceso de su constitución, la naturaleza de las aportaciones, la circulación de las acciones y la estructura y funcionamiento de sus órganos. Se trata, en definitiva, de una aportación que únicamente podía ser abordada desde un amplio conocimiento y al que sólo se podía llegar después de un ingente trabajo no exento de una enorme paciencia, pero que alberga la satisfacción de poder contribuir con su presencia a ser un paso más que añadir en el inacabable camino hacia la clarificación de los muchos problemas que la empresa pública plantea.

Madrid, febrero 2006

Adolfo SEQUEIRA MARTÍN
Catedrático de Derecho Mercantil

INTRODUCCIÓN

La sociedad anónima es una forma jurídica más de organizar a la empresa pública, pero que presenta la peculiaridad de quedar integrada en el sector público o de estar controlada por un socio de naturaleza jurídica pública, lo que condiciona en buena medida el estudio de su régimen jurídico.

El objeto de este trabajo no es abordar el análisis sistemático y completo del tratamiento jurídico de las sociedades anónimas públicas (en adelante SAP), sino detenerse en aquellas cuestiones en que la norma general queda desplazada por la norma especial o por el mismo estatuto jurídico público del socio de referencia como socio que ejerce el control de la sociedad, a fin de determinar si esas especialidades pueden ser subsumidas en la elasticidad del tipo societario de anónimas, o por el contrario, se trata de un régimen jurídico específico. Se centra así, el objeto de este trabajo, en el análisis de las especialidades del régimen jurídico de las SAP que propician un posible régimen jurídico propio que, sin embargo, carece de refrendo uniforme en el Derecho positivo.

Su estudio se aborda desde marco jurídico positivo que las regula, y se parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.6 CE) por lo que, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se aplica con carácter general a cualquier sociedad anónima ya sea de capital público estatal o autonómico. En este último caso, es de destacar que los distintos Estatutos de Autonomía se limitan a reconocer dentro de sus competencias la existencia de empresas públicas que pueden tener forma de sociedad anónima remitiendo su regulación normativa a la legislación mercantil, civil y laboral de forma generalizada. Nuestro estudio, principalmente, se centra en el régimen jurídico de la sociedad anónima pública estatal (dado que éstas son las que principal-

mente están sometidas en la actualidad a mayores transformaciones y además es la forma jurídica prevalentemente empleada por la Administración pública), con el propósito de reflejar las principales especialidades de régimen jurídico introducidas por normas de Derecho administrativo, a fin, como decimos, de determinar el grado de peculiaridades que supone su intromisión para el régimen general de anónimas. El resultado ha sido constatar que el régimen general de anónimas queda modificado en elementos esenciales de este tipo de sociedades, tal y como sucede con la expresión de la voluntad de constituir del socio público; el régimen de algunas aportaciones sociales que las hacen inadecuadas para los fines que se le demandan; la forma de organizar el capital y su transmisión al sector privado; y, por último, la organización corporativa, cuyos órganos sociales quedan condicionados en su comportamiento por tratarse de sociedades que se integran en el sector público, a lo que debe añadirse la exigencia de que cualquier modificación estatutaria se acompañe de la correspondiente «autorización administrativa previa» para que sea adoptada por el órgano correspondiente.

No se abordan, por el contrario, aquellos aspectos en que no hay especialidades jurídicas y, por tanto quedan reguladas sólo por la Ley de sociedades anónimas. Así sucede con el supuesto de la elaboración y presentación de las cuentas anuales, que si bien estas sociedades están sometidas a un doble control contable (público y privado), no interfieren uno en el otro, igualmente ocurre con la materia relativa a los modos extintivos no liquidativos de la sociedad (transformación, fusión y escisión), así como con los modos extintivos liquidativos (disolución, liquidación y cancelación registral), que una vez recibida la correspondiente autorización administrativa la sociedad podrá iniciar el procedimiento legal general.

Durante el siglo xx las SAP han carecido de un claro y preciso tratamiento legislativo, lo que contrastaba, sin embargo, con la importancia que, a pesar de ello, éstas han presentado en relación con la promoción y desarrollo de los principios de política jurídica que se ha reflejado en el reajuste a que ha estado sometido el sector público motivado por el tránsito de un modelo económico a otro. El modelo europeo de economía de mercado y Estado social de derecho que imperaba en el periodo inicial del siglo xx, aconsejaba diseñar las políticas económicas bajo la tríada «regulación-monopolio-intervención directa del Estado en la economía». Desde los años ochenta, aproximadamente, hasta nuestros días, el cambio en el contexto socio-económico y político guiados por la Unión Europea y la internacionalización de los mercados aconsejan que las políticas económicas se diseñen bajo una tríada de signo contrario al del período anterior, que se basa en «la desregulación-liberalización-privatización». Lo que ya deja entrever el interés del tema elegido como objeto de este trabajo de investigación.

Además, las empresas públicas en general y las SAP en particular siguen sometidas a reflexión y sereno juicio, en cuanto, a su estructura, fines, formas jurídicas y oportunidad de que el Estado realice su actividad económica directamente en el mercado a través de una empresa, y, sobre todo, mediante una sociedad anónima. Los principios sustentadores del derecho comunitario han influido de manera palmaria en la soberanía organizativa de la propiedad de los Estados y han obligado, en algunos casos, a iniciar procesos de desregulación de sectores económicos y de privatización de sociedades anónimas ante la imposición de un ordenamiento jurídico comunitario restrictivo en cuanto a financiación y a organización monopolística de las empresas públicas. Desde esta perspectiva existen casos en que los procesos de privatización han sido forzados por el Derecho comunitario como son los sectores tradicionalmente monopolísticos que han sido sometidos a profundas reestructuraciones en sus regulaciones y, en otros casos, se ha procedido a enajenar determinadas empresas ya que necesitadas de altas tecnologías se ha preferido transferirlas a empresas de capital íntegramente privado consideradas más competitivas por los poderes públicos. En esta nueva etapa varía la discusión sobre este tipo societario en manos del Estado. Ya no se discute sobre si la empresa pública puede ser sociedad anónima, ahora la discusión recae sobre si la sociedad anónima, instrumento jurídico privado, puede seguir siendo empresa pública o, por el contrario el Estado cuando organiza su actividad empresarial mediante una SA tiene que comportarse como un agente económico más. Este debate ha venido además, acompañado por reformas y contrarreformas legislativas que buscan una organización adecuada a los fines que se le demandan, que, en ocasiones, exceden de un mero proyecto empresarial y convierten a las SAP en instrumentos de estas políticas, sean de signo intervencionistas o de índole privatistas. Lo que hace que el presente estudio necesariamente quede encuadrado en dos contextos socio-económicos y jurídicos de signo aparentemente contrarios.

No obstante, las políticas de privatizaciones no significan la desaparición del sector público, sino simplemente un reajuste en el mismo, dado que, muchas de estas SAP sólo han visto modificadas las formas de control ejercidas sobre las mismas. Por otro lado, repárese que la legislación administrativa sigue vigente (LGP, LPAP, LOFAGE, etc.) en la misma forma que siempre, en cuanto a la constitución y organización de estas sociedades, y se mantiene, también, el encuadre orgánico de las mismas dentro de la Administración pública, siguen reguladas por el derecho administrativo en materia de constitución, adquisición y enajenación de acciones, orientación general de sus fines, modificación de estatutos sociales, etc. Por tanto, la legislación administrativa sobre la empresa pública-sociedad anónima no ha sido derogada y está vigente para cualquier sociedad constituida o participada por los poderes públicos condicionando su proceso de fundación, el desarrollo de su activi-

dad y la extinción de las mismas. Es más, la progresiva descoordinación observada últimamente entre la realidad socio-económica y la jurídica ha puesto de manifiesto la necesidad de un nuevo reajuste del sector público empresarial que pretende adaptar la legislación administrativa a las nuevas categorías negociales que ya gozan de una cierta tipicidad en la práctica patrimonial, con la intención declarada de dar unidad a la fragmentada legislación que regula al sector público empresarial, a través principalmente de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Esto plantea problemas diversos, algunos de gran entidad, dada la singularidad del estatuto jurídico de estas entidades públicas que requieren una doble remisión normativa (pública y privada) con gran dispersión legal y afectadas por el carácter coyuntural y sectorial de muchas de las disposiciones que la delimitan. No obstante, la principal dificultad y desafío que ha supuesto su estudio hay que residenciarlo en el marco legal en el que se desenvuelven las SAP, que, como forma jurídica privada organizan, sin embargo, empresas públicas, lo que obliga a un estudio paralelo del Derecho de sociedades y del Derecho administrativo que permita establecer el marco de relaciones oportunas entre el estatuto jurídico propio del socio de referencia y la organización jurídico privada que es utilizada como un instrumento al servicio de la intervención del Estado en la economía, lo que a veces parece incompatible. Esto aún ha sido más laborioso, porque dentro de las sociedades consideradas como anónimas públicas se aprecian tantos regímenes jurídicos distintos como clases de sociedades anónimas públicas hay. A lo que hay que añadir su conexión con otros ámbitos disciplinares que da lugar a un amplio campo de interrelaciones no sólo en lo que a las ramas del Derecho se refiere (civil, mercantil, laboral, administrativo, fiscal, economía política, e incluso internacional), sino también con respecto a otras disciplinas científicas (como la economía o la sociología) que pone de manifiesto la interdisciplinariedad del objeto de estudio y que exige un esfuerzo para determinar las conexiones que las SAP presentan con estas disciplinas, sobre la base de la confluencia de intereses que subyacen en las mismas y que de ser obviadas puede restar riqueza a la exposición analítica. Lo que tiene como resultado que, en la disciplina jurídica propia del Derecho mercantil, muchas de estas SAP son de difícil encuadre sistemático como una modalidad de las sociedades de capital. Las necesidades socio-económicas ponen a estas figuras organizativas al servicio de fines públicos, en ocasiones, diametralmente opuestos a los típicamente mercantiles que cuestionan la naturaleza jurídica de la sociedad anónima resultante, en cuanto que en su regulación incide más el Derecho administrativo que el Derecho de sociedades.

La necesidad de satisfacer esos fines determina un marco jurídico asistemático cuyos conceptos y términos jurídicos a veces admiten

nociones polisémicos, dependiendo su significado de la acepción utilizada por la disciplina jurídica que las regula. Así sucede, por ejemplo, cuando hablamos de tenencia de acciones en manos del Estado, lo que la legislación y la doctrina administrativista denominan participación pública en el capital de una sociedad estatal; cuando se habla del titular del capital se entra en un terreno jurídico impreciso donde los autores prefieren referirse a gestores, porque en último extremo el titular es el Estado y éste actúa a través de su Administración Pública, que recibe las órdenes del Gobierno de la nación o, por delegación de éste, de un ente público, donde necesariamente, cuando actúan dentro de la potestad otorgada, tiene que aplicarse la teoría de la imputación de los actos, etc. La inseguridad de estos conceptos lleva aparejada igualmente la inseguridad sobre el derecho positivo vigente que le es de aplicación, aunque la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas delimite mejor los conceptos y deje expedito el camino a la utilización de los términos mercantiles.

En el presente estudio han sido varios los criterios manejados, pudiéndose destacar, a este respecto, la utilización del método histórico-comparativo que tiene especial incidencia en la exposición del marco normativo y evolución de los principios de política jurídica que han presidido las normas sobre estas sociedades anónimas, así como el método sistemático-interpretativo a través del cual se han puesto en relación las distintas normas que concurren en la regulación del objeto estudiado, que en ocasiones provienen de parcelas diferentes del ordenamiento jurídico debido a la interdisciplinariedad de la materia, como ha quedado señalado. Merece una mención especial el análisis paralelo entre la Ley de sociedades anónimas, los estatutos sociales que las regulan y las normas administrativas que les son de aplicación. Para ello se ha hecho un seguimiento del derecho positivo aplicado a estas sociedades, analizándolo y comparándolo a su vez con los estatutos sociales de las más importantes SAP cabeceras de grupo. Se ha podido determinar que los Estatutos de las SAP quedan adaptados a las exigencias de la vigente ley de sociedades anónimas y hacen desaparecer de su contenido las especialidades de régimen jurídico, es decir, los estatutos sociales no suelen reflejar las especialidades introducidas en su régimen jurídico por las normas vigentes de carácter administrativo. Igualmente hemos constatado que las SAP forman un subgrupo que carece de uniformidad dentro de la categoría general del tipo de anónimas, y que permite que sean agrupadas de acuerdo a sus particulares regímenes jurídicos, así, atendiendo a la propiedad del capital, podemos destacar a las sociedades anónimas públicas unipersonales (constituidas con posterioridad a la Ley 2/1995, de 23 de marzo. Sociedades de Responsabilidad Limitada), a las sociedades anónimas públicas de capital íntegramente público (constituidas con anterioridad a la anterior Ley 2/1995), a las sociedades mixtas, a las sociedades en proceso de privati-

zación, a las sociedades privatizadas bajo el régimen jurídico de la Ley 5/1995, a las que recientemente, a raíz de la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, hay que agregar a las sociedades anónimas tuteladas como una categoría especial de las sociedades de capital íntegramente público. Atendiendo al objeto social, podemos distinguir a las sociedades que desarrollan servicios de interés general o esenciales, en régimen de monopolio o en régimen de mercado, y a las sociedades anónimas públicas que desarrollan actividades empresariales en régimen de mercado.

Debido a que las SAP carecen de un régimen legal uniforme, la sistemática utilizada ha venido determinada por el objeto mismo de estudio y por las características que presenta el Derecho español que regula a la SAP y a sus procedimientos de privatización, atendiendo también a las razones de política jurídica que fundamentan a estas sociedades y que condicionan en exceso, todo el contexto normativo que regula el régimen jurídico de las SAP. A la vez que se ha realizado un esfuerzo de unificación e integración de todos aquellos aspectos legales más relevantes intentando superar la indeterminación de los conceptos jurídicos que confluyen en el tema, así como las diferencias terminológicas del propio ordenamiento jurídico para referirse a una misma realidad jurídica. Lo que no siempre ha resultado fácil por la pluralidad y la distinta naturaleza de los sujetos que intervienen, por la falta de homogeneidad en la finalidad perseguida con estas organizaciones y por la instrumentación que, en ocasiones, se hace de su régimen jurídico, que obliga a manejar una legislación coyuntural que responde a los principios políticos-legislativos del modelo que le sirve de referencia.

El estudio del régimen jurídico de las SAP se ha ordenado en cinco capítulos. En el primer capítulo se parte del marco constitucional económico que legitima la intervención pública en la economía y aborda el análisis del concepto de empresa pública, su organización y régimen legal, y se pretende justificar que no se pueda asumir el estudio de la empresa pública como una categoría jurídica única. En este primer capítulo, también se estudia el proceso de transformación de la empresa pública como instrumento de las políticas de privatización, atendiendo, igualmente, a su concepto, técnicas de privatización y marco legal de las privatizaciones españolas, así como la problemática que plantea la aplicación de la Ley 5/1995 a determinadas sociedades mercantiles, que define una nueva forma jurídica de sociedad anónima con un régimen legal específico. El estudio de los siguientes capítulos sigue el esquema propio de la LSA aunque adaptado a las peculiaridades del objeto estudiado. Así en el segundo capítulo se hace un seguimiento detallado del proceso de constitución de la SAP, analizando los elementos del negocio jurídico fundacional pero partiendo del principio de legalidad al que está sometida la actuación de la Administración Pública; se estudia,

también, la responsabilidad del socio público durante todo el proceso de fundación hasta la inscripción de la escritura pública en el Registro mercantil. Y se ponen de manifiesto las carencias legales que el régimen general presenta para este tipo de sociedades. En el tercer capítulo se inicia el estudio de las posibles especialidades estatutarias de las SAP, y se analizan los aspectos del régimen jurídico de los atributos de la personalidad y del capital social y de las acciones, dejando constancia de aquellos puntos en que difieren del régimen general, haciendo especial referencia al conjunto de SAP que están sometidas a un régimen especial en materia de acciones y que por ello presentan peculiaridades en su específico régimen jurídico. El capítulo cuarto recoge las particularidades de la transmisión de acciones, que se articula sobre la base de dos regímenes jurídicos distintos, según corresponde a la etapa intervencionista y que se caracteriza por la ausencia de voluntad en la transmisión de las acciones; la etapa privatizadora responde a la voluntad de transmitir el capital público cuya transmisión se realiza mediante las distintas técnicas mercantiles. Por último, en el capítulo quinto, se hace un seguimiento de la composición y funcionamiento de los órganos sociales (junta general y órgano de administración), así como del ejercicio de sus competencias legales y estatutarias, con el fin de determinar en qué medida quedan condicionados por el ejercicio de las propias competencias y funciones atribuidas legalmente al socio público por confluir en él la vertiente de Administración Pública.