

# ÍNDICE

<i>Introducción</i> .....	11
---------------------------	----

## PARTE GENERAL

### INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

<i>Lección 1.<sup>a</sup> LA ADMINISTRACIÓN, EMPRESARIO PÚBLICO</i> <i>Mercedes Vérguez</i> .....	15
--	----

I. Empresa pública .....	17
II. Sometimiento de la actividad económica empresarial de la administración al ordenamiento mercantil .....	21
III. Sociedades mercantiles estatales .....	24
IV. Empresa pública y administración local y autonómica .....	27
V. Empresas públicas y el Derecho de la Unión Europea .....	30
VI. Empresa pública y privatización .....	31

<i>Lección 2.<sup>a</sup> LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES</i> <i>Alicia Arroyo Aparicio</i> .....	35
--	----

I. Introducción: antecedentes y nociones generales .....	37
II. Principio de protección de los consumidores .....	39
1. En la Constitución española .....	39
2. Política europea de protección de los consumidores .....	40
III. La LGDCU .....	46
1. Relevancia de la LGDCU .....	46
2. Contenido del TRLGDCU .....	50

IV. Influencia en el ordenamiento jurídico . . . . .	53
1. Influencia de las normas de la UE . . . . .	53
2. Normas imperativas y refuerzo de la posición contractual . . . . .	55
3. Potestad sancionadora de la Administración . . . . .	56
4. Resarcimiento y acciones por daños . . . . .	56
5. Organismos y Asociaciones de Consumidores y Usuarios . . . . .	58

## SEGUNDA PARTE

## ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ORDENACIÓN DEL MERCADO

<i>Lección 3.<sup>a</sup> LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS</i> <i>Alicia Arroyo Aparicio . . . . .</i>	61
I. Nociones previas, antecedentes y régimen legal actual . . . . .	63
1. Nociones previas básicas . . . . .	63
2. Antecedentes y régimen actual . . . . .	65
2.1. Antecedentes . . . . .	65
2.2. Régimen español y europeo . . . . .	66
2.3. Contenido básico . . . . .	69
II. Sistema español y europeo de protección de la libre competencia . . . . .	72
1. Coexistencia de ambos sistemas . . . . .	72
2. Criterio delimitador . . . . .	73
III. Administraciones públicas y Defensa de la Competencia . . . . .	74
1. Aplicación a las empresas públicas . . . . .	74
2. Ayudas públicas . . . . .	77
3. Promoción . . . . .	80
 <i>Lección 4.<sup>a</sup> LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL</i> <i>Alicia Arroyo Aparicio . . . . .</i>	 83
I. Introducción . . . . .	85
II. La propiedad industrial como conjunto de instituciones rela- cionadas con el Derecho de la competencia . . . . .	88

III. Régimen jurídico básico . . . . .	93
1. Patentes y modelos de utilidad . . . . .	93
2. Diseños industriales (dibujos o modelos) . . . . .	95
3. Marcas y nombres comerciales (signos distintivos) . . . . .	96
4. Denominaciones de origen e Indicaciones Geográficas Pro- tegidas. . . . .	98
5. Otros derechos . . . . .	98
IV. Otorgamiento de los derechos . . . . .	99
1. Registro . . . . .	99
2. Procedimiento de registro . . . . .	102
3. Exclusividad del derecho . . . . .	104
V. Procedimientos administrativos y acciones civiles . . . . .	107
<i>Lección 5.<sup>a</sup> LA ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA</i>	
<i>Alicia Arroyo Aparicio . . . . .</i>	111
I. Introducción . . . . .	113
II. Previsiones constitucionales sobre el comercio . . . . .	113
III. Distribución competencial en materia de comercio interior . . . . .	115
IV. La LOCM . . . . .	116
1. Introducción . . . . .	116
2. Noción de comercio minorista: ámbito de la Ley . . . . .	117
3. Intervención de la Administración . . . . .	120

TERCERA PARTE ESPECIAL  
LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN DETERMINADOS  
SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

<i>Lección 6.<sup>a</sup> INTERVENCIÓN EN EL SECTOR DEL SEGURO</i>	
<i>Mercedes Vérguez . . . . .</i>	131
I. Consideración general . . . . .	133
II. El seguro privado y su marco normativo general . . . . .	134
1. Caracter internacional del seguro y su tratamiento en la Unión Europea . . . . .	134
2. Marco normativo de la regulación del seguro privado en Derecho español . . . . .	136

III.	Intervención de los poderes públicos en las operaciones a través de las cuales se presta el seguro . . . . .	137
IV.	Intervención de los poderes públicos en la gestión del seguro por las empresas aseguradoras . . . . .	141
	1. Intervención de la Administración en el momento de constitución de las entidades aseguradoras. . . . .	142
	2. Intervención de la Administración durante el ejercicio de la actividad de las entidades aseguradoras. . . . .	144
	3. Actuación de la Administración en relación con las empresas aseguradoras que presenten situaciones de deterioro financiero y con la revocación de la autorización, su disolución y liquidación. . . . .	146
<i>Lección 7.<sup>a</sup> EL CONTROL PÚBLICO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE</i>		
	<i>Mercedes Vérguez</i> . . . . .	147
I.	Consideraciones generales . . . . .	149
II.	Transporte terrestre. . . . .	150
	1. Introducción . . . . .	150
	2. Transporte terrestre por carretera. . . . .	153
	3. Transporte terrestre por ferrocarril. . . . .	156
III.	Transporte marítimo. . . . .	161
	1. Introducción . . . . .	161
	2. Intervención pública desde el punto de vista del contrato . .	162
	3. Intervención administrativa en la gestión del transporte marítimo. . . . .	163
IV.	Transporte aéreo . . . . .	166
	1. Introducción . . . . .	166
	2. Régimen de los aeropuertos . . . . .	167
	3. La intervención en la gestión del transporte aéreo . . . . .	170
<i>Lección 8.<sup>a</sup> INTERVENCIÓN EN EL LLAMADO MERCADO FINANCIERO: CONTROL DEL SISTEMA CREDITICIO, CONTROL DEL SERVICIO DE PAGOS Y CONTROL DEL MERCADO DE VALORES</i>		
	<i>Mercedes Vérguez</i> . . . . .	175
I.	Consideraciones generales . . . . .	177
II.	Ámbito normativo general . . . . .	178

III. Entes Estatales con competencias en el mercado financiero. .	181
IV. El mercado crediticio . . . . .	182
1. Introducción . . . . .	182
2. Entidades de crédito en sentido estricto. . . . .	183
3. Control público de las entidades de crédito . . . . .	185
3.1. Ordenación supervisión y solvencia de las entidades de crédito . . . . .	185
3.2. Recuperación y resolución de las entidades de crédito	187
3.3. El Fondo de Garantía de Depósitos . . . . .	190
4. Control público de los contratos realizados por entidades de crédito . . . . .	191
V. El mercado de pagos: control sobre los servicios de pagos . . .	192
VI. El mercado de valores . . . . .	195
1. Introducción . . . . .	195
2. Características del mercado de valores y la intervención pública del mercado de valores . . . . .	198
3. Intervención pública en el mercado de valores . . . . .	201

## **I. EMPRESA PÚBLICA**

La Constitución española no solo reconoce en su artículo 38 a los particulares la libertad de empresa, en lo que supone de libre acceso al mercado, libertad de ejercicio y de cesación, sino que en su artículo 128.2 reconoce abiertamente la iniciativa pública en la actividad económica, y estableciendo que solo mediante Ley podrá reservarse el sector público recursos o servicios esenciales, puede decirse que ha roto con el llamado principio de subsidiariedad, según el cual la creación de empresas por parte de las administraciones públicas se supeditaría a la ausencia de iniciativa privada. Por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la constitución se instaura en nuestro país lo que se ha llamado el principio de coiniiciativa económica, según el cual los particulares pueden adquirir la condición de empresarios individuales o sociales, y la Administración pública estatal, autonómica, provincial, local, incluso institucional puede también acceder al mercado, adquiriendo la condición de empresario, en este caso a través de la creación de una persona jurídica ya se trate de una sociedad pública o de un organismo administrativo.

Aparece así la figura de la empresa pública, de la que se ha dicho en nuestra propia doctrina mercantilista, que comprende entidades de muy distinta naturaleza y estructura organizativa que tienen como característica común que son creadas por la administración para realizar actividades económicas o empresariales vinculadas en mayor o menor medida a intereses de carácter público. La empresa pública se sirve de formas organizativas diferentes y en cuanto a su actividad, desempeña en ocasiones actividades típicamente comerciales o industriales, acudiendo al mercado con los empresarios u operadores privados y otras veces se ocupa de la administración de servicios públicos que necesitan de una gestión económica, incompatible con la rigidez de los procedimientos administrativos. Es lo que ha determinado la llamada huida del derecho

administrativo, para utilizar las técnicas de racionalización que exige la organización empresarial y que proporciona el derecho privado, fundamentalmente el derecho mercantil, sin perjuicio por supuesto de que la Administración conserve en su caso la facultad de marcar las líneas de actuación de las entidades correspondientes. Facultad y también controles que la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público trata de potenciar en el sentido de que, como señala en su propia Exposición de Motivos, se prescinda de las peculiaridades que han venido propiciando la exclusión de controles administrativos, en la idea de que la flexibilidad en la gestión ha de ser compatible con los mecanismos de control de los fondos públicos.

Nos encontramos ante un empresario (la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, define a la empresa pública como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen), que no tiene un estatuto propio y que presenta, como se ha dicho ya, distintas formas de estructura jurídica, cuya sistematización corresponde al derecho administrativo, que básicamente ha venido siendo determinada con carácter general por la Ley 6/1.997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y a las que la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria consideró como el Sector Público Empresarial.

En el momento actual, derogada la LOFAGE por la Ley 40 / 2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, se ha regulado en ella la organización y funcionamiento del llamado sector público institucional estatal, en el que se incluyen entes y organismos públicos fruto de una descentralización instrumental en busca de mayor eficacia y eficiencia. Esta Ley con una clara pretensión reformadora del marco normativo, pretende recoger en un solo texto el disperso catálogo de empresas públicas existente en nuestro país; dentro de una finalidad expresa que, siguiendo el informe de la Comisión para la Reforma del Derecho administrativo (CORA), tiene como fin suprimir las especialidades de entes públicos que, como ya se ha señalado, sin mucha justificación han propiciado la exclusión de controles administrativos que deben existir en toda

actividad pública en lo que ya hemos dicho, también, ha constituido la llamada «huida del derecho Administrativo».

Estos entes, que constituyen el sector público empresarial y que se someten a un marco normativo nuevo, en el que no ha estado ausente tampoco, si bien no con la debida decisión, la consideración de las Directrices del Informe sobre gobierno corporativo de las empresas públicas, emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se han reducido a determinados tipos, entre los cuales, dejando a un lado los consorcios de los que se hecho una regulación común con el sector público administrativo, los que aquí interesan fundamentalmente son los siguientes:

- **Las entidades públicas empresariales** de ámbito estatal, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía de gestión que se financian mayoritariamente con ingresos del mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación y con independencia de cuál sea su denominación deberán hacer constar en ella la indicación de «entidad pública empresarial» o su abreviatura «E.P.E.» (art. 103). Estas entidades se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, en los aspectos específicamente establecidos para ellas en la propia ley, en su ley de creación, en sus estatutos, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, la Ley 33/2003 de 3 de noviembre sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas y en el resto de normas de derecho administrativo general y especial que les sean de aplicación (art. 104). Se trata de entidades que podrán financiarse con ingresos que deriven de sus operaciones, obtenidos como contraprestaciones de sus actividades comerciales, también con los recursos que provengan de los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas de dicho patrimonio y cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido; y excepcionalmente de otras fuentes. Estas entidades se financiarán mayoritariamente con ingresos de mercado (art 107).



- **Las sociedades mercantiles estatales**, que utilizando las figuras jurídicas propias del Derecho mercantil se registrarán por lo previsto en esta ley, por lo previsto en la ley 33/2003 de 3 de noviembre que regula el patrimonio de las administraciones públicas y por el ordenamiento jurídico privado salvo en las materias que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. Sin que en ningún caso puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, aunque excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas (art.113); (sobre ellas volveremos con posterioridad).

Conviene tener en cuenta, no obstante, que junto a la rigurosa tipificación realizada por la Ley de Régimen jurídico del Sector público, reconocida en ella no solo en su E.M. sino fundamentalmente en su artículo 84.2, al establecer que la Administración General del Estado o entidad integrante del sector institucionalizado no podrá por si misma, ni en colaboración con otras entidades públicas, ni privadas crear ni ejercer directa ni indirectamente el control efectivo sobre ningún tipo de entidad distinto de los enumerados en el número 1. de dicho artículo, se están reconociendo, sin embargo en otras leyes como sector público empresarial a otras entidades.

Así sucede con lo que dispone el artículo 3.2.c) y b) de la Ley 47/2003 de 26 de diciembre, General Presupuestaria, a cuyo tenor el sector público empresarial podrá estar integrado por cualquiera organismos y entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuando bien su actividad principal consiste en la producción en régimen de mercado de bienes o servicios destinados al consumo individual o colectivo, o no realicen funciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional; o bien se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiendo como tales los ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contraprestación de la entrega de bienes o de la prestación de servicios. Lo mismo sucede según el artículo 166.1. b) de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, entendiéndose en él que integran el sector empresarial las entidades vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos

públicos, cuyos ingresos provengan, al menos en un cincuenta por ciento de operaciones de mercado.

En cualquier caso a efectos de nuestro estudio lo que nos interesa es detenernos, además, en la consideración, por un lado, del sometimiento de la actividad económica empresarial a las normas del derecho privado y concretamente del Derecho mercantil, y por otro lado la utilización por parte de la llamada administración institucional de formas organizativas mercantiles como es el caso de las sociedades mercantiles públicas.

## II. SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EMPRESARIAL DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO MERCANTIL

Con carácter general cabe destacar que el desarrollo por parte de la administración de una actividad económica en el mercado determina, en todo caso, su sometimiento a una serie de normas propias de nuestro ordenamiento relativas a la ordenación del mercado y a la protección de los intereses que en él confluyen.

- **Primero.** Con carácter general, y en virtud del ya señalado principio de coiniactiva de la actividad económica pública con la privada hay que resaltar el sometimiento de esta última a las normas que regulan la competencia en el mercado, que debe funcionar con arreglo al principio de libertad y el de corrección.
  - El sistema de libre mercado establecido en el artículo 38 de la Constitución supone el libre acceso al mercado de quienes pretenden operar en él, y exige al mismo tiempo que todos los sujetos que acuden a él se sometan a unas mismas reglas, tratando de captar la clientela a través de las ventajas que ofrecen sus prestaciones. Dentro de este sistema la iniciativa pública exige su sometimiento a las mismas exigencias que los particulares para no desvirtuar el sistema, y al mismo tiempo, como se prevé en el propio texto constitucional (artículo 128.2 ya citado), solo por Ley se podrá reservar al sector público servicios esenciales.
  - Por lo que se refiere al principio de corrección, la administración sea cual sea la forma a través de la que actúe en el tráfico queda

sometida a las normas que establece la Ley de competencia desleal de 10 de enero de 1991, que bajo el principio de considerar desleal todo comportamiento contrario a la buena fe regula y sanciona una serie de prácticas desleales. Por supuesto que está sometida también a la Ley General de publicidad cuyo artículo 2 establece que «se entenderá por publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica pública o privada, en el ejercicio de su actividad comercial industrial artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles, inmuebles, servicios, derechos u obligaciones».

- **Segundo.** Por lo que afecta a las relaciones con terceros a través de las cuales se desarrolla la actividad empresarial, las entidades del sector público están sometidas a las normas sobre defensa de los consumidores y usuarios establecidas en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo texto refundido ha sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, a efectos de cuya aplicación se establece en su artículo 4 que se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial ya sea pública o privada. También la Ley de Condiciones Generales de la contratación, aunque, lógicamente, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos administrativos sometidos por completo al derecho administrativo, al determinar su ámbito objetivo de aplicación, previa determinación de que se aplica la ley a los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional como predisponente y cualquier persona física o jurídica como adherente, precisa que se entenderá como profesional a toda persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada (art. 2 de la Ley).
- **Tercero.** Consideración especial merece el tema relativo a la aplicación de los procedimientos concursales a las empresas públicas.

El artículo 1 de la Ley concursal ha consagrado la falta de capacidad concursal de las administraciones públicas; de manera que después de establecer como norma general la capacidad concursal de cualquier persona jurídica, establece una excepción para las administraciones públicas

declarando que no pueden ser declaradas en concurso «las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público».

Se trata de una formulación cuya interpretación se ha realizado desde dos consideraciones distintas. Por un lado, el hecho de tratarse de una excepción y que, como tal, ha de interpretarse restrictivamente. Por otro lado, el fundamento de dicha excepción, basado, como resulta claro, en el hecho de que la propia Constitución declara que las Administraciones públicas están al servicio de los intereses generales (artículo 103.1); intereses generales que son los que impiden la declaración del concurso de las personas jurídico públicas y los que determinan que no nos encontremos ante un privilegio subjetivo, sino ante un privilegio objetivo.

Las razones antes apuntadas hay que reconocer que hacen que deje de tener sentido la exclusión del concurso de aquellas entidades públicas cuyo fin sea meramente la producción de bienes y servicios con ánimo de lucro en pie de igualdad con los particulares, con los cuales concurren en el mercado; de ahí que tanto en la doctrina, como en la práctica judicial, haya un reconocimiento sobre la posibilidad de que sean declaradas en concurso de acreedores las sociedades mercantiles públicas; sin perjuicio de que el concurso pueda evitarse cuando así lo exija el interés general a través de la intervención de la empresa, intervención que prevé el artículo 128.2 de la Constitución. Todo ello sin desconocer que la nueva ley de Régimen jurídico del Sector Público para los organismos públicos dentro de la administración institucional que comprende a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales, prevé el desequilibrio financiero como causa de disolución, estableciendo planes de corrección de ese desequilibrio, y señalando además que en caso de disolución la administración pública se subrogará en todas las relaciones que dichos organismos tengan con sus acreedores (arts. 97 y 98).

En cualquier caso nunca está de más tener en cuenta lo que establecen las Directrices del Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que no solo establecen que el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debería garantizar la igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten con empresas del sector privado con el fin de evitar distorsiones de ese mercado; sino que los gobiernos deberían esforzarse en simplificar las prácticas operativas y

el régimen jurídico con el que funcionan las empresas públicas; su régimen jurídico debería permitir a los acreedores iniciar procedimientos de insolvencia.

### **III. SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES**

Desde el punto de vista del Derecho mercantil, tienen especial interés, como formas de empresa pública, las ya citadas sociedades mercantiles estatales, porque en ellas se manifiesta, como ya se ha dicho, la utilización de las técnicas organizativas propias del Derecho mercantil, especialmente de la S.A., lo que supone que, si bien han sido utilizadas en ocasiones como un medio de eludir controles y garantías de Derecho administrativo, pueden considerarse como el medio natural a través del cual la administración desarrolla profesionalmente su actividad económica.

Las sociedades mercantiles estatales, previstas en la Disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la derogada LOFAGE, están reguladas por la ley de Régimen Jurídico del Sector público que considera como tales, aquellas sobre las cuales se ejerce control estatal, bien porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o la de alguna o algunas de las entidades que integran conforme a dicha ley el sector público institucional estatal, sea superior al 50 por ciento o bien porque la sociedad mercantil se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42.1 del Código de comercio, respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes. La denominación de estas sociedades deberá comprender necesariamente la indicación de «sociedad mercantil estatal», o su abreviatura «S.M.E.» (art. 111) .

Estas sociedades se rigen por el ordenamiento jurídico privado, aunque están sometidas también a importantes controles de derecho público. Las sociedades mercantiles estatales operan sobre la estructura organizativa de la sociedad anónima y se someten a su régimen común, aunque su pertenencia al patrimonio público empresarial determina que su actividad se vea influenciada por la intervención pública, tanto en aspectos relativos a la voluntad de sus órganos, como en lo que

se refiere a la gestión económica (artículos 169 f), 170 y 173 de la Ley sobre el Patrimonio de las Administraciones Publicas), pudiendo decirse, como se ha señalado en la doctrina, que el control público de estas entidades se hace insertando las formas habituales de la administración pública en los cauces del derecho societario, de manera que en ellas la administración pública se sirve de las competencias que le son expresamente atribuidas, y de las que se derivan de su participación mayoritaria en el capital social, tanto para designar a las personas integrantes del órgano de administración como para establecer los criterios de su gestión y para decidir las cuestiones relativas a su estructura jurídica.

Sujetas estas sociedades a las normas de la ya citada ley sobre el Patrimonio de las Administraciones públicas, su régimen jurídico administrativo viene también establecido en la ley de Régimen Jurídico del Sector público, tanto en lo que se refiere a su creación y extinción, sometidas ambas al control de la administración pública (art.114); como al régimen de responsabilidad aplicable a los miembros del consejo de administración de estas sociedades designados por la Administración General del Estado, señalándose que la responsabilidad que le corresponda al empleado público, como miembro del consejo de administración, será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó, pudiendo la Administración general del Estado exigir de oficio al funcionario público, la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo o culpa o negligencia graves conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial (art. 115). Un régimen de responsabilidad que desde el punto de vista de lo que establece del Informe de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE) sobre el gobierno de la empresa pública, se ha sometido por parte de la doctrina a consideraciones críticas, entendiéndose que contrasta con las Directrices recomendadas en dicho Informe, aconsejando que los consejos de administración de las empresas públicas reciban un mandato claro y asuman la responsabilidad final por el desempeño de la empresa y que su papel esté claramente definido en la legislación; recomendándose además en las Notas que el régimen de responsabilidad de los administradores debe ser el mismo para todos para todos los conseje-

ros, independientemente de que su nombramiento dependa del Estado o de otros accionistas o actores interesados.

También se prevé en la Ley de Régimen Jurídico del sector Público que estas sociedades se regirán por lo previsto en dicha ley, en la ley 33/2003 de 3 de noviembre que regula el patrimonio de las administraciones públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en materia que sea aplicable la normativa administrativa y en todo lo que corresponda al régimen presupuestario, contable, de control económico financiero y de contratación. En cualquier caso las sociedades mercantiles estatales formularán y rendirán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en el Código de comercio y en el Plan General de Contabilidad y disposiciones que lo desarrollan (arts. 111 a 117).

Es interesante resaltar, no obstante que artículo 112 de la ley de Régimen jurídico del Sector público, establece como principio rector del funcionamiento de estas sociedades que la Administración general del Estado, en cuanto titular del capital social de las sociedades mercantiles estatales, perseguirá la eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, para lo cual promoverá las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad. Un precepto que debe obligar a hacer efectivas en nuestro país las Directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas públicas y a las que de acuerdo con las consideraciones críticas que en nuestra doctrina se han manifestado, todavía no está claro que responda nuestra legislación. A través de las mencionadas Directrices, se trata de mejorar la forma en la que las administraciones públicas, como titulares del capital ejerzan su propiedad sobre dichas empresas; teniendo en cuenta que los problemas pueden surgir tanto por un intervencionismo excesivo, como por el desarrollo de una propiedad distante.

La idea general del documento elaborado por la OCDE es que se garanticen iguales condiciones para todos los mercados en los que empresas privadas pueden competir con empresas públicas y que la administración no obstaculice la competencia a la hora de utilizar su poder regulador. Sobre esas bases lo que se pretende es: 1.º que la administración actúe como un propietario informado y activo, que establezca una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno

corporativo de las empresas públicas se realice de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalidad y de efectividad; 2.º un trato equitativo a los accionistas de la sociedad pública; 3.º elevado nivel de transparencia; 4.º que los administradores de la empresa pública cuenten con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función estratégica y de supervisión de la gestión; debiendo actuar con integridad y responsabilidad de sus acciones.

Conviene tener en cuenta, finalmente, que si bien la participación de la administración en estas sociedades mercantiles estatales, puede realizarse junto con otros socios, es muy frecuente que como entes instrumentales de la administración aparezca en ellas como socio único. Una situación que en el momento actual no ofrece problema ninguno en relación con la regulación general de las sociedades de capital, una vez admitida la sociedad unipersonal y no siendo necesaria la exigencia de una pluralidad de socios en las sociedades de capital. Aunque sí que hay que aclarar que el tratamiento de la sociedad pública unipersonal queda sometido a determinadas especialidades, previstas en el artículo 17 del Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital en el que se establece que a las sociedades de responsabilidad limitada o anónima, cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o corporaciones locales o de organismos e entidades de ellas dependientes no serán de aplicación determinadas normas relativas a la publicidad de la unipersonalidad o la unipersonalidad sobrevenida, y a la posición del socio único en relación con los contratos realizados con terceros. Esta exclusión que ha podido justificarse por razones de oportunidad basadas en la mayor garantía que en el tráfico puede ofrecer la actividad de los entes públicos, es también una forma de romper la igualdad en el mercado entre empresas públicas y privadas.

#### **IV. EMPRESA PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA**

Considerada la empresa pública desde el punto de vista de la administración central, hay que destacar que su desarrollo se ha realizado también desde la administración local y autonómica.



A. **En la administración local**, sobre la base del régimen de atribución de competencias establecido en el artículo 149.1.n.º18 de la Constitución, la Ley 7/1.985 de 2 de abril de Bases del Régimen Local, en el Capítulo II de su Título VI, modificado por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de medidas para la modernización del gobierno local y por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, regula como forma de gestión directa de los servicios públicos locales las **sociedades mercantiles locales** cuyo capital social sea titularidad pública, e incorpora la figura desarrollada en la administración central de las **entidades públicas empresariales** (artículos 85, 85 bis y 85 ter); previendo además expresamente que estas entidades que actuarán, mediante expediente sobre la conveniencia y oportunidad de su utilización, ya que deberán utilizarse como forma de gestión, solamente cuando quede acreditado que resultan más beneficiosas que otros modos de gestión, podrán ejercer también la iniciativa pública para el ejercicio de actividad económica siempre que esté garantizado el objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias (art. 86).

Debe señalarse así mismo, que la gestión directa de servicios de competencia local, realizada mediante entidades públicas empresariales locales, se regirá por las normas de la Administración del Estado, en este momento por las establecidas en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 85 bis) . Por su parte el artículo 85 ter prevé que las sociedades mercantiles locales se regirán, en general, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, previendo expresamente:

1.º que deberán adoptar una de las formas de sociedades mercantiles previstas en el Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital, debiendo, lógicamente, entender la referencia a sociedades mercantiles que limitan su responsabilidad;

2.º que en la escritura de constitución constará el capital social que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma;