

UNA APROXIMACION AL FENOMENO PRIVATIZADOR EN ESPAÑA

Por

JULIO PONCE SOLÉ

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *Introducción. La equivocidad del término «privatización».*—II. *Privatización de actividades y servicios realizados por la Administración Pública.*—III. *Análisis de los aspectos administrativos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, y de su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre.*—IV. *Privatización de funciones públicas. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, y su desarrollo mediante el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, aprobado por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre.*—V. *Addenda. Breve referencia a la primera aplicación del régimen autorizador previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas; la reciente privatización parcial de «Repsol, Sociedad Anónima».*

I. INTRODUCCIÓN. LA EQUIVOCIDAD DEL TÉRMINO «PRIVATIZACIÓN»

El tema de la privatización ha cobrado relieve en los últimos tiempos en España. Las noticias que vienen apareciendo en los medios de comunicación relacionadas con esta materia dan fe de su actualidad. El fenómeno de las privatizaciones constituye una cuestión compleja, en la que se entremezclan aspectos políticos, económicos (1) y sociales. Sin embargo, el propósito de las líneas que aquí se inician es el de realizar una mera aproximación inicial al hecho privatizador, desde una perspectiva exclusivamente jurídica. A tal fin, expondremos algunas consideraciones deducidas del análisis de nuestro texto constitucional y de reciente legislación española, y sólo puntualmente nos referiremos a experiencias jurídicas foráneas.

Ante todo, parece necesario intentar precisar el concepto «privatización». Efectivamente, se trata de una noción equívoca, de difícil aprehensión (2). A esta dificultad alude el expresivo título de un reciente seminario desarrollado en Barcelona en el marco de los cursos de verano de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo: «Privatización, una noción anfibológica: transferencias de propiedad y transferencias de funciones pú-

(1) Estos frecuentemente entremezclados con los políticos, pues, como ha resaltado John Kenneth GALBRAITH, *Historia de la Economía*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, 6.ª ed., pág. 326, «la separación entre la economía y la política y las motivaciones políticas es algo estéril. Es una pantalla que oculta la realidad del poder y de las motivaciones económicas».

(2) En este sentido, Jaime RODRÍGUEZ ARANA, *La privatización de la empresa pública*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 74 y ss.

blicas» (3). El mismo ha contado con la participación de relevantes profesores españoles y extranjeros de Derecho Administrativo y Derecho Mercantil, cuyo concurso posibilitó el planteamiento y discusión de las principales cuestiones referidas a la privatización. A lo largo de esta exposición se irán efectuando alusiones a las sugestivas aportaciones allí realizadas.

Como decíamos, el término «privatización» se presenta envuelto en una nebulosa conceptual que es necesario intentar disipar en la medida de lo posible. Porque, privatización ¿de qué y cómo? Desde una perspectiva amplia, privatizar supone transferencia de lo público a lo privado (4). Pero tal aproximación adolece de una evidente inconcreción, puesto que, como puso de relieve el Profesor SABINO CASSESE en su intervención inaugural del seminario citado, la frontera entre lo público y lo privado carece de una delimitación clara y está sujeta a variaciones según el momento histórico al que nos refiramos.

Para intentar fijar un significado más preciso, puede ser útil relacionar el concepto privatización con los distintos tipos de *actividades* desarrolladas por la Administración Pública en nuestro días. Así, cabría distinguir entre:

a) Privatización de actividades y servicios prestados por la Administración. Asimismo, dentro de esta primera categoría, es preciso diferenciar entre privatización de actividad de *servicio público* y actividad de *producción o comercialización de bienes y servicios en el mercado* (5). Ambos tipos de privatización tienen en común el suponer una reducción del sector público (6), pero creemos que deben ser considerados de forma separada, puesto que sus implicaciones y consecuencias, como veremos, difieren (7).

b) Privatización de funciones públicas. Junto al concepto de servicio público —en torno al cual no existe unanimidad en la doctrina española (8)— se

(3) Este interesante seminario se celebró durante los días 3, 4 y 5 de julio de 1995, bajo la dirección de Joaquín FERRET JACAS, Director de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Barcelona, y Elisenda MALARET GARCÍA, Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona.

(4) En referencia a un concepto amplio de privatización, vid. Juan Ramón CAPELLA, *Los ciudadanos siervos*, Ed. Trotta, Barcelona, 1993, págs. 99 y ss.

(5) En relación a esta distinción entre tipos de actividad de la Administración, utilizada para distinguir entre clases de empresas públicas y extraer así consecuencias referidas al régimen jurídico correspondiente a éstas, vid., por ejemplo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pág. 236; *Las empresas públicas: reflexiones sobre el momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1991, pág. 78, y Carlos LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, enero-abril 1995, págs. 224 y ss.

(6) Entendido como conjunto de empresas públicas, realicen éstas actividad de mercado o de servicio público. Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, vol. I, op. cit., pág. 224, y Fernando GARRIDO FALLA, *El concepto de Servicio Público en el Derecho Español*, núm. 135 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1994, pág. 14.

(7) Resalta esta diferencia Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas...*, op. cit., pág. 95.

(8) Sobre los distintos conceptos de servicio público manejados en la doctrina, vid. Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 133 y ss.; José BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo (parte especial)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 53 y ss., y Francisco José VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 252, nota 7.

maneja con frecuencia también el de función pública. Este, a su vez, presenta dificultades en su definición, al tratarse de un término polisémico. Podría definirse a las funciones públicas como el conjunto de tareas sobre una materia encomendadas a la Administración por el ordenamiento jurídico, el cual atribuye competencias para el logro de determinados fines (9). Desde esta perspectiva, debe diferenciarse el servicio público de la función pública (10), y, en consecuencia, tratarse también de forma distinta la cuestión de su privatización. En relación a las funciones públicas, ésta alude al ejercicio de las mismas por particulares (11).

c) Por último, puede hablarse también de privatización refiriendo ésta a la *utilización instrumental del Derecho Privado por parte de las personas públicas*. Este aspecto ha sido, quizás, el más examinado por la doctrina española (12), la cual ha resaltado la incidencia que tiene el fenómeno en la reducción de las garantías de los ciudadanos (13). Este tipo de privatización presenta puntos de contacto con las anteriormente aludidas, pero constituye un fenómeno distinto. La privatización organizativa de la Administración comporta la adopción del Derecho Privado en la actuación administrativa —significadamente en los aspectos de contratación y personal—. Así, por ejemplo, puede hablarse de una privatización en la gestión de un servicio público cuando, siendo la misma en todo momento directa, la Administración pasa de prestar el servicio mediante un organismo autónomo a hacerlo a través de una sociedad mercantil con capital cien por cien público. O puede hablarse de una privatización de funciones públicas cuando éstas, sin dejar de ser ejercidas por la Administración Pública directamente, pasan a ser desarrolladas por un aparato organizativo sometido al Derecho Privado, siquiera sea parcialmente (14). Sin embargo, esta

(9) Al respecto, vid. Sabino CASSESE, *Las bases del Derecho Administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1994, págs. 103 y ss.

(10) En este sentido, Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad...*, op. cit., pág. 139, y Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, 10.ª ed., pág. 327; *El concepto...*, op. cit., pág. 11.

(11) Vid. al respecto Fernando SAINZ MORENO, *Ejercicio privado de funciones públicas*, núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre 1983, págs. 1699 y ss.

(12) Enumerar aquí todos los trabajos aparecidos sobre el tema excedería de los objetivos y posibilidades de este análisis. Al respecto, puede mencionarse el reciente artículo de Carlos LAGUNA DE PAZ, *La renuncia...*, op. cit., el cual contiene abundantes y actualizadas referencias, y la obra colectiva de dos volúmenes, coordinada por Alfonso PÉREZ MORENO, *Administración Instrumental: Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, Ed. Cívitas-Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1994.

(13) En tal sentido y con un fuerte componente crítico, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas...*, op. cit., págs. 116 y ss., y Silvia DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, págs. 172 y ss. Una opinión más matizada es la sostenida por Elisenda MALARET GARCÍA, *Público y Privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, págs. 119 y ss., e Ignacio BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», 78, abril-junio 1993, págs. 233 y ss.

(14) Un ejemplo, ciertamente espectacular, en este sentido lo constituye la creación de la «Agencia Estatal de Administración Tributaria», por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Esta «Agencia» es un ente de los previstos en el artículo 6.5 LGP, responsable «de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal» (art. 103 uno, apartado dos), el cual pue-

privatización organizativa de la Administración en la prestación de servicios públicos o en el ejercicio de funciones públicas no comporta el balanceo hacia los particulares de actividades o servicios ni de funciones. Estas se mantienen en la esfera pública, aunque desarrolladas conforme a procedimientos jurídicos propios del Derecho Privado (15).

En las líneas siguientes, el análisis jurídico se centrará en la privatización de actividades y servicios y de funciones públicas, entendida ésta como *transferencia del sector público al privado*, no como *sometimiento al Derecho Privado de su modo de desempeño* por la propia Administración.

Hechas estas indicaciones preliminares con el ánimo de aclarar el objeto de nuestro estudio, estamos ya en condiciones de abordar la primera de las privatizaciones a las que hemos hecho referencia.

II. PRIVATIZACIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS REALIZADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nuestra Constitución define a España como un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1), establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2), declara una serie de principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52) y especifica que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3). En consecuencia, la actuación de éstos en nuestro Estado social está vinculada a los *finés* citados. La Constitución es algo más que un aséptico marco jurídico, como puede deducirse de una interpretación sistemática de la misma (16).

Ahora bien, esos objetivos constitucionales pueden ser logrados a través de diversos *medios*, cuya elección se conecta con el valor constitucional del pluralismo político (art. 1.1). Las técnicas de intervención del Estado en pos de la consecución de esas metas fijadas en la Constitución pueden ser de distinta índole. Cabe la opción entre medidas de tipo indirecto —por

de, además, «constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con los fines y objetivos de aquélla» (art. 103 dos, apartado tercero). Sobre la misma y su posible inconstitucionalidad, vid. Angel BAENA AGUILAR, Pedro Manuel HERRERA MOLINA y Fernando SERRANO ANTÓN, *La Agencia Tributaria frente al contribuyente. Régimen Jurídico y problemas de constitucionalidad*, Ed. Comares, Granada, 1993; y las interesantes reflexiones de Miguel BELTRÁN DE FELIPE, al realizar la recensión de este libro en el núm. 132 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1993, págs. 533 y ss.

(15) Vid. Francisco José VILLAR ROJAS, *La privatización...*, op. cit., págs. 336 y ss.

(16) En este sentido, vid. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. V, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 3803 y ss.

ejemplo, política fiscal (17)— o de tipo directo, es decir, que supongan la intervención activa del Estado en la vida económica (18). Entre estas últimas técnicas se encuentran la iniciativa pública en la realización de actividades de mercado y la existencia de servicios públicos.

Respecto a la *iniciativa pública en la actividad económica*, la Constitución la reconoce (art. 128.2), pero no la impone. Por tanto, debe ser una voluntad política la que en cada momento fije *si* se interviene y el *volumen* de esa intervención. En este contexto, la privatización de actividades de mercado supone la cesación de su desarrollo por parte de la Administración Pública. Este abandono del mercado se articula mediante la venta del capital público existente en sociedades de Derecho Privado productoras de bienes o servicios a particulares (19).

La Administración deja así —global o sectorialmente, parcial o totalmente— de perseguir la consecución de los intereses generales y la realización de los objetivos del Estado social mediante la intervención directa en el mercado (20). La Constitución ni impone ni limita esa opción política, puesto que la iniciativa económica es sólo uno de los medios posibles de consecución de los fines del Estado social. Desde una perspectiva jurídica más general, el Tratado de la Unión Europea tampoco influye, en principio, en la intensificación o el abandono de la iniciativa económica por par-

(17) Sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales de los impuestos en los modernos Estados industriales, con especial referencia a la situación norteamericana, vid. John Kenneth GALBRAITH, *La cultura de la satisfacción*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.

(18) Vid. J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Ed. Labor, 1980, págs. 313 y ss.

(19) Lo que puede exigir, como paso previo, la conversión de la estructura organizativa —por ejemplo, el organismo autónomo existente— en sociedad de Derecho Privado. Estaríamos así ante una previa privatización organizativa dirigida a facilitar el posterior abandono de la actividad en manos privadas mediante la venta de acciones de la sociedad.

Un ejemplo en este sentido lo constituye Caja Postal. En virtud del Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo —el cual dio lugar a la Ley 24/1991, de 21 de noviembre—, Caja Postal dejó de ser organismo autónomo y pasó a constituirse en Sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) de la LGP. Tras esta mutación jurídica, Caja Postal pasó a formar parte del *holding* público «Corporación Bancaria de España, S.A.», cuyo capital social ha sido parcialmente privatizado en 1993 y a principios de este mismo año.

(20) La Administración en su iniciativa económica debe, como en toda su actividad, servir al interés general (art. 103.1 CE), y más en concreto los objetivos marcados en el artículo 40.1 CE. Los intereses generales perseguidos por la Administración cuando realiza actividad empresarial pueden ser variados —por ejemplo, creación de empleo, promoción del desarrollo económico en zonas deprimidas, dinamización de la competencia en un determinado sector económico—, pero deben estar siempre presentes como finalidad última de su intervención, como norte de su actividad económica. Sin embargo, no debe deducirse de lo dicho el resurgimiento del viejo principio de subsidiariedad. La intervención pública mediante la iniciativa económica no va guiada por la existencia o no de actividad privada, sino, precisamente, por el servicio de intereses generales. Estos pueden demandar en un determinado sector la actuación económica de la Administración, aunque ya exista actividad privada, lo que puede ocasionar, entonces, la concurrencia entre empresa pública y empresa privada —naturalmente, en paridad de condiciones.

Sobre la necesaria existencia de interés general en la iniciativa económica pública, vid. la STS de 10 de octubre de 1989, Ar. 7352, FJ 3, y, por ejemplo, el trabajo de Tomás FONT I LLOVET, «Empresa pública», en AA.VV., *Comentarios sobre l'Estatut d'Autonomia*, vol. III, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1988, págs. 751 y ss.

te de la Administración (21). Sin embargo, no puede soslayarse el hecho de que la firma del Tratado de Maastricht impone unos objetivos *económicos* a corto plazo, lo que, indirectamente, puede tener influencia en este aspecto (22). La preocupación actual en la política económica europea por la búsqueda prevalente de la reducción del déficit público pueden favorecer opciones privatizadoras (23). En esta dirección, la reciente reestructuración de la intervención económica operada mediante el Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio —por el que se suprime el INI y se crean la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y la Agencia Industrial del Estado—, puede suponer el anuncio de una profundización en el abandono de la iniciativa económica pública en el ámbito industrial (24). La reorganización prevista en esta norma ha sido completada por el Real Decreto 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tribu-

(21) Puesto que el Tratado —art. 222— es indiferente respecto a la propiedad, pública o privada, de las empresas. A lo que sí es sensible es a la preservación de la competencia —arts. 90 y 92 a 94—. Vid., entre otros, José Luis PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, enero-abril 1994, págs. 17 y ss.

(22) Nos referimos, sobre todo, al objetivo de limitación del déficit público. Esta perspectiva europea del tema de las privatizaciones fue puesta de relieve por Tomás Ramón FERNÁNDEZ en su intervención durante el seminario de la Universidad Menéndez Pelayo al que estamos haciendo alusión.

(23) En este sentido, el Ecofin (Consejo de Ministros de Economía y Finanzas) ha apoyado las recomendaciones de la Comisión a los países miembros, entre las que se incluye la privatización de empresas públicas. La continuación de los Fondos de Cohesión ha sido ligada al cumplimiento de los objetivos económicos previstos. Véase «El País», 11 de julio de 1995, pág. 53.

(24) Ya en el Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley se resalta que el nuevo marco institucional diseñado tiene como principal finalidad «la reducción del déficit público, uno de los objetivos prioritarios de la política del Gobierno». Para ello, y en esencia, la norma prevé la supresión del Instituto Nacional de Industria (INI) y del Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH), a la par que crea la Agencia Industrial del Estado (AIE) y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), las cuales se subrogan en los bienes, derechos y obligaciones del INI y del INH (Disposición Adicional Única).

La AIE nace como ente de los mencionados en el artículo 6.5 LGP, la SEPI como sociedad del artículo 6.1.b) LGP. La primera, sin capacidad de endeudamiento, artículo 6.3, participa el capital de sociedades problemáticas económicamente (vid. Anexo I del Real Decreto-Ley), con el objetivo general de ejecutar las directrices del Gobierno en materia de reconversión y reestructuración industrial, regímenes especiales y derogaciones parciales de las normas comunitarias sobre competencia (art. 2.2). Una vez demostrada su viabilidad económica, las empresas podrán ser transferidas a la SEPI (art. 5.3). Esta acoge en su seno las empresas públicas en buena situación económica, con el objetivo de obtener rentabilidad de las mismas y así amortizar la deuda del INI (art. 9.2), la cual está calculada en aproximadamente 700.000 millones de pesetas (Exposición de Motivos).

En definitiva, a primera vista, la nueva regulación podría parecer un mero cambio de nombres en el entramado industrial público. Sin embargo, podría ser éste el primer paso dirigido a una posterior política privatizadora, mediante la venta de acciones de las sociedades agrupadas en la SEPI y en la AIE, y, en consecuencia, a un replanteamiento de la iniciativa económica del Estado en el ámbito industrial, con un abandono significativo de la intervención pública en el mismo. Esta es la intención expuesta por el Presidente de la AIE en entrevista publicada por «El País» de 29 de enero de 1996, pág. 57. En este sentido, la reestructuración producida puede suponer la preparación del presupuesto fáctico para una futura aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas. Sobre esta Ley, véase lo que se explica en el siguiente epígrafe.

taria y financiera. En el artículo 9 de éste se contempla la asunción por el Estado de las deudas de las sociedades participadas por la Agencia Industrial del Estado (estimadas en 337.905 millones de pesetas), a fin de adecuar las relaciones entre el Estado y las sociedades transferidas a la Agencia, teniendo en cuenta que ésta carece de capacidad para endeudarse o conceder avales.

Por lo que se refiere a los *servicios públicos*, la referencia a su privatización puede comportar distintas consecuencias. En primer lugar, la privatización de un servicio público puede significar que la Administración *deja de asumir la responsabilidad de garantizar su prestación*. En otras palabras, una actividad que era servicio público deja de tener tal consideración (25). Frente a esta cuestión surgen dos interrogantes. El primero es cómo debería articularse jurídicamente ese abandono de responsabilidad. Una operación de esta clase obligaría a desandar el camino recorrido y, en consecuencia, si la responsabilidad en la prestación del servicio fue asumida por ley, otra *lex posterior* deberá declarar el fin de tal responsabilidad.

La segunda cuestión a plantear es si el legislador tendría límites en su decisión de privatizar la actividad de servicio público mediante la declaración del fin de la responsabilidad pública en su prestación. Tales límites, si existen, deberían derivarse de la Constitución. Esta, como decíamos hace un momento, indica fines del Estado social, no medios para su consecución. Sin embargo, excepcionalmente, el texto fundamental fija en algunos casos no sólo los fines, sino también los medios que el legislador debe utilizar para su logro. Así, por ejemplo, el artículo 27.5 CE indica que «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes». Este artículo establece el servicio público de la Educación (26), por lo que el legislador no podría dar «marcha atrás» y privatizar la actividad educativa, abandonando la responsabilidad pública (27). Otro ejemplo en el mismo sentido lo constituye el artículo 41 CE, el cual establece la necesidad de «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», lo que implica la existencia de un servicio público (28).

(25) Incide en la importancia de la asunción de la responsabilidad pública en su prestación como rasgo distintivo de la existencia de servicio público Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad...*, op. cit., págs. 134 y ss.

(26) Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 549.

(27) Cuestión distinta a ésta es cómo se organiza el servicio y el papel que en la prestación desempeña la enseñanza privada, aspecto tratado en el repetidamente citado seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo por el Profesor Antonio EMBID IRLUJO, quien en su conferencia abordó, junto a otros temas, la situación jurídica de la universidad privada en España.

Sobre la materia educativa, vid., de este mismo autor, *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

(28) Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios...*, op. cit., pág. 778. Este servicio público no podría ser eliminado por el legislador. Otra cosa diferente es el estándar del servicio, el cual puede ser variado por el legislador en ejercicio del pluralismo político y teniendo en cuenta las necesidades sociales y la situación económica existente. Pero tal decisión debe-

En segundo lugar, la privatización de servicios públicos puede aludir a un *cambio en su modo de gestión*. Se produciría tal privatización cuando la Administración decide que un servicio público que se gestionaba de forma directa pase a serlo ahora de modo indirecto (29). Si ese cambio en el modo de gestión supone la pérdida de la Administración de su condición de accionista único o mayoritaria en una sociedad de Derecho Privado, la privatización de la gestión presupondrá una venta de acciones de la sociedad de titularidad pública (30).

Nótese de lo dicho hasta el momento que tanto el abandono de la iniciativa económica por parte de la Administración como la decisión de cambiar el modo de gestión de un servicio público son *finalidades* que pueden requerir de una *técnica común*, la enajenación de participaciones públicas en sociedades de Derecho Privado. Deben distinguirse, pues, dos niveles distintos: la decisión de privatizar —evidentemente discrecional y basada en consideraciones de signo extrajurídico (31)— y la articulación jurídica de la misma, cristalizada en la venta de paquetes de acciones de titularidad pública.

El procedimiento de privatización de actividades y servicios mediante la venta de acciones de titularidad pública carece de una regulación espe-

rá ser motivada, razonada y proporcionada, aspectos que en última instancia controlará el TC. En este sentido, vid. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva...*, op. cit., pág. 3807, nota 14, y Luciano PAREJO ALFONSO *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, 2.ª ed., pág. 73. Sobre la importancia creciente de los estándares en la prestación de los servicios públicos, vid. Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Servicio Público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)*, «REDA», 84, octubre-diciembre 1994, págs. 589 y ss., especialmente págs. 600 y ss.

(29) Este concepto de privatización es el manejado en Estados Unidos, donde la iniciativa pública en la actividad económica es prácticamente inexistente. Al respecto, vid. John D. DONAHUE, *La decisión de privatizar*, Ed. Paidós, Barcelona, 1991, págs. 20 y ss. y pág. 295.

(30) El artículo 155.2 de la nueva Ley de Contratos, aprobada por Ley 13/1995, de 18 de mayo, indica que existe gestión directa de un servicio público cuando la Administración posee la totalidad o la mayoría del capital de una sociedad de Derecho Privado. Esta nueva regulación difiere de la existente hasta el momento en el ámbito local, en donde sólo existe gestión directa cuando el capital de la sociedad es cien por cien público, en tanto que la propiedad mayoritaria de acciones es ya un supuesto de gestión indirecta de servicios públicos (art. 85 LBRL). En esta misma línea, el Reglamento catalán de obras actividades y servicios de los entes locales, Decreto de 23 de junio de 1995, que desarrolla la Ley catalana 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, indica en su artículo 283.4 que se aplicará el procedimiento previsto para el cambio de gestión de un servicio público —art. 188.5 en relación con los arts. 159 y 160, los cuales exigen acuerdo del Pleno de la Corporación— cuando la sociedad gestora deje de estar participada al cien por cien por la Administración local; por tanto, aun en el supuesto de que se mantenga la titularidad pública de la mayoría del capital social.

(31) La decisión de privatizar en nuestro país no ha estado, hasta el momento, sometida a criterios generales o a planes que hayan supuesto una reducción de discrecionalidad en su adopción. En este sentido, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas...*, op. cit., pág. 103. Sobre la postura de las diversas fuerzas políticas de nuestro país en torno a la necesidad o no de un plan de privatizaciones en el que se indicaran los criterios y empresas afectadas, véase «El País», 5 y 6 de julio de 1995, págs. 43 y 56, respectivamente.

cífica en nuestro Derecho (32). Sólo de forma indirecta nuestro ordenamiento se ocupa de tal cuestión, desde la consideración de las acciones públicas en sociedades de Derecho Privado como bien patrimonial (33). Sin embargo, dejando de lado esta estrecha perspectiva, no existe una regulación en nuestro ordenamiento jurídico de aspectos tales como, por ejemplo, la determinación del precio de venta de las participaciones, la garantía de que éstas se transfieran al sector privado de tal forma que se eviten situaciones de concentración de acciones en manos de unos pocos particulares (34), el favorecimiento de la participación de los trabajadores de las sociedades en la compra o la protección de los intereses nacionales, por citar sólo algunas cuestiones referentes al cómo privatizar.

III. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DE LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE ENAJENACIÓN DE PARTICIPACIONES PÚBLICAS EN DETERMINADAS EMPRESAS, Y DE SU REGLAMENTO DE DESARROLLO, EL REAL DECRETO 1525/1995, DE 15 DE SEPTIEMBRE

El vacío normativo existente en relación con la venta de participaciones públicas en sociedades privadas como técnica para la privatización de actividades y servicios ha sido colmado sólo parcialmente por la reciente promulgación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y del reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre. Y decimos que sólo en parte *porque es necesario ya desde un principio dejar claro que esta Ley no es una ley de privatizaciones*. No es su objeto la regulación del proceso privatizador, sino que tan sólo pretende regular algunos aspectos del régimen jurídico de ciertas sociedades participadas por el Estado, tras haberse producido una alteración del porcentaje de capital público existente (35).

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley advierte que la «racionalización del sector público, en el marco de la Constitución y del Derecho Comunitario europeo, constituye un objetivo, que puede requerir de

(32) En este sentido, y criticando esta laguna, vid. José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, «REDA», 84, septiembre-diciembre 1994, pág. 566. Este autor extiende su crítica a la ausencia de criterios reductores de la discrecionalidad en la toma de la decisión de privatizar.

(33) Artículo 1.3.º Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964. Las cuestiones referidas al órgano competente para acordar la venta de las acciones y el modo en que debe efectuarse están contempladas a nivel estatal por los artículos 6.3 LGP, 103 y ss. Ley del Patrimonio del Estado y 201 y ss. de su Reglamento. En la esfera local, vid. el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

(34) La táctica de pactar el Gobierno con grandes grupos financieros nacionales la adquisición de paquetes de acciones —creándose así un «núcleo duro» sustentador de la sociedad, técnica de control de la privatización utilizada, por ejemplo, en Francia— ha sido usada en nuestro país en el caso de la venta de acciones de Telefónica, las cuales han sido adquiridas por Argentaria, La Caixa y el Banco Bilbao-Vizcaya. Al respecto, véase «El País», 5 de julio de 1995, pág. 43.

(35) Este aspecto fue destacado por el Profesor José Luis PIÑAR MAÑAS en su intervención dedicada a la nueva Ley en el seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.

una política de enajenaciones de las participaciones estatales, directas o indirectas, en entidades mercantiles». Ahora bien, según indica esta Exposición de Motivos, esa participación pública en entidades mercantiles puede o no perseguir un preciso interés público. Si lo hace, entonces surge el problema de cómo seguir garantizando ese interés tras la venta de participaciones públicas. El fin de la garantía representada por la propiedad pública, total o parcial, de la empresa exige su sustitución por un mecanismo jurídico alternativo. Con el fin de resolver esta cuestión, la nueva Ley configura ese mecanismo, en los términos que veremos, con una «índole jurídico-pública: la sujeción a un régimen de autorización administrativa previa de determinados acuerdos y actos relacionados con las correspondientes entidades mercantiles, con la finalidad de garantizar la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio cumplido por la empresa».

Por lo que se refiere al ámbito competencial, estamos ante una ley estatal dictada al amparo de los artículos 149.1.6.º —competencia exclusiva estatal sobre legislación mercantil— y 149.1.13.º —competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación de la actividad económica— de la Constitución (Disposición Final Primera de la Ley) (36).

En cuanto al *ámbito subjetivo* de aplicación, la Ley utiliza dos criterios: el volumen e importancia de la participación pública en las sociedades mercantiles y el tipo de actividad desplegada por éstas.

Respecto a la *participación estatal*, el artículo 1.1 establece lo siguiente:

«Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva.

Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley:

1. Las entidades de naturaleza mercantil que en la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 de éste y estén controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable.»

Es decir, para que una sociedad mercantil caiga bajo el ámbito de aplicación de la Ley:

(36) Esta misma Disposición Final contiene la determinación del carácter básico o exclusivo de los artículos de la Ley.

Sorprende la ausencia de mención alguna sobre el artículo 149.1.18.º de la Constitución, referido a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas —por cierto, sí aludido en la Exposición de Motivos—. En este sentido, hay que recordar que la STC 14/1986, de 31 de enero, ha declarado que la regulación, constitución, funcionamiento y actuación de las sociedades mercantiles como instrumento de actuación administrativa encajaba en las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1.6.º y 18.º CE.

En relación a esta sentencia del TC, vid. Tomás FONT I LLOVET, «La Administración plural. Caracteres generales del régimen de las Administraciones públicas», en Joaquín TORRÓS MAS (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 77 y ss.

- a) debe estar participada por el Estado (37);
- b) esa participación debe ser, directa o indirectamente, superior al 25 por 100 del capital social, y
- c) además, junto a esa participación, el Estado debe tener el *control* sobre la sociedad (38). Así, no es suficiente con la participación si no hay control ni basta con éste si no existe participación estatal en la sociedad (39).

En consecuencia, la Ley no se refiere sólo a las sociedades estatales del artículo 6.1.a) LGP —es decir, con capital público mayoritario— sino que su ámbito de aplicación es más amplio.

Ahora bien, junto al dato de la participación y control estatal, debe concurrir otra circunstancia para que una sociedad mercantil pueda verse afectada por esta Ley. Este dato accesorio es el del tipo de actividad. Así, esas sociedades participadas y controladas por el Estado deben realizar alguna de las actividades contempladas en el artículo 1.1, es decir:

- «a) Prestar servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales.
- b) Desarrollar actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen.
- c) Estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.»

En definitiva, puede observarse cómo se trata de un listado de gran amplitud, en el que pueden tener cabida todas aquellas sociedades participadas y controladas por el Estado cuya actividad tenga algún punto de contacto con el interés general. En la enumeración de actividades vista, la Ley mezcla conceptos heterogéneos y confusos. Por una parte, se está refiriendo a actividades económicas públicas y privadas al aludir a «servicios esenciales» —apartado a)— (40), mientras que la mención de «actividades

(37) El Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo de esta Ley, indica en su artículo 1.1 que tendrán la consideración de socio estatal el Estado, sus organismos autónomos y las entidades aludidas en el artículo 6, apartados 1.b) y 5, de la LGP, es decir, las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado y los Entes del sector público que deban regirse por su normativa específica.

(38) El artículo 1.2 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, remite al artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para conocer los criterios de definición de la existencia de control por parte del socio estatal.

(39) Respecto a los grupos de sociedades, el artículo 1.2 de la Ley hace extensiva ésta a las entidades de naturaleza mercantil con una «posición dominante» y las características ya analizadas, remitiéndose al artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la determinación de la existencia de grupo.

(40) En los artículos 28.2 —como límite al ejercicio del derecho de huelga— y 128.2 —referido a su posible reserva al sector público mediante ley— aparece en la Constitución el término «servicios esenciales». El TC en diversas sentencias se ha pronunciado sobre el alcance de este concepto en relación con el derecho de huelga. Así, en el sentencia

sujetas por ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen» —apartado b)—, alude sólo a actividades privadas (41). Por otra, a sociedades participadas y controladas por el Estado gestoras de servicios públicos —apartado a)— (42). Por último, la Ley se remite a conceptos propios del Derecho comunitario, introduciendo un factor más de complejidad —apartado c)— (43).

26/1981, de 17 de julio, FJ 10, el TC se ha referido a los conceptos amplio y estricto del término servicio esencial. En la noción amplia, serían servicios esenciales aquellas prestaciones económicas imprescindibles, necesarias, vitales para la vida de la comunidad. En la estricta, existiría servicio esencial cuando la prestación busca satisfacer intereses o bienes esenciales, es decir, derechos fundamentales, libertades públicas o bienes protegidos por la Constitución.

En relación con el artículo 128.2 CE, vid. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *La reserva...*, op. cit., págs. 3826 y ss., quien asume la concepción amplia antes descrita.

(41) Se incluirían en este supuesto, por ejemplo, los equivocadamente denominados «servicios públicos impropios» o «virtuales», es decir, actividades privadas fuertemente intervenidas por razón del interés general implicado en su desarrollo. Al respecto, vid. Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad...*, op. cit., pág. 140.

Un ejemplo de sociedad participada y controlada por el Estado, cuya futura privatización podría hacerla caer bajo el ámbito de aplicación de esta Ley, lo puede constituir «Corporación Bancaria de España, S.A.», sociedad cabecera del grupo financiero público denominado *Argentaria*. Se trata de una sociedad estatal del artículo 6.1.a) LGP, creada por Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo —el cual dio lugar a la Ley 24/1991, de 21 de noviembre—. Esta sociedad tiene la consideración de Entidad de Crédito y Estatuto de Banco (art. 1 del Real Decreto-Ley citado), dedicándose a la prestación empresarial de servicios financieros (en este sentido, art. 2 de sus Estatutos Sociales), por lo que es un ejemplo de iniciativa económica pública en el ámbito bancario. A principios del presente año se ha producido la tercera privatización parcial de «Corporación Bancaria de España, S. A.», tras la que la participación pública estatal ha quedado reducida al 25 por 100 de su capital social. Posteriores privatizaciones futuras podrían reducir aún más la participación estatal y, quizás, dar lugar a la aplicación del régimen autorizador de control al que haremos alusión dentro de un momento.

En relación con el proceso de constitución de esta sociedad, vid. Enrique SECO CARO, «Nueva organización de la empresa pública bancaria en 1991», en Alfonso PÉREZ MORENO (Dir.), *Administración Institucional...*, vol. II, op. cit., págs. 1367 y ss. Sobre el régimen jurídico de la misma, vid. Julio PONCE SOLÉ, *Análisis jurídico de la Entidad de Crédito «Corporación Bancaria de España, S. A.»*, estudio de próxima publicación en un libro colectivo del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Barcelona dedicado a la organización administrativa.

(42) La Ley específica que la actividad de servicio público desarrollada por la sociedad participada y controlada por el Estado debe estar formalmente declarada como tal.

Un ejemplo encajable en este apartado podría ser el de Televisión Española, sociedad estatal gestora del servicio público de Televisión (arts. 1.2 y 17.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero). Sin embargo, una futura venta de participaciones estatales en esta sociedad —presupuesto, como veremos, para la entrada en funcionamiento de la exigencia de autorización administrativa— exigiría una previa modificación de la Ley 4/1980, puesto que en el artículo 18 de la misma se indica que el capital de Televisión Española debe ser íntegramente estatal y pertenecer al Ente público RTVE.

(43) El artículo 90.2 del Tratado de la Unión Europea establece que:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

En cualquier caso, la determinación de las concretas sociedades sometidas a esta Ley —y en consecuencia al mecanismo autorizatorio, al que aludiremos dentro de un momento— es encomendada a disposiciones normativas emanadas de las distintas Administraciones, estatal, autonómica y local (44), las cuales, al establecer el régimen autorizatorio, gozarán de un margen de apreciación para decidir si una sociedad es subsumible en el artículo 1.1, aunque, obviamente, si la subsunción reglamentaria se sitúa claramente en la zona de certeza negativa del concepto —es decir, las características de la actividad de la sociedad no se corresponden de forma evidente con las previstas en la Ley—, ésta podrá ser anulada por el juez contencioso (45).

Hasta aquí hemos descrito sumariamente el ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Si una sociedad se encuentra en las circunstancias descritas, *ciertas actuaciones y operaciones relacionadas con la misma pueden ser sometidas a autorización administrativa*. Decimos pueden, pues ésta no ope-

Esto significa que para que una sociedad participada y controlada por el Estado pueda ser subsumida en el supuesto del apartado c) del artículo 1.1 de la Ley:

a) Debe realizar una actividad consistente en un servicio de «interés económico general». Se trata de un concepto algo confuso, quizás equiparable al nuestro de servicio público.

b) O tener el carácter de monopolio fiscal. Esta es una noción más ajustada a las categorías manejadas en nuestro Derecho. Sería toda aquella actividad monopolizada por la Administración, por establecerse así normativamente, con el principal fin de recaudar dinero. Un ejemplo podría ser el monopolio de tabacos, donde actúa Tabacalera, S.A., aunque hay que tener en cuenta que según la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, esta sociedad debe ser participada mayoritariamente por el Estado.

c) Además, esa sociedad participada y controlada por el Estado que realiza actividad de servicio de interés general o monopolio fiscal no ha de estar sometida a la normativa comunitaria sobre competencia —sumisión que impediría el logro de sus finalidades—, sin que esta inaplicación conlleve una afección de los intercambios contraria al interés comunitario.

En relación con el artículo 90.2 del Tratado y la jurisprudencia comunitaria sobre el mismo, vid. Alberto BERCOVITZ, «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 436 y ss.; Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Servicio Público...*, op. cit., págs. 590 y ss., y José Carlos LAGUNA DE PAZ, «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en Alfonso PÉREZ MORENO (Dir.), *Administración Institucional...*, vol. II, op. cit., págs. 1219 y ss.

(44) En concreto, Real Decreto proveniente del Consejo de Ministros (art. 4.2.a) —o norma equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas— y Ordenanzas de los Plenos de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares y Ayuntamientos Plenos en el ámbito local (Disposición Adicional segunda), previo dictamen en todo caso del Consejo de Estado —preceptivo, pues, pero no vinculante, art. 2.3 de su Ley Orgánica, de 22 de abril de 1980— u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

El Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo de la Ley, contempla en su artículo 4, apartado tercero, la necesidad de que el proyecto de Real Decreto estatal que regule el régimen autorizatorio y precise a qué sociedades se aplica éste cuente con un informe por parte de las Comunidades Autónomas, «cuando la sociedad a la que sea de aplicación el régimen de autorización tenga especial relevancia para los intereses económicos de una o varias Comunidades Autónomas».

(45) En referencia al control de las apreciaciones administrativas referidas a conceptos jurídicos indeterminados, vid. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 116 y ss.

ra automáticamente, sino que requiere la existencia de un presupuesto previo: una alteración determinada en el porcentaje de participaciones públicas existentes en el capital social. El artículo 2 se refiere a este presupuesto, que si concurre habilita el sometimiento a autorización administrativa de determinados acuerdos societarios y de operaciones referidas al capital social (46):

«Artículo 2. Presupuesto de aplicación.

El régimen de autorización administrativa previa definido en los artículos 3 y siguientes de esta Ley será aplicable cuando la participación pública del socio estatal en las entidades a que se refiere el artículo anterior se encuentre en alguno de los supuestos siguientes:

1. Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por 100.
2. Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.»

Si se dan algunas de estas circunstancias (47) —y siempre que *previamente* a la realización de los actos de disposición que constituyen el presupuesto de aplicación ya exista la disposición reglamentaria a la que aludíamos unas líneas más arriba (48)—, el artículo 3.1 establece que

(46) Vid. el artículo 2 del Real Decreto 1525/1995, el cual precisa el sentido de este artículo de la Ley.

(47) El Profesor Joaquín BISBAL, en su comentario a los aspectos mercantiles de la Ley en el seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, puso de relieve el inadecuado criterio utilizado por este artículo 2, puesto que el dato fundamental que haría surgir la necesidad de instrumentar un mecanismo de protección del interés general sería la pérdida del control estatal sobre la sociedad, con independencia del porcentaje de capital público existente tras una enajenación u otro hecho causante de su reducción.

(48) Vid. artículo 4.2 de la Ley. El Real Decreto 1525/1995 aclara en sus artículos 3 y 4 cuál es el procedimiento en el ámbito estatal para establecer mediante Real Decreto el régimen de autorización. La secuencia se inicia cuando el socio estatal en una determinada sociedad, incluida en el ámbito de aplicación de la Ley, comunica al Ministro competente su voluntad de realizar alguno de los actos de disposición previstos en el artículo 2 de la Ley. Entonces el Ministro competente —que lo es por razón de la materia, es decir, aquel a quien están adscritos los socios estatales que pretenden disponer de acciones— puede decidir entre no someter a autorización la actividad de la sociedad —decisión para la que basta que el Ministro no actúe en treinta días desde la comunicación— o elevar al Consejo de Ministros una propuesta de establecimiento de régimen de autorización, la cual cristalizará en un Real Decreto. Si son varios los Ministros competentes, entonces la elevación de la propuesta al Consejo de Ministros requerirá previo acuerdo unánime de todos ellos (art. 3). El artículo 4 precisa que los actos de disposición por parte del socio estatal no podrán efectuarse hasta que el régimen autorizador fijado en el específico Real Decreto entre en vigor.

«podrán someterse a autorización administrativa los siguientes acuerdos adoptados por los órganos sociales de las entidades mercantiles indicadas en el artículo 1 de esta Ley:

- a) La disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la entidad.
- b) La enajenación o el gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen.
- c) La sustitución del objeto social».

Asimismo, el artículo 3.2 extiende la necesidad de autorización administrativa previa:

«2. Igualmente cuando se haya producido alguno de los presupuestos de aplicación definidos en el artículo 2 de esta Ley, en los términos que establezca el Real Decreto a que alude el artículo siguiente, podrán someterse a autorización administrativa previa:

- a) Las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública, respecto de la empresa sujeta al régimen especial previsto en esta Ley, en un porcentaje igual o superior al 10 por 100.
- b) La adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social.»

En consecuencia, la Ley prevé el control mediante autorización administrativa de acuerdos societarios y de actos de disposición sobre las acciones. Los concretos acuerdos y actos sujetos a autorización en relación a específicas sociedades serán fijados por la misma disposición administrativa que delimite el ámbito subjetivo de aplicación, de entre los previstos en el artículo 3 de la Ley —art. 4.2.b)—.

Puede observarse, pues, cómo en el caso de estas sociedades existe una penetración en su régimen jurídico del Derecho Administrativo, de la mano de la exigencia legislativa de autorización para determinadas facetas de la vida societaria.

La regulación de la autorización se recoge en el artículo 5. De la misma podemos destacar los siguientes aspectos:

a) Respecto al tipo de autorización administrativa prevista por esta Ley, podemos afirmar que se trata de una autorización real, simple, por operación y discrecional (49). Efectivamente, en la concesión de la autorización no se tienen en cuenta las condiciones del solicitante, sino las consecuencias que el acuerdo social o el acto que se pretende realizar tienen en relación con el interés general. Por otra parte, en el momento de conceder la autorización parece deducirse de una interpretación sistemática de la Ley que la Administración debe atender exclusivamente a la existencia o no de peligro —derivado de la realización de lo solicitado— para la continuidad de la actividad de la sociedad (50). La autorización lo es para un acuerdo o acto concreto, y no crea ningún vínculo estable entre el solicitante —la sociedad, a través de sus órganos, o los accionistas de la misma a título individual— y la Administración. Respecto a su carácter discrecional, el artículo 5 de la Ley no menciona ni un solo criterio por el que deba regirse la Administración para decidir conceder o denegar la autorización. Sin embargo, si interpretamos la Ley atendiendo a su espíritu y finalidad —de acuerdo con el art. 3.1 del Código Civil—, parece deducirse de la misma que la finalidad de la potestad concedida a la Administración es la de valorar si el acuerdo o acto que se pretende efectuar afecta al interés general, en el sentido de hacer peligrar la continuidad de la actividad desarrollada por la sociedad. La apreciación de si es de interés general en un supuesto concreto la denegación de un acuerdo o acto relacionado con una sociedad de las contempladas en la Ley es una decisión discrecional de la Administración (51). Ahora bien, por supuesto, esta potestad, como todas, consta de unos elementos reglados como son el órgano competente para su otorgamiento, la necesidad de que exista un procedimiento administrativo, el respeto por la Administración de la finalidad establecida por el ordenamiento para la potestad conferida —en nuestro caso, la garantía de la continuidad empresarial—, la necesaria fundamentación de la decisión en el expediente y su motivación (52), ade-

(49) Siguiendo la tipología de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, 4.ª ed., págs. 139 y ss.

(50) Así, en la Exposición de Motivos puede leerse que la finalidad del mecanismo autorizador es la de «garantizar la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio cumplido por la empresa».

(51) Precisamente, la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, explica que la discrecionalidad administrativa surge «cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público».

En relación con el concepto de interés general y su determinación, vid. Alejandro NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 2185 y ss.

(52) Artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sobre la importancia de la motivación, vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 106 y ss., y los trabajos contenidos en *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

más de la necesaria existencia de los hechos determinantes de la decisión administrativa (53).

Ante la impugnación de la denegación de una solicitud de realización de un acuerdo societario o de un acto relacionado con la sociedad, el Tribunal contencioso debería controlar todos los aspectos reglados citados. Por otra parte, la denegación basada en motivos de interés público podría también ser controlada judicialmente (54) mediante el uso de principios generales del Derecho, tales como el de proporcionalidad (55), igualdad (56) e interdicción de la arbitrariedad (57).

b) Por lo que se refiere al procedimiento de otorgamiento, el órgano competente (58) dispone de un plazo muy corto para resolver, un mes, ampliable motivadamente quince días más como máximo. Debe destacarse la posibilidad de finalizar el procedimiento administrativo mediante un convenio. Estamos ante una concreción sectorial de la terminación convencional prevista en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicada aquí al ejercicio de la potestad discrecional

(53) Sobre los elementos reglados de toda potestad administrativa, vid. por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. I, op. cit., págs. 440 y ss.

(54) Respecto al control de las decisiones discrecionales basadas en la apreciación del interés general, vid. F. SAINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, «REDA», 8, enero-marzo 1976, págs. 63 y ss., y *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, especialmente págs. 303 y ss.

(55) En la Exposición de Motivos de la Ley se señala que la regulación de la autorización «responde por entero a la idea de la menor intervención pública compatible con el aseguramiento del interés público».

En relación con este principio general del Derecho, vid. José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, y Javier BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario*, núm. 135 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1994, págs. 499 y ss.

(56) Sobre este principio en el ámbito del Derecho Administrativo, vid. el clásico trabajo de Rafael ENTRENA CUESTA, *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho Administrativo*, núm. 37 de esta REVISTA, enero-abril 1962, págs. 63 y ss.

En referencia al mismo desde una perspectiva general, vid. Miguel RODRÍGUEZ-PINERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, y los trabajos sobre el mismo contenidos en Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Ed. CEC, Madrid, 1993.

(57) Sobre el mismo pueden consultarse los trabajos de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, núm. 124 de esta REVISTA, enero-abril 1991, págs. 211 y ss., y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad...*, op. cit.

(58) El cual será determinado por la misma disposición reglamentaria que contenga el ámbito subjetivo de aplicación de la autorización y las concretas operaciones sometidas a la misma —art. 4.2.c)—.

En el ámbito estatal, el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, indica en su artículo 6 que con carácter general corresponderá el otorgamiento de la licencia al Ministro competente sobre la materia, es decir, aquel a quien están adscritos las Entidades de Derecho Público o Sociedades dominantes de grupo titulares de las participaciones en la sociedad sometida al régimen autorizatorio (vid. art. 3.1 del Real Decreto 1525/1995). Si existen varios ministros competentes, entonces el específico Real Decreto que establezca el concreto régimen autorizatorio precisará cuál es el encargado de otorgar la licencia.

autorizatoria. El régimen jurídico de estos convenios será el previsto de forma general en la Ley 30/1992 —no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, deben versar sobre materias susceptibles de transacción, han de buscar el interés público, deben tener un contenido mínimo, art. 88.2, y determinados límites, art. 88.4 (59)—, completado con la parca regulación contenida en esta Ley. Esta se limita a indicar que la propuesta del convenio puede surgir tanto de la Administración (60) como del interesado en el procedimiento (61).

En relación con la resolución presunta, el transcurso del plazo para resolver da lugar a un supuesto de silencio positivo. Será de aplicación lo previsto en el artículo 44 de la Ley 30/1992, por lo que para la eficacia del acto presunto de autorización de acuerdos sociales o actos será necesaria la certificación (62).

El mecanismo autorizatorio de protección del interés general queda reforzado con la previsión de las consecuencias jurídicas derivadas de su inobservancia. Así, el artículo 6 de la Ley que estamos analizando indica que:

«Artículo 6. Consecuencias de la falta de autorización administrativa.»

1. Son nulos de pleno derecho:

(59) Sobre la regulación de la terminación convencional, vid., por ejemplo, los comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Angel MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 261 y ss., y de M.^a Teresa VADRI FORTUNY y Julio PONCE SOLÉ, «La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública», en Joaquín TORNOS MAS (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 150 y ss., así como la monografía de Francisco DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

(60) Paralizando en este caso el cómputo del plazo de resolución hasta la aceptación o rechazo de la propuesta por el interesado, artículo 5.3.b).

(61) Por la redacción del artículo 5.2 de la Ley parece que el convenio previsto es del tipo alternativo a la resolución, es decir, el procedimiento de autorización no finalizaría con una resolución administrativa unilateral, sino con un acuerdo bilateral que la sustituiría.

El contenido del convenio versaría «sobre las características del acuerdo o acto social sujetos a aprobación».

No se prevén los efectos del convenio sobre terceros, por ejemplo los trabajadores de la sociedad, ni la participación de éstos en la suscripción del mismo.

No se indica en la Ley si se habrán de publicar o no estos convenios, aspecto tampoco concretado en la Ley 30/1992. Si se entiende que el convenio sustituye al acto administrativo autorizatorio, podría adoptarse el criterio de publicar el convenio si se hubiera publicado el acto. El problema que surge es el de conocer si el acto hubiera debido publicarse o no, ya que el criterio de publicación de actos administrativos, contenido en el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, tampoco es claro.

(62) El artículo 5 de la Ley indica textualmente que el vencimiento del plazo para resolver «autorizará para entender estimada la solicitud en los términos previstos» en la Ley 30/1992. En relación con la tramitación de solicitudes de expedición de certificaciones de actos presuntos, debe tenerse en cuenta la Orden de 5 de febrero de 1996 («BOE» núm. 39, de 14 de febrero).

a) Los actos y acuerdos que no cuenten con la aprobación administrativa dispuesta en esta Ley.

b) Los acuerdos adoptados por cualquier órgano social, cuando para la constitución de éste o la adopción de aquéllos hubiera sido necesario computar participaciones sociales cuya adquisición no cuente con la preceptiva autorización administrativa o cuyos derechos políticos no sean ejercitables conforme a este artículo.

2. Sin perjuicio de las demás consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico, en el caso de las adquisiciones de participaciones sociales en las que se rebase el límite fijado al efecto, el adquirente o adquirentes no podrán ejercer en ningún caso los derechos políticos correspondientes al exceso. De producirse una ulterior transmisión de las participaciones correspondientes a tal exceso, subsistirá la prohibición de ejercicio de los derechos políticos hasta tanto el tercer adquirente obtenga la preceptiva autorización administrativa previa, que no podrá ser otorgada en caso de actuación concertada con cualquier adquirente anterior.

3. La Administración competente para otorgar la autorización estará legitimada, en todo caso, para el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos y acuerdos a que se refiere el apartado 1 de este artículo, así como para solicitar la suspensión de los mismos, con sujeción, en su caso, al procedimiento previsto en la Sección 2.^a del capítulo V del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Con este artículo, un tanto confuso en su redacción (63), se cierra el cuadro de garantías previsto por la Ley para evitar que los intereses generales puedan resultar perjudicados (64).

(63) No se termina de entender la relación entre el apartado primero y el segundo del artículo 6, puesto que si la nulidad de pleno derecho es la consecuencia en todo caso de la ausencia de la necesaria autorización, no se comprende la especificación del segundo apartado respecto a la imposibilidad de ejercicio de derechos políticos por el adquirente de acciones. Una línea interpretativa podría ser la sugerida por BISBAL, en el sentido de entender que el primer apartado se refiere a los acuerdos sociales, en tanto que la consecuencia para las operaciones de enajenación de acciones sin la preceptiva autorización sería la imposibilidad del comprador de ejercer los derechos políticos, aunque la Ley deja abierta la posibilidad al tercer adquirente de recuperar el ejercicio de los mismos, previa petición de la preceptiva autorización administrativa.

El artículo 8 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, define el concepto de derechos políticos manejado en el artículo 6 de la Ley, citando algunos supuestos concretos y concluyendo con una cláusula general, en la que se indica que lo son «todos los que no tengan un contenido exclusivamente económico».

(64) La Disposición Adicional 1.^a de la Ley indica que el contenido dispositivo de las disposiciones reglamentarias de establecimiento del régimen autorizador tendrá acceso al Registro Mercantil. Por su parte, el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, desa-

Tras este breve análisis de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, puede afirmarse que se trata de una ley de gran complejidad y menor calidad técnica (65), la cual supone un avance cualitativo en la administrativización de la regulación jurídica de las entidades mercantiles (66).

Debe notarse que, paradójicamente, esta *publicación del Derecho Mercantil* se produce a consecuencia del intento de regular un aspecto de la *privatización* de actividades y servicios realizados por la Administración. A partir de esta Ley, el conocimiento del régimen jurídico de las entidades mercantiles exige su manejo, junto al de la Ley de Sociedades Anónimas y el de la LGP. La Ley 5/1995 se refiere a un nuevo tipo de sociedades privadas, no coincidente con las sociedades estatales del artículo 6.1.a) LGP, con un fuerte componente de Derecho Público (67).

Ante una regulación de tanto calado, parece adecuado inquirir sobre su adecuación constitucional. Mediante el análisis de la Ley efectuado, se ha podido apreciar cómo el mecanismo autorizador diseñado incide sobre dos derechos constitucionales, el derecho de propiedad —art. 33 CE (68)— y la libertad de empresa —art. 38 CE (69)—. En este sentido, la Ley cubre la reserva material prevista en el artículo 53.1 CE. La cuestión a plantear es si también respeta el contenido esencial de esos derechos (70). Una respuesta a este interrogante precisa de una ponderación sobre la proporcionalidad

rolla esta previsión legal en su Disposición Adicional Unica, en la que se establece que la inscripción en el Registro de los actos y acuerdos sociales sujetos a autorización será suspendida si no se acredita previamente ésta.

(65) Sorprende que ante una regulación de tanta enjundia el debate parlamentario fuera tan pobre y las enmiendas presentadas, salvo contadas excepciones, de tan poca calidad técnico-jurídica, como puede apreciarse mediante la lectura del «Boletín Oficial de las Cortes Generales».

(66) En relación con este fenómeno, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas...*, op. cit., págs. 125 y 126.

(67) Destaca este fenómeno José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reflexiones...*, op. cit., pág. 571, en comentario al proyecto de ley que dio lugar a la actual regulación. Sin embargo, hay que precisar que el nombre sugerido por este autor para estas nuevas sociedades —«empresas semipúblicas de servicio público»— no da cuenta de toda la tipología de entidades potencialmente sometidas a esta Ley, puesto que ésta no sólo se ocupa, como ya sabemos, de sociedades gestoras de servicio público.

(68) Nos referimos al derecho de propiedad de los accionistas, puesto que, como ya sabemos, la enajenación de acciones puede requerir autorización administrativa (art. 3.2 de la Ley 5/1995).

(69) Puesto que determinados acuerdos sociales —art. 3.1 de la Ley— pueden necesitar previa autorización. Así, por ejemplo, la decisión de sustituir el objeto social.

(70) El concepto de contenido esencial ha sido definido de forma general por la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8. En referencia específica al derecho de propiedad, la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, establece que para la reconocibilidad de este derecho debe tomarse como parámetro la Constitución y no el Código Civil, no suponiendo vulneración del contenido esencial del derecho la imposición de determinados deberes positivos al propietario siempre que no anulen la utilidad individual del derecho de propiedad.

Por lo que se refiere a la libertad de empresa, la doctrina destaca su carácter complejo, articulado en torno a la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la actividad empresarial y la libertad de cesación en la misma. Precisamente estas dos últimas son las afectadas por la Ley 5/1995.

Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo...*, vol. I, op. cit., págs. 166 y ss., y José BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho administrativo...*, op. cit., págs. 670 y ss.

de la limitación de estos derechos efectuada por la Ley, valoración que en último término correspondería realizar al Tribunal Constitucional (71). En cualquier caso, la presencia de ambos derechos constitucionales deberá condicionar la actividad autorizatoria administrativa en cada concreto supuesto y su posterior control judicial mediante el principio de proporcionalidad (72).

IV. PRIVATIZACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS.

LA LEY 21/1992, DE 16 DE JULIO, DE INDUSTRIA, Y SU DESARROLLO MEDIANTE EL REGLAMENTO DE LA INFRAESTRUCTURA PARA LA CALIDAD Y LA SEGURIDAD INDUSTRIAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO 2200/1995, DE 28 DE DICIEMBRE

Para finalizar estas reflexiones sobre el fenómeno privatizador debemos referirnos a la privatización de funciones públicas. Como ya advertíamos en su momento, ésta no alude a la realización por la Administración Pública de sus funciones mediante el uso del Derecho Privado, sino al ejercicio de las mismas por particulares.

El desarrollo de funciones públicas por privados demuestra la relati-

(71) El Tribunal Constitucional en distintas sentencias se ha referido al principio de proporcionalidad, caracterizándolo como un principio general del Derecho —STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5—, inherente al Estado de Derecho —STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, y STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4—, pudiendo también ser deducido del valor Justicia del artículo 1.1 CE —STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7—, el cual se halla formulado como un concepto jurídico indeterminado con un margen de apreciación —STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5—, siendo de especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones —STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.

En relación a esta cuestión puede ser interesante la experiencia francesa, la cual fue objeto de exposición en el seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo por la Profesora Nicole BELBOUT-FRIER. El Consejo Constitucional francés analizó la Ley de modificación de la Ley número 86-912, de 6 de agosto, la cual introducía ciertas restricciones a la libre transmisión de las acciones de las sociedades privatizadas. La decisión del Consejo Constitucional, de 4 de julio de 1989, consideró que no se producía en el supuesto concreto ninguna vulneración ni de la libertad de empresa ni del derecho de propiedad. Puede consultarse el texto de esta decisión en «Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales», núm. 122, junio 1991, págs. 115 y ss., especialmente págs. 117 y 118.

(72) En el ámbito contencioso, el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina en torno al principio de proporcionalidad referido a la actividad administrativa. Así, según el Tribunal Supremo, estamos ante un principio general del Derecho, que deriva claramente del artículo 106.1 CE —STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167— y que se aplica en todos los ámbitos del Derecho Administrativo —STS de 16 de octubre de 1989, Ar. 7368—. Este principio se encuentra plasmado en numerosas normas —STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167— y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados en la actuación administrativa y la finalidad perseguida por la misma. Partiendo del presupuesto de que el fin perseguido por la Administración es aquel fijado en cada caso por la potestad de que se trate, los medios para alcanzarlo deben ser idóneos, es decir, aptos para su realización, y además no han de ser excesivos con la finalidad perseguida —STS de 7 de febrero de 1987, Ar. 2908—, tanto si se trata de elegir uno entre los varios posibles como si sólo existe un medio predeterminado por el ordenamiento jurídico —STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167—. El Tribunal Supremo también aplica este principio en su vertiente de ponderación entre intereses implicados en la actuación administrativa —SSTS de 16 de febrero de 1988, Ar. 1418; 27 de junio de 1988, Ar. 8203, y de 4 de mayo de 1993, Ar. 3572.

dad de la distinción público-privado, dependiente de circunstancias y momentos históricos determinados. Este fenómeno, que tiene en la actualidad un gran desarrollo en Estados Unidos (73) y Gran Bretaña (74), tiene diversas causas, entre las que pueden señalarse la incapacidad administrativa para afrontar las tareas propias, debido a carencias materiales y personales (75), y la necesidad de desarrollar funciones que requieren una gran especialización y flexibilidad debido a la presión constante de la innovación tecnológica (76).

En nuestro país existen también indicios de este fenómeno privatizador. Para no extendernos, y teniendo en cuenta el singular interés que presenta, nos centraremos en ofrecer algunas ideas sobre el mismo en el sector industrial.

La participación de particulares en la realización de tareas públicas en el ámbito industrial no es nueva (77). Sin embargo, creemos que merece la pena referirnos a ella teniendo en cuenta la reciente promulgación de una normativa homogénea y unitaria en el sector. Nos referimos a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria (78). Esta Ley ha sido desarrollada recientemente mediante el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, aprobado por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre.

En concreto, la *función inspectora* de la Administración, dirigida a garantizar el efectivo cumplimiento de las exigencias normativas sobre *segu-*

(73) Al respecto, vid. Sabino CASSESSE, *Las bases...*, op. cit., pág. 187, y John D. DONAHUE, *La decisión...*, op. cit., págs. 17 y ss., y en relación con el supuesto específico de la privatización de prisiones en Estados Unidos, págs. 211 y ss.

(74) El Profesor PROSSER durante su intervención en el Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, referida a las privatizaciones en Inglaterra, destacó el avance progresivo de la contratación externa —*contracting out*— frente a la realización por la propia Administración de las tareas encomendadas por el ordenamiento jurídico. Según explicó PROSSER, recientemente el Gobierno inglés ha intentado definir un núcleo irreductible de actividad que debería permanecer en el sector público, sugiriendo como parte integrante del mismo las funciones judiciales y normativas, las decisiones ministeriales de alto nivel, las decisiones relativas a la libertad de los ciudadanos y la aplicación directa de la coacción. Aun así, la construcción y gestión de diversas prisiones ha sido encargada a empresas privadas y también el sector privado colabora en la gestión de la investigación sobre armamento nuclear.

(75) En este sentido, Sabino CASSESSE, *Las bases...*, op. cit., pág. 189.

(76) Como indica Elisenda MALARET, *Una aproximación al sistema español de normalización de productos*, núm. 116 de esta REVISTA, mayo-agosto 1988, pág. 327.

La influencia de la técnica en la búsqueda por la Administración de colaboración privada para la ejecución de sus tareas fue tratada por el Profesor ESTEVE PARDO en su contribución al seminario repetidamente citado. El rápido avance tecnológico motiva que la intervención administrativa en el ámbito industrial o medioambiental deba ser readecuada constantemente. En estas circunstancias, los expertos científicos sustituyen a los juristas, y Derecho y técnica entablan unas relaciones desiguales, de las que se resiente la calidad de los textos jurídicos. Sobre esta cuestión, vid. ESTEVE PARDO, «El componente técnico del Derecho del Medio Ambiente. Limitaciones y posibilidades de los entes locales», en José ESTEVE PARDO (Dir.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Ed. Civitas, 1996, págs. 451 y ss.

(77) Vid. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Industria», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, Ed. La Ley, Madrid, 1991, págs. 516 y ss.

(78) Vid. un comentario a esta Ley en Javier DE CONDE CASTEJÓN y María del Mar PÉREZ VELASCO, *Nota sobre la regulación industrial: comentari a la llei d'industria*, en «Autonomies», 16, julio 1993, págs. 191 y ss.

riedad industrial, tiene una importancia e incidencia evidentes sobre la vida de los ciudadanos. Pensemos en las inspecciones a que se encuentran sometidos, por ejemplo, aparatos de tan frecuente uso como ascensores o vehículos automóviles (79).

La Ley 21/1992 dedica su Título III a la Seguridad y Calidad industriales. Más en concreto, el Capítulo I —arts. 9 a 18— se ocupa de la seguridad industrial y del papel de los particulares en el ejercicio de las funciones administrativas de inspección. Según indica el artículo 14, el efectivo cumplimiento de los requisitos normativos exigidos sobre seguridad en instalaciones, equipos, actividades o productos puede ser comprobado por la Administración por sí misma o mediante los denominados *Organismos de Control*. Estos son entidades públicas o privadas (art. 15 de la Ley de industria, art. 41 del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial), cuya función será la de inspeccionar y, en su caso, certificar el respeto de la normativa vigente sobre seguridad. Si tras el desarrollo de la labor inspectora no se certifica la adecuación de la instalación, equipo, actividad o producto a los requisitos de seguridad exigidos por las disposiciones existentes, el interesado podrá expresar su disconformidad al Organismo de Control y, si persiste el desacuerdo, acudir a la Administración para que ésta decida si el control efectuado es correcto y, en el caso de que no lo sea, revoque la certificación negativa (art. 16.2 de la Ley de industria) (80).

La posible traslación de la función inspectora a manos privadas conlleva la necesidad de que la Administración supervise y controle a su vez la labor de los controladores (81). En la Ley de industria, esta supervisión se articula mediante la exigencia de autorización administrativa a los Organismos de Control (art. 15.3 de la Ley, art. 43 del Reglamento). La valoración técnica del cumplimiento de los requisitos necesarios para la concesión de la autorización (82) será realizada por las llamadas *Entidades de*

(79) En relación a éstos y a las conocidas Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV), el artículo 2 del Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, prevé la realización de la función inspectora por particulares, al indicar que «la ejecución material de las inspecciones podrá ser realizada por las Comunidades Autónomas directamente, o a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas, propietarias de las instalaciones, con su propio personal, y en régimen de concesión administrativa».

(80) En idéntico sentido, artículo 46 del Reglamento. La relación entre Administración, Organismos de Control y particulares controlados presenta complejidades y posibles dificultades, como señaló el Profesor Germán FERNÁNDEZ-FARRERES en el seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Porque, ¿puede la Administración para decidir la controversia utilizar el dictamen de otro Organismo de Control? La cuestión tiene relevancia, porque es probable que la Administración carezca de medios propios para contrastar el control efectuado. Por otra parte, ¿podría la Administración revocar una certificación positiva de un Organismo de Control?

(81) Como destaca Elisenda MALARET, *Una aproximación...*, op. cit., pág. 329, en referencia específica a la homologación de productos industriales.

(82) Recogidos en el artículo 15.1 de la Ley de industria: disposición de medios materiales y humanos, de solvencia técnica y financiera y de imparcialidad necesarias para el desempeño de su cometido. Debe tenerse en cuenta la regulación contenida en el artículo 43.2 del Reglamento, en el que se indican las condiciones y requisitos que deben cumplir los Organismos de Control para poder obtener la autorización. Al respecto, vid. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Industria», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir.), *Derecho Administrativo...*, vol. II, op. cit., págs. 520 y ss.

Acreditación (arts. 8.11, 15.2 y 17 de la Ley de industria y arts. 14 a 19 y 42 del Reglamento repetidamente citado) (83).

La pérdida de protagonismo de la Administración en la realización de las funciones de inspección, cuyo papel puede quedar ceñido al control de los particulares ejecutores, supone una correlativa descarga de responsabilidad en hombros privados. El ordenamiento jurídico prevé la responsabilidad de las entidades privadas inspectoras por daños causados por el desarrollo de su labor y exige cubrir la posible responsabilidad civil mediante póliza de seguros (84). Sin embargo, la responsabilidad administrativa puede reaparecer de forma indirecta en ciertos supuestos, a causa del incumplimiento del cometido de control y supervisión de las entidades privadas inspectoras cuya actuación haya causado daños (85).

De todo lo expuesto puede deducirse que la última expresión del fenómeno privatizador de la que nos hemos ocupado, la privatización de funciones públicas, encuentra también acomodo en las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico (86).

(83) En Cataluña, el mecanismo de supervisión de las entidades privadas ejecutoras de funciones de inspección y control es el concesional, artículo 7.2 de la Ley 12/1987, de 9 de julio, de seguridad de las instalaciones industriales. El uso de la concesión en este contexto implica la posibilidad de establecer el número de operadores privados, según criterio discrecional de la Administración. Vid. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Industria», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir.), *Derecho Administrativo...*, vol. II, op. cit., págs. 521 y ss.

(84) Uno de los requisitos que deben cumplir los Organismos de Control para poder obtener la autorización administrativa es, según el artículo 43.2.d) del Reglamento, «suscribir pólizas de seguros que cubran los riesgos de su responsabilidad por una cuantía mínima de 200.000.000 de pesetas, sin que la cuantía de la póliza limite dicha responsabilidad. Dicha cuantía quedará anualmente actualizada en función del índice de precios al consumo». Como indica Elisenda MALARET, *Una aproximación...*, op. cit., pág. 329, nota 68, «la técnica de la responsabilidad civil aparece así como un mecanismo garantizador y permite atemperar la correlativa disminución del rol de la Administración».

(85) Sobre el control de las entidades inspectoras por parte de la Administración, vid. artículos 43.6, 44, 47.1.a) y 48 del Reglamento. Esta obligación de control no versa sobre el contenido de la labor de inspección desarrollada, sino sobre el aspecto externo de la misma, es decir, sobre la organización y procedimientos de actuación de la entidad privada.

(86) Este fenómeno privatizador también es perceptible en la práctica de nuestra Administración. Un ejemplo en este sentido lo constituye la búsqueda de colaboración privada para el desarrollo de la función administrativa de seguridad y salvamento marítimo en las playas. Esta función administrativa, contemplada en los artículos 110.i) y 115.d) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, está siendo desarrollada en el caso del litoral barcelonés por Cruz Roja. Jurídicamente, la actuación de esta entidad de Derecho Privado se articula mediante la firma de convenios anuales con el Ayuntamiento de Barcelona. Así, las tareas de vigilancia y salvamento de la vida humana en las playas, encomendadas por el ordenamiento jurídico a la Administración, están siendo llevadas a cabo por particulares.

Sobre la naturaleza jurídico-privada de Cruz Roja, vid. el Real Decreto 1474/1987, de 27 de noviembre, sobre actualización de las normas de ordenación de Cruz Roja Española, y el trabajo de Miguel Angel CABRA DE LUNA, *La nueva ordenación de la Cruz Roja Española*, núm. 115 de esta REVISTA, enero-abril 1988, págs. 391 y ss.

En relación con el convenio firmado en 1994 por el Ayuntamiento de Barcelona y Cruz Roja para la realización de las tareas de vigilancia y salvamento en las playas, véase «El Periódico de Cataluña», 4 de mayo de 1994, pág. 25.

V. ADDENDA. BREVE REFERENCIA A LA PRIMERA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN AUTORIZATORIO PREVISTO EN LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE ENAJENACIÓN DE PARTICIPACIONES PÚBLICAS EN DETERMINADAS EMPRESAS; LA ÚLTIMA PRIVATIZACIÓN DE «REPSOL, SOCIEDAD ANÓNIMA»

Durante la fase de corrección de pruebas del presente trabajo se ha producido la última, hasta el momento, privatización parcial de «Repsol, Sociedad Anónima», y en el marco de la misma se ha promulgado el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Repsol, Sociedad Anónima», y a determinadas sociedades de su grupo («BOE» núm. 14, de 16 de enero de 1996).

Creemos que puede ser de interés dedicar unas breves líneas a comentar esta reciente regulación, la cual supone la primera concreción práctica de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, a la que hemos dedicado el epígrafe III del presente estudio. Ahora, por tanto, nos limitaremos a efectuar un rápido apunte, tomando en consideración lo ya expuesto con anterioridad.

«Repsol, Sociedad Anónima» ya había sido objeto de diversas privatizaciones parciales desde el año 1989, las cuales habían supuesto la reducción de la participación estatal —articulada a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (87)— al 21 por 100 del capital social a finales de 1995. Esta era la situación existente cuando el Consejo de Ministros autorizó el 12 de enero de 1996 una nueva venta de participaciones públicas. Esta se realizó mediante una Oferta Pública de Venta lanzada a partir del 17 de enero (88), la cual culminó en febrero de este mismo año con la colocación en el mercado del 11 por 100 del capital público de la sociedad, lo que reportó a las arcas del Estado unos ingresos netos de 103.000 millones de pesetas. Tras esta privatización parcial, la participación pública ha quedado reducida al 10 por 100 del capital social de «Repsol, Sociedad Anónima» (89).

Es dentro de esta operación privatizadora donde se inscribe el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, antes aludido. En el momento de ser dictado —tras el Acuerdo del Consejo de Ministros autorizando la privatización— ya se preveía que en breve se iba a producir el presupuesto de aplicación del régimen de autorización administrativa previa, previsto en el artículo 2.2 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo. Es decir, cuando se promulga este Real Decreto se sabe que a consecuencia de la futura venta de acciones la participación pública en la sociedad iba a reducirse a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital. Esto fue, efectivamente, lo que sucedió tras

(87) Sobre la creación de esta sociedad y de la Agencia Industrial del Estado en 1995, vid. lo expuesto anteriormente, en nota a pie de página número 24.

(88) Puede consultarse el contenido de dicha Oferta Pública de Venta en «El País» de 18 de enero de 1996, págs. 12 y ss.

(89) Todos los datos expuestos han sido tomados de «El Periódico de Catalunya» del día 3 de marzo de 1996, págs. 27 y 28.

la privatización parcial de «Repsol, Sociedad Anónima», pues, como ya sabemos, a partir de febrero de este año el Estado sólo retiene un 10 por 100 del capital social.

Por tanto, el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, fue dictado y entró en vigor *antes de la privatización*, con el fin de que, tras la venta de acciones realizada, *quedara establecido un régimen de control administrativo* sobre «Repsol, Sociedad Anónima» y algunas de sus filiales. Partiendo de la base de que estas sociedades son subsumibles en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 5/1995, de 23 de marzo (90), y de conformidad con el artículo 4 de ésta, *tras la venta de acciones públicas realizada* (91) este Real Decreto *somete a autorización administrativa previa ciertos acuerdos societarios y operaciones* relacionados con «Repsol, Sociedad Anónima» y determinadas filiales suyas, durante un plazo de diez años (92).

Los concretos acuerdos societarios y operaciones relativas al capital social sujetos al régimen autorizatorio están detallados en el art. 2 del Real Decreto, el cual se limita a precisar en el caso específico de «Repsol, Sociedad Anónima» y sus filiales el listado ya contenido en el artículo 3 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, al que hicimos referencia en su momento (93).

(90) La Exposición de Motivos del Real Decreto indica que «Repsol, Sociedad Anónima» y sus filiales forman un grupo, controlado por el Estado y con más de un 25 por 100 de participación pública en el capital social en el momento de entrar en vigor la Ley 5/1995, de 23 de marzo. En este grupo, «Repsol, Sociedad Anónima» ocupa una posición dominante y además realiza actividades de las descritas en el apartado 1.1.b) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, es decir, como ya sabemos, «actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen».

El Anexo I de este Real Decreto detalla qué concretas filiales de «Repsol, Sociedad Anónima» están sometidas al régimen autorizatorio tras la privatización. Estas son «Repsol Petróleo, Sociedad Anónima», «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, Sociedad Anónima», «Repsol Butano, Sociedad Anónima», «Petróleos del Norte, Sociedad Anónima», «Repsol Investigaciones Petrolíferas, Sociedad Anónima» y «Repsol Exploración Alga, Sociedad Anónima».

(91) El art. 5 del Real Decreto establece que el régimen de autorización administrativa previa *será eficaz* desde el momento en que la participación pública en las sociedades aludidas quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 de su capital social. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido a partir de febrero de este año, tras la última privatización parcial.

(92) Artículo 5 del Real Decreto.

(93) Así, el artículo 2.1 del Real Decreto indica qué acuerdos sociales están sometidos al régimen de autorización administrativa previa. De esta manera, se establece, en primer lugar, que lo están la disolución voluntaria, la escisión o la fusión y la sustitución del objeto social, así como la enajenación o gravamen de los activos recogidos en el Anexo II —reservas de petróleo y gas en territorio nacional e instalaciones relacionadas con el desarrollo de la actividad propia del grupo— de cualesquiera sociedades del grupo. En segundo lugar, también está sujeta a autorización la enajenación o gravamen del capital que posea «Repsol, Sociedad Anónima» en sus filiales.

Por su parte, el artículo 2.2 somete a autorización administrativa la adquisición, directa o indirecta, de acciones, u otros valores que pudieran dar derecho a la suscripción o adquisición de las mismas, de «Repsol, Sociedad Anónima» o de cualquiera de sus filiales mencionadas, siempre que ello suponga la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social de que se trate. El artículo 3 indica, por su parte, que por adquisición debe entenderse «tanto la que tenga lugar como compraventa como la que se efectúa por cualquier otro título, con independencia del modo de instrumentarla».

Asimismo, el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, también precisa en su artículo 4 determinados aspectos del régimen jurídico de la autorización administrativa, en desarrollo en este punto del artículo 4 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo. Así, se indica que el Secretario General de la Energía y los Recursos Minerales es el órgano competente para resolver sobre la solicitudes de autorización, poniendo fin su decisión a la vía administrativa (94). Por otro lado, y en referencia a la terminación convencional del procedimiento autorizatorio, el artículo 4.4 establece que el convenio que pueda formalizarse «producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento», por lo que parece que estamos ante convenios sustitutivos de la resolución administrativa. Finalmente, el artículo 4.5 se remite a la legislación administrativa sobre procedimiento para completar la regulación contenida en este Real Decreto y en la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

Este es, pues, el rápido resumen de la primera aplicación en España de un régimen de control administrativo a una sociedad previamente privatizada. En la Exposición de Motivos del Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, puede leerse que este control «no va a suponer merma alguna de la legítima autonomía empresarial en la gestión» de las sociedades sometidas al mismo. Sólo la experiencia derivada de la puesta en práctica de la nueva normativa puede ayudar a resolver los numerosos interrogantes jurídicos que esta nueva «administrativización» del Derecho Mercantil suscita.

(94) El artículo 4 del Real Decreto también especifica que en el caso de transferencia de acciones sometida a autorización ésta deberá ser solicitada «por las personas físicas y jurídicas que pretendan realizar los actos de disposición» a que se refiere el mencionado artículo 2.2, por lo que parece entenderse que los obligados a obtener la autorización son los adquirentes de las acciones.

