

LA EVOLUCION DE LA ACTIVIDAD PUBLICA EN EL SECTOR FINANCIERO: LAS TRANSFORMACIONES DE LA ENTIDAD DE CREDITO «CORPORACION BANCARIA DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANONIMA» (*)

Por

JULIO PONCE SOLÉ

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PASADO COMO ANTECEDENTE. EL CRÉDITO OFICIAL EN ESPAÑA.—III. EL PRESENTE COMO ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN VIGENTE. LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA EN EL SECTOR FINANCIERO: 1. *La creación de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima».* 2. *Las relaciones de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» con el resto de sociedades que forman el grupo financiero Argentaria y la Administración del Estado.* 3. *La actividad económica de mercado de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima».*—IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CBE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: 1. *Las privatizaciones. La posible futura aplicación 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.* 2. *Naturaleza jurídica de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima». Régimen jurídico aplicable.*—V. ADDENDA: REFERENCIA A LA TERCERA Y CUARTA PRIVATIZACIONES DEL CAPITAL PÚBLICO DE «CORPORACIÓN BANCARIA DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA». EL FIN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN AUTORIZATORIO PREVISTO POR LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO.

I. INTRODUCCIÓN

La creación por el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo —posteriormente derogado por la Ley 25/1991, de 21 de noviembre—, de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» (en adelante, CBE), ha supuesto una reestructuración profunda del entramado organizativo público en el sector financiero. La actividad pública en este ámbito ha sufrido una evolución, en la que la perspectiva inicial de la actividad de fomento ha sido completada paulatinamente con la prestación de servicios financieros, del mismo tipo que los ofrecidos por las entidades bancarias privadas. La norma citada marca un punto de inflexión en el proceso descrito, por cuanto procedió a adecuar la organización de las entidades de crédito de capital público a la nueva actividad económica, puramente mercantil, de-

(*) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación titulado «Las mutaciones de las estructuras administrativas y el Derecho Administrativo», PB 93-0746, que se desarrolla en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

sarrollada por la Administración en el sector, mediante la separación entre la tradicional actividad de fomento —desarrollada por el Instituto de Crédito Oficial— y la más reciente actividad financiera, para cuyo desarrollo se articularon una serie de medidas organizativas, entre las que se cuenta, precisamente, la creación de CBE.

Sin embargo, la última privatización de CBE, producida a principios de 1998, ha supuesto el fin de la actividad económica pública en el sector financiero, cerrándose así una etapa que ha durado siete años. De todas maneras, la influencia de lo público en CBE no desaparece del todo, por cuanto el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, ha declarado aplicable temporalmente el régimen autorizador de control previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

El objeto central del presente trabajo lo constituye el estudio de la vida jurídica de esta entidad, desde su aparición en el panorama bancario español hasta la privatización total del capital público existente en la misma. Consideramos que a través del análisis de CBE es posible entender la evolución a la que antes hacíamos referencia, la cual ha sido el motivo de la mutación en las fórmulas organizativas, a fin de lograr la adaptación de la actividad financiera pública a las exigencias constitucionales y comunitarias. Por otro lado, la venta de la totalidad del capital público en CBE demuestra la voluntad política de finalizar la actividad económica pública en este sector.

Una precisión debe efectuarse en este momento. El presente estudio empezó a gestarse a finales de 1994, lo que explica que haya debido irse modificando de forma sucesiva, al compás de los cambios jurídicos sufridos por CBE. Los más recientes, la tercera y la cuarta privatización de capital público, son recogidos en una *addenda* al final del presente estudio, al haber ocurrido una vez redactado éste. Estas mutaciones entendemos que no disminuyen el interés de la investigación, sino que, al contrario, la acrecientan, pues confirman predicciones efectuadas a lo largo de la misma y permiten contemplar la totalidad del ciclo vital de la actividad económica pública en el sector financiero.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis jurídico de CBE, creemos necesario trazar un esbozo del desarrollo histórico del crédito oficial en nuestro país. Esta breve noticia de su evolución nos permitirá entender mejor la situación existente en la actualidad.

II. EL PASADO COMO ANTECEDENTE. EL CRÉDITO OFICIAL EN ESPAÑA

En estas breves líneas que aquí se inician nuestro propósito no es otro que resaltar las líneas maestras de la configuración jurídica del crédito oficial en nuestro país hasta el surgimiento de CBE.

Los primeros antecedentes de la existencia de crédito oficial pueden encontrarse a fines del siglo XIX. Durante este siglo queda ya patente la importancia de los créditos a medio y largo plazo como instrumento de desa-

rollo de la economía nacional. Sin embargo, los bancos españoles —a diferencia de sus homólogos del resto de Europa— despliegan su actividad crediticia en torno a los préstamos a corto plazo, en búsqueda de la rentabilidad inmediata por éstos ofrecida (1).

Entre los ejemplos dispersos de crédito público existentes durante el siglo XIX, cabe resaltar la creación, en 1872, del Banco Hipotecario, adjudicado mediante concurso a la banca privada, y que en un primer momento no ejerce la dinamización deseada sobre la economía, debido a la exigencia de garantía real para poder obtener sus créditos.

Ya entrado el siglo XX, en 1918 surge el Banco de Crédito Industrial. Pero no es hasta los años de la dictadura de Primo de Rivera cuando se establece por primera vez un *sistema global* de crédito oficial. Así, en 1925 se crea el Banco de Crédito Oficial, y en 1926 el Banco Exterior de España, surgidos ambos con la forma jurídica de sociedades anónimas.

Este nacimiento de la banca oficial lleva consigo una subordinación a la banca privada, pues es ésta la que se hace con la dirección y gestión de estos bancos, dado que si bien su creación es por norma legal, su constitución se efectúa mediante concurso entre bancos privados (2).

Tras la guerra civil, la Ley de 31 de diciembre de 1946, de Ordenación Bancaria, consolida y desarrolla el crédito oficial, aunque, como observa MARTÍN-RETORTILLO, éste adolece de una adecuada coordinación entre los distintos sectores económicos (3). Con la Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, se opera una *nacionalización* de las entidades de crédito oficial —con la excepción del Banco Exterior— y una concentración de las competencias sobre el mismo en manos del Banco de España.

El sistema establecido por esta Ley quiebra a raíz del caso *Matesa*, y es sustituido por la Ley 13/1971, de 19 de junio, de Organización y Régimen del Crédito Oficial, la cual —junto al art. 127 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1988— ha configurado el sistema de crédito público hasta la creación de CBE. La Ley 13/1971 abandona la concepción quasi benéfica que el crédito público había tenido en regulaciones anteriores, pretendiendo *coordinar* las diversas manifestaciones del crédito oficial desde una perspectiva *jurídica*. A tal fin, crea una nueva entidad, el Instituto de Crédito Oficial (en adelante, ICO), el cual se configura como un *ente de gestión*, a través del que el Ministerio de Hacienda —tras esta Ley el competente en la materia, en detrimento de las facultades ante-

(1) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, Madrid, Ed. La Ley, 1991, pág. 60, pone de relieve este hecho, el cual se produce en un momento crítico en el desarrollo económico español. Como indica este autor, «es desde luego del mayor interés tratar de ver hasta qué punto fue, entre otras, causa determinante del escaso y limitado desarrollo industrial y agrícola que entre nosotros tuvo lugar a lo largo del siglo XIX».

(2) Vid., sobre el particular, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. II, op. cit., pág. 65.

(3) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. II, op. cit., pág. 77.

riormente ostentadas por el Gobernador del Banco de España— dirige, coordina y financia a las entidades de crédito oficial (4).

Sin ánimo de extendernos en la consideración jurídica del ICO, aspecto que excede del objeto del presente estudio, hemos de resaltar algunos aspectos que pueden ser de interés para el objeto específico de nuestro estudio. El ICO en la Ley 13/1971 nace como una *Entidad de Derecho Público* con personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 10), que no ostenta la titularidad de las acciones de las entidades oficiales de crédito, no opera directamente en el mercado financiero y cuya financiación proviene básicamente de los presupuestos estatales, encargándose, a su vez, de dotar financieramente a las entidades oficiales de crédito. El ICO, pues, opera en la Ley 13/1971 como una «correa de transmisión» jurídica entre la Administración del Estado y las entidades oficiales de crédito, siendo el Consejo de Ministros quien fija la determinación de los sectores de actuación del crédito oficial (art. 5).

Sin embargo, el artículo 127 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 —artículo que encierra nada más y nada menos que la friolera de 27 apartados—, varía el planteamiento de la Ley 13/1971 en relación con el ICO. Este, según la nueva regulación, pasa a ser una Entidad de Derecho Público *que se somete en su actividad al ordenamiento jurídico privado* (art. 127.1, apartado 3, de la Ley 33/1987). Además, pasa a ser titular de todas las acciones de las entidades oficiales de crédito (art. 127.1, apartado 4, de la Ley 33/1987) —que, como ya sabemos, permanecían antes en manos de la Administración del Estado— y queda habilitado para intervenir directamente en el mercado financiero, pudiendo «realizar toda clase de operaciones financieras o no, activas y pasivas, actos de gestión y disposición, comerciales o no, así como toda clase de operaciones con terceros, tomar dinero a préstamo, emitir obligaciones, bonos u otros títulos de cualquier clase, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley» (art. 127.1, apartado 6, de la Ley 33/1987). El régimen de su financiación también varía, sustentándose ésta en la concesión de préstamos por parte del Estado, con unas condiciones específicas (art. 127.1, apartado 11, de la Ley 33/1987).

Este rápido repaso de la historia del crédito oficial, desde su nacimiento hasta la creación de CBE, permite descubrir unas líneas de evolución en el mismo. Efectivamente, la idea originaria del crédito oficial como *técnica de la actividad administrativa de fomento*, consistente en medidas económicas articuladas a través de créditos de larga duración y amortización en condiciones ventajosas, *se ve desdibujada* en el proceso histórico antes someramente apuntado. Razones de este hecho son la ampliación de las actividades realizadas por las entidades oficiales de crédito, que pasan a efec-

(4) Que el artículo 23 de la Ley 13/1971 enumeraba: Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito Agrícola, Banco de Crédito Local de España, Banco Hipotecario de España y el Banco de Crédito a la Construcción. Estas entidades adoptan entonces la forma jurídica de Sociedad Anónima (art. 24 de la Ley). Puede observarse la no inclusión del Banco Exterior de España entre las entidades citadas por la Ley.

tuar operaciones distintas a la mera concesión de créditos, y la tendencia que puede detectarse en la utilización de fórmulas jurídicas privadas para el ejercicio de su actividad (5). El progresivo acercamiento detectado entre las entidades de crédito oficial y la banca privada en relación con las actividades desarrolladas y la organización jurídica asumida para su realización tiene su reflejo jurídico en 1988 en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC). Esta norma incluye en su artículo 39.1 al ICO y a las entidades oficiales de crédito junto a los bancos privados, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, configurando a todas como «entidades de crédito».

Este es el marco jurídico sobre el que ha venido a incidir —como veremos, de forma notoria— la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, por la que se establece una nueva organización de las entidades públicas de crédito de capital estatal y se crea CBE. El análisis de esta normativa y de la nueva entidad va a ser el objeto del apartado siguiente.

III. EL PRESENTE COMO ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN VIGENTE. LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA EN EL SECTOR FINANCIERO

1. La creación de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima».

Vistos sumariamente los antecedentes históricos, pertoca ahora el análisis jurídico de la entidad CBE, cuyo nacimiento va asociado a un proceso de reestructuración del conjunto de las entidades públicas de crédito.

Efectivamente, como ya dijimos, el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo (6) —el cual fue convalidado por el Congreso, siendo tramitado como Proyecto de Ley por el trámite de urgencia, dando lugar a la Ley 25/1991, de 21 de noviembre—, ordenó en su artículo 1 la constitución de una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) LGP, con la denominación «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» (7).

La creación de CBE se produjo por acuerdo del Consejo de Ministros, en aplicación del artículo 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presu-

(5) Estas líneas de evolución son destacadas por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. II, op. cit., págs. 207 y 208, quien resalta cómo es posible «observar desde una perspectiva jurídica la notoria “desadministrativización” que recibe todo su tratamiento».

(6) El uso del Decreto-Ley es justificado en la Exposición de Motivos del mismo «por la exigencia de llevar a cabo el proceso de reorganización del modo más rápido posible, a fin de eliminar las incertidumbres e inconvenientes que una tramitación prolongada conllevaría tanto para el conjunto del sistema financiero, como para los clientes, los accionistas privados de las Entidades Públicas de Crédito y el personal que presta en ellas sus servicios».

(7) Resalta el origen anglosajón de la denominación «Corporación», Luis COSCULLUELA MUNTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1993, 4.ª ed., pág. 285. Para José BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Madrid, Ed. Civitas, 1993, pág. 81, esta terminología es propia del mundo económico-empresarial y «poco afortunada desde el punto de vista jurídico».

puestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (en adelante, LGP) (8).

Así pues, CBE nace como una *Sociedad Estatal* de las previstas en el artículo 6.1.a) LGP, es decir, del tipo de las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades Estatales de Derecho público», con consideración de *Entidad de Crédito* y *Estatuto de Banco* (art. 1 Real Decreto-Ley 3/1991) (9). En cuanto a su capital social, el Real Decreto-Ley indica, artículo 1, que será «enteramente titularidad del Estado».

Sin embargo, el proceso de gestación de CBE no finaliza aquí, sino que enlaza con el proceso de reorganización de las entidades públicas de crédito. Los hitos de esta reestructuración son los siguientes:

— Caja Postal deja de ser Organismo autónomo y pasa a ser sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) LGP, mutación jurídica que el Real Decreto-Ley impone al Gobierno (art. 2). «Caja Postal, Sociedad Anónima» se crea con capital inicial enteramente estatal, teniendo, al igual que CBE, consideración de Entidad de Crédito y Estatuto de Banco (10).

— El Real Decreto-Ley impone la transferencia al Estado de la titularidad de las acciones representativas del capital —hasta ese momento en manos del ICO, como sabemos— del «Banco de Crédito Agrícola, S.A.», «Banco de Crédito Local, S.A.», «Banco de Crédito Industrial, S.A.» y «Banco Hipotecario de España, S.A.».

— *Mediante sucesivas ampliaciones de capital de CBE, ésta asume la propiedad de las acciones de las sociedades anteriormente enumeradas de manos del Estado, a través de la Dirección General de Patrimonio, junto con participaciones en otras sociedades.*

Tras este proceso descrito, CBE se convierte, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, en «cabecera del

(8) Vid. sobre el proceso de constitución de CBE los detalles proporcionados por Enrique SECO CARO, «Nueva organización de la empresa pública bancaria española en 1991», en Alfonso PÉREZ MORENO (Dir.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, vol. I, Madrid, Ed. Civitas, 1994, págs. 1393 y ss.

(9) Si bien no se le aplican ciertas limitaciones contenidas en el Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de bancos privados e instalación en España de Entidades de crédito extranjeras. Esta exención es calificada de superflua por Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *Estudio de la nueva Corporación Bancaria de España, S.A., particularmente a la luz del Derecho Comunitario europeo*, «RDByB», núm. 44, 1991, págs. 939 y ss., ya que «no hay creación de banco nuevo alguno, sino la reestructuración (agrupación) de varias entidades ya existentes» (págs. 940 y 941).

(10) Así, en los vigentes *estatutos sociales* de Caja Postal puede leerse en el artículo 1:

«La sociedad denominada CAJA POSTAL, Sociedad Anónima, es una sociedad anónima de nacionalidad española, que se registrá por la Ley de Sociedades Anónimas, por los presentes Estatutos, por las disposiciones que regulan las Entidades de Crédito y por las demás leyes y disposiciones que le sean de aplicación.»

Grupo» financiero que actúa en el mercado bajo el nombre comercial de *Argentaria*.

De hecho, con anterioridad a la creación de CBE ya existía una agrupación de entidades públicas de crédito en torno al ICO, como hemos puesto anteriormente de relieve (11). Sin embargo, las novedades introducidas por la regulación descrita introducen dos modificaciones de suma importancia. En primer lugar, al frente de este grupo de entidades no se sitúa ya el ICO —Sociedad Estatal del artículo 6.1.b) LGP, es decir, Entidad de Derecho Público que, como indica el artículo 127.1, apartado 4, de la Ley 33/1987, debe ajustar su actividad al Derecho privado—, sino CBE. Así, el papel de *ente de gestión* desempeñado por el ICO (12) cesa, y la dirección del grupo financiero es asumida ahora por una sociedad anónima con capital enteramente público (13). El Real Decreto-Ley 3/1991 se refiere al ICO en su artículo 3, indicando que «se llevarán a efectos en el patrimonio del Instituto de Crédito Oficial los ajustes financieros y contables que resulten procedentes para mantener la situación de equilibrio económico, financiero y patrimonial del mismo». De igual forma, la Disposición Derogatoria se refiere de forma expresa a distintos artículos de la Ley 13/1971, de 19 de junio, de Organización y Régimen de Crédito Oficial, *suprimiendo las competencias del ICO en relación con las entidades de crédito públicas* (14). La segunda novedad de calado introducida por la Ley 25/1991 es que la actividad del grupo financiero liderado por CBE consiste en el desarrollo de servicios financieros conforme a la lógica del mercado, abandonando así la perspectiva del crédito oficial vigente hasta el momento.

Ambas cuestiones merecen un tratamiento más detallado, el cual pasamos a desarrollar en los dos epígrafes siguientes.

2. *Las relaciones de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» con el resto de sociedades que forman el grupo financiero Argentaria y la Administración del Estado*

La dirección del grupo financiero denominado *Argentaria* la efectúa ahora CBE merced a su participación en el capital de las sociedades que lo integran, de acuerdo con fórmulas, pues, totalmente mercantiles. Este mecanismo de control es puesto de relieve en los estatutos sociales de las sociedades participadas por CBE, indicándose, por ejemplo, en el artículo 2 de los del Banco Hipotecario de España, S.A. que:

(11) Sobre la organización del sector público mediante la fórmula *holding*, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Madrid, Ed. La Ley, 1988, págs. 276 y ss.

(12) Sobre la caracterización jurídica de los entes de gestión, vid. Pablo MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 110 y ss.

(13) Aspecto destacado por Luis COSCULLUELA MUNTANER, *Manual...*, op. cit., pág. 285.

(14) Como resalta Ignacio DEL GUAYO CASTIELLA, *Estudio...*, op. cit., pág. 946, «el Gobierno ha dejado al ICO no sólo sin apenas patrimonio, sino también sin auténticas competencias sobre el crédito oficial».

«Las actividades integrantes del objeto social necesariamente se desarrollarán por la Sociedad dentro de los planes, actuaciones, sistemas y estructuras establecidos por el socio mayoritario» (15).

A su vez, el artículo 2 de los estatutos sociales de CBE prevé su papel de empresa *holding*, al indicar que:

«Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente y la titularidad o tenencia de acciones o participaciones mayoritarias en otras entidades de crédito o en sociedades con objeto idéntico o análogo, hará que le corresponda la *coordinación* de todas ellas.»

A su vez, CBE mantiene relaciones de conexión con la Administración del Estado, motivadas por la titularidad pública de sus acciones (16):

— Ya conocemos la intervención del Consejo de Ministros en su *creación*, ordenada por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/1991, y que con carácter general impone el artículo 6.3 LGP.

— Al ostentar la Dirección General de Patrimonio del Estado la mayoría en el capital social de CBE (17), *el Estado dirige a su vez la actuación de la sociedad, conforme a la lógica societaria mercantil*, es decir, mediante los órganos de gobierno de la sociedad anónima. El análisis de los estatutos sociales de CBE —cap. III, arts. 14 a 30— permite constatar la inexistencia de una sujeción específica a la Administración del Estado. El funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y representación de CBE es equivalente al de cualquier sociedad anónima. El Estado no ostenta ninguna facultad de nombramiento ni destitución específica o peculiar, aunque, por supuesto, su participación mayoritaria en el capital le faculta, como a cualquier otro socio en las mismas circunstancias en cualquier sociedad anónima, para ejercer sus derechos (18). La conexión de CBE con

(15) En idéntico sentido, artículo 2 de los estatutos sociales de Banco de Crédito Agrícola, S.A., Banco de Crédito Local, S.A. y Caja Postal, S.A.

(16) Titularidad que es, en el momento de escribir estas líneas, mayoritaria —ya no única—, tras las dos privatizaciones efectuadas en 1993, a las que luego nos referiremos en el apartado IV.1.

(17) En el que también participa la Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A., de capital íntegramente público. La razón hay que buscarla en los procesos de privatización acaecidos en 1993. Fue en ese momento cuando la Dirección General de Patrimonio transfirió las acciones de CBE a la Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A., encargada de la realización de las Ofertas Públicas de Venta de Acciones. Tras las privatizaciones, esta Sociedad sólo mantiene el remanente de acciones de CBE necesarias para atender la prima de fidelidad ofrecida en la segunda Oferta Pública. Vid. lo que se indica más adelante, en el apartado IV.1.

(18) En este sentido, al ser CBE una Sociedad Estatal, son de aplicación específica en su caso los artículos 100 a 105 del Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril. El artículo 101 indica que «a

la Administración del Estado está basada únicamente en la participación accionarial de éste, participación que a su vez se predica, a través de CBE, de las sociedades que forman parte del grupo *Argentaria*.

— Respecto al régimen financiero, presupuestario y contable, la consideración de CBE como Sociedad Estatal supone la necesidad de que sus presupuestos integren los del Estado —art. 50.c) LGP— y la de elaborar un Programa anual de actuación, inversiones y financiación, que deberá someterse al acuerdo del Gobierno (arts. 87 y ss. LGP). Asimismo, CBE está sometida al control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado (arts. 17 y ss. LGP) y del Tribunal de Cuentas —arts. 128.b) y 129 LGP y arts. 13.1.d) y 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas—.

3. *La actividad económica de mercado de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima»*

El proceso histórico de progresivo paralelismo entre las actividades de las entidades oficiales de crédito y los bancos privados ha sido mencionado con anterioridad (19). El Real Decreto-Ley 3/1991 —convertido luego, como sabemos, en la Ley 25/1991— se hizo eco de esta evolución en su Exposición de Motivos, en la que puede leerse lo siguiente:

«Las transformaciones jurídicas y operativas experimentadas por las Entidades Públicas de Crédito a lo largo de la pasada década, han permitido a éstas dejar de ser meras administradoras de aquellos fondos que captados compulsivamente en el sistema crediticio, el Gobierno había decidido destinar a la financiación concesional de determinadas actividades, para convertirse en auténticas Entidades de Crédito que, compitiendo en igualdad de condiciones con el resto de las Entidades, han conseguido ampliar su actividad crediticia al aprovechar la especialización en aquellos productos y ámbitos sectoriales que su larga tradición les otorgaba». (La cursiva es nuestra.)

El Real Decreto-Ley incide en esta situación, profundizando en la línea de equiparación con los bancos privados abierta ya, como sabemos,

este fin, el Ministerio de Hacienda podrá dar a los representantes del capital estatal en los Consejos de Administración de dichas empresas las instrucciones que considere oportunas para el adecuado ejercicio de los derechos».

En relación con esta cuestión, es destacable la derogación expresa efectuada por la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, de los artículos 25 y 27 de la Ley de Crédito Oficial de 1971, referidos al nombramiento por parte del Estado de los miembros de los Consejos de Administración de las sociedades de crédito públicas y a la tutela estatal de sus finanzas.

(19) Vid. *supra*, apartado II.

por la LDIEC en su artículo 39. La Exposición de Motivos da tres razones para acometer la reestructuración del sistema. En primer lugar, la búsqueda de flexibilidad. En segundo, el intento de lograr la coordinación entre las entidades de crédito públicas, a fin de aumentar su competitividad. Finalmente, la incidencia del Derecho comunitario sobre la competencia en el sector.

Creemos que la cuestión central que conviene dilucidar es si la actividad de CBE responde a esquemas propios de la actividad de fomento —cariz típico del crédito oficial en nuestro país históricamente (20)— o si, por el contrario, responde a la lógica de la actividad económica de mercado, sin otra consideración de ningún género.

El *objeto social* de CBE, según el artículo 2 de sus estatutos sociales, es

«la realización de toda clase de actividades, operaciones, actos, contratos y servicios propios del negocio de banca o que con él se relacionen, directa o indirectamente, o le estén permitidos por disposiciones legales. Se comprenden asimismo dentro del objeto social, la adquisición, tenencia, disfrute y enajenación de valores, oferta pública de adquisición y venta de valores, así como toda clase de participaciones en cualquier sociedad o empresa».

En consecuencia, generalidad en la referencia a la actividad de CBE, centrada en la *prestación empresarial de servicios financieros*, sin consideraciones de otra índole, característica compartida por las entidades de crédito participadas por la sociedad, con la peculiaridad de poderse apreciar en los objetos sociales de estas entidades una especialización en determinados sectores de la actividad económica, lógica si tenemos en consideración su dilatada trayectoria histórica. Así, por ejemplo, en el artículo 2 de los estatutos sociales del Banco Hipotecario de España, S.A., junto a una definición del objeto social referido en general a la prestación de servicios bancarios, se añade: «en especial las actividades financieras relacionadas con la vivienda y el crédito inmobiliario en general, así como las que configuran el mercado hipotecario» (21).

De todo lo analizado parece desprenderse *un distanciamiento a partir de la nueva regulación, establecida por el Real Decreto-Ley 3/1991 y la posterior Ley 25/1991, entre el desarrollo de la política económica del Gobierno a través de medidas económicas de fomento —efectuadas ahora por el ICO— y la prestación empresarial de servicios financieros desarrollada por el grupo fi-*

(20) Sobre las medidas de fomento en el sector económico, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. I, op. cit., págs. 448 y ss.

(21) En el mismo sentido, el objeto social del Banco de Crédito Agrícola, S.A., contenido en el artículo 2 de sus estatutos sociales, especifica que «en especial procurará la atención financiera de la Agricultura, del sector agroalimentario y del medio rural». En cuanto al Banco de Crédito Local, S.A., el objeto social se matiza al indicar los estatutos sociales que sus actividades serán «en especial, las encaminadas al fomento, desarrollo y financiación» de las Administraciones Públicas.

nanciero Argentaria, encabezado por CBE (22). Este proceso de separación de entidades y cometidos se profundiza a finales de 1992 con la transferencia de activos correspondientes a operaciones de política económica garantizados por el Estado —por ejemplo, las referidas a reconversión industrial— de las antiguas entidades oficiales de crédito al ICO.

En la línea expuesta se inscribe la Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, al indicar que «*las hasta ahora entidades oficiales de crédito "Banco de Crédito Local, Sociedad Anónima", "Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima" y "Banco de Crédito Agrícola, Sociedad Anónima", tendrán la naturaleza de bancos y les resultará aplicable el régimen general de los mismos*».

Finalmente, este desgajamiento producido entre el ICO y el grupo de bancos en mano pública y la correlativa distinción de funciones entre ambos se patentiza en la regulación del primero contenida en el Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. En su Disposición Adicional Sexta se establecen las funciones del ICO, el cual, desde su naturaleza jurídica de Entidad de Crédito y su consideración de Agencia Financiera del Estado, es el encargado del «sostenimiento y la promoción de las actividades económicas que contribuyan al crecimiento y a la mejora de la distribución de la riqueza nacional y, en especial, de aquellas que, por su trascendencia social, cultural, innovadora o tecnológica, merezcan *fomento*», ejecutando así políticas económicas gubernamentales (23).

Debemos concluir, por tanto, a la vista de todo lo expuesto, que CBE, y las sociedades por ella participadas que forman el grupo financiero *Argentaria*, no realizan ninguna clase de actividad o función directamente encaminada a la persecución de fines de interés general. *No hay aquí función o actividad administrativa, no estamos, por utilizar la expresión doctrinal, en el ám-*

(22) En palabras del Informe Anual del grupo financiero *Argentaria* correspondiente a 1992 —obra cuyo Depósito Legal es M-9714-1993— recogidas en la página 62, «en definitiva, la participación del Grupo en la financiación concesional se produce en libre competencia y en igualdad de condiciones con las restantes entidades del sistema».

Una muestra de la equiparación de funciones entre las entidades de crédito públicas y privadas lo constituye el artículo 49 del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, en el que se recogen medidas de fomento en materia de Vivienda. Este artículo indica que: «El Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través de la Dirección General para la Vivienda y Arquitectura, podrá establecer convenios con las Entidades de Crédito públicas y privadas, con objeto de garantizar el volumen de préstamos cualificados requerido para la financiación de las actuaciones protegibles, y a efectos de subsidiar la totalidad o parte de éstas con cargo a sus consignaciones presupuestarias, en la forma establecida en el presente Real Decreto.»

(23) Esta Disposición Adicional Sexta indica también que son funciones del ICO, de conformidad con las instrucciones que reciba del Consejo de Ministros, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o del Ministro de Economía y Hacienda, «contribuir a paliar los efectos económicos producidos por situaciones de grave crisis económica, catástrofes naturales u otros supuestos semejantes», así como «actuar como instrumento de ejecución de determinadas medidas de política económica».

bito del «giro o tráfico administrativo» (24). Argentaria es un ejemplo de *iniciativa pública en la actividad económica*, concretamente en el sector financiero, en desarrollo de la habilitación concedida por el artículo 128.2 CE.

Este cambio producido en la actividad y funcionamiento de las entidades de crédito de capital público ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su sentencia 128/1994, de 5 de mayo. En la misma se conocía de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación a una serie de *normas del ordenamiento jurídico* que configuraban un proceso de ejecución de hipotecas distinto y privilegiado para el Banco Hipotecario de España —como sabemos, integrado en CBE—, en comparación con el resto de entidades bancarias. En el FJ 5 de esta sentencia, el Tribunal Constitucional analiza si la diferencia de trato entre deudores hipotecarios, según lo fueran o no del Banco Hipotecario, estaba justificada. Así, se analiza sucintamente la historia de esta entidad de crédito desde su creación, indicando el Tribunal que en la actualidad no es posible

«hallar una justificación específica, en atención a la naturaleza de los intereses gestionados por el Banco mencionado en esta faceta de su actividad. Es cierto que el Banco Hipotecario es, como afirma el Ministerio Fiscal, una entidad de crédito hoy integrada en la Corporación Bancaria de España (Ley 25/1991, de 21 de noviembre), pero el carácter público que esta caracterización comporta no le es exclusivo —lo mantienen también el resto de bancos y entidades de crédito integradas en la Corporación— ni es, por sí solo, justificativo de un tratamiento privilegiado o diverso del propio de las demás entidades crediticias, cuando actúa sometido a derecho privado».

Del análisis de la legislación vigente referida al Banco Hipotecario, el Tribunal Constitucional extrae la conclusión de que *no* existen datos que

«permitan deducir *que la mencionada entidad prestataria quede vinculada, como tal, a la consecución de finalidades sustancialmente diversas de las que, en esta materia, incumben a las restantes entidades (...)*. Abundando en ello, y culminado el proceso, ya en la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, sobre Entidades Públicas de Crédito, se hace constar, como finalidad expresa de la misma la conversión de éstas en “auténticas entidades de crédito que, compitiendo con el resto de las Entidades”, amplíen su actividad crediticia (Exposición de Motivos de la Ley) (...).

Con todo lo cual, aparece evidente la tendencia latente en una evolución normativa que ha apuntado con firmeza a

(24) Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. I, op. cit., págs. 54 y ss.

lo largo de este siglo hacia la aproximación del régimen del citado Banco y de las restantes entidades de crédito...». (La cursiva es nuestra.)

IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CBE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. *Las privatizaciones. La posible futura aplicación 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*

Si bien CBE nace con la totalidad de su capital de titularidad pública, el Consejo de Ministros, en reuniones celebradas el 5 de febrero y el 10 de noviembre de 1993, acordó la enajenación de una parte de las acciones de la sociedad. Esta enajenación se realizó mediante dos ofertas públicas de venta que colocaron en el mercado nacional y extranjero el 48,34 por 100 de las acciones, que pasaron a manos de accionistas privados, los cuales a 31 de diciembre de 1994 sumaban la cifra de 511.661. La colocación en bolsa de CBE tuvo la innovación de la creación de la Oficina de Información y Registro, que atendió 1,1 millones de llamadas y permitió establecer prioridad en la adjudicación de las acciones.

Tras esta enajenación de acciones, el Estado continuó ostentando la mayoría de las acciones de CBE —el 51,7 por 100—, participación compartida por la Dirección General de Patrimonio y la Sociedad Estatal de Patrimonio I, S.A. (25).

Es posible que en el futuro se produzcan nuevas enajenaciones de participaciones públicas en CBE, las cuales podrían suponer la pérdida de la condición de socio mayoritario del Estado y, en consecuencia, el fin de la consideración de CBE como Sociedad Estatal de las contempladas en el artículo 6.1.a) LGP. En este sentido, esas hipotéticas nuevas privatizaciones podrían dar lugar a la aplicación a CBE de la regulación contenida en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenaciones de participaciones públicas en determinadas empresas, y en su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre. No es ahora el momento de efectuar un análisis pormenorizado de esta reciente normativa (26), pero puede ser de utilidad explicar brevemente el objetivo de la

(25) Sociedad a su vez de capital cien por cien público y que fue la encargada de gestionar el proceso privatizador. Como ya indicamos con anterioridad —ver nota 19—, esta sociedad mantiene en la actualidad sólo un remanente de acciones de CBE con la finalidad de atender la prima de fidelidad relativa a la segunda de las ofertas públicas de acciones lanzadas en 1993.

(26) Sobre el tema puede consultarse mi estudio *Una aproximación al fenómeno privatizador en España*, núm. 139 de esta REVISTA, enero-abril 1996, págs. 345 y ss., y el de M.^ª Nieves de LA SERNA BILBAO, *La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo*, núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 435 y ss.

misma y la influencia que podría tener, si se realizaran en el futuro nuevas privatizaciones de su capital, sobre CBE (27).

Es necesario subrayar que tanto la Ley como el Real Decreto no tienen por objeto la regulación del proceso privatizador, es decir, de la enajenación de acciones de titularidad pública en sociedades de Derecho privado (28). Esta regulación tan sólo pretende normar algunos aspectos del régimen jurídico de ciertas sociedades participadas por el Estado —o las Comunidades Autónomas o los entes locales— tras haberse producido una alteración determinada del capital público existente. Su objetivo —como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo— es lograr la sustitución del mecanismo de garantía del interés general que supone la propiedad pública, total o parcial, de ciertas empresas por otra técnica distinta de garantía: el sometimiento a un régimen de previa autorización administrativa de ciertos actos y acuerdos en relación con determinadas entidades mercantiles, a fin de asegurar que la actividad de interés general desarrollada por la sociedad no va a detenerse.

En consecuencia, esta normativa no se aplica a cualquier sociedad mercantil participada por el Estado, sino sólo a aquellas que caen bajo el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, modulado en función de dos criterios: el volumen e importancia de la participación pública y el tipo de actividad desarrollado por la sociedad. Así, el artículo 1.1 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, establece que será de aplicación esta Ley a las sociedades mercantiles participadas directa o indirectamente por el Estado en más de un 25 por 100 del capital social (29), siempre que, además, el Estado tenga el control sobre la sociedad (30). 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 señaladas, 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.

Sin embargo, no basta con la participación y control estatal para la aplicación de la Ley, sino que, además, las sociedades participadas en más

(27) Como así ha acabado ocurriendo finalmente. Vid. *infra* el epígrafe V.

(28) Dado que las acciones de titularidad pública en sociedades privadas tienen la consideración de bienes patrimoniales —art. 1.3 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964—, las cuestiones referidas al procedimiento de venta de las mismas están reguladas en los artículos 103 y ss. de la Ley del Patrimonio del Estado y 201 y ss. de su Reglamento. En cuanto al órgano competente para acordar la venta de acciones, el artículo 6.3 LGP especifica que lo será el Consejo de Ministro si la operación supone la pérdida de la posición de socio mayoritario por parte de la Administración Pública.

(29) 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.

(30) 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.

del 25 por 100 y controladas por el Estado deben realizar alguna de las siguientes actividades, recogidas en el mismo artículo 1.1:

- «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 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.»

Por todo lo dicho hasta el momento, puede observarse cómo CBE podría quedar en el futuro bajo el régimen de control diseñado por esta regulación, puesto que se encuentra participada en más del 25 por 100 de su capital por el Estado, el cual controla la sociedad, y desarrolla un tipo de actividad, la bancaria, que encontraría acomodo en el apartado b) del artículo 1.1 de la Ley (31). En cualquier caso, un específico Real Decreto proveniente del Consejo de Ministros determinaría la sumisión de CBE al mecanismo autorizatorio, del que hablaremos dentro de un momento (32).

En consecuencia, si en un futuro se produjera el presupuesto contemplado en el artículo 2 de la Ley (33), es decir, una determinada reducción de la participación estatal en CBE, entonces podría activarse el mecanismo autorizatorio —contemplado en el art. 5 de la Ley— en relación con deter-

(31) El apartado b) del artículo 1.1 de la Ley, transcrito en el texto, parece referirse a los equivocadamente denominados «servicios públicos impropios», o «virtuales», es decir, actividades privadas sometidas a una fuerte intervención pública en razón del interés general implicado en su desarrollo. Al respecto, vid. Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La Actividad de la Administración*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983, pág. 140.

(32) Artículo 4.2.a) de la Ley, previo dictamen en todo caso del Consejo de Estado. Esto es lo que ha acabado ocurriendo, mediante el Real Decreto 40/1998, de 16 de marzo, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» y a determinadas sociedades de su grupo. Vid. *infra* el epígrafe V.

(33) El artículo 2 de la Ley contiene el presupuesto de aplicación de la misma. Este artículo establece lo siguiente:

«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.»

Vid. el artículo 2 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, el cual precisa el sentido de este artículo de la Ley.

minados acuerdos societarios y operaciones referidas a su capital social. Los acuerdos y operaciones sometidos a autorización se hallan fijados en el artículo 3 de la Ley de forma genérica (34), y deberían ser concretados en particular para CBE por el mismo específico Real Decreto que declarara su sujeción al régimen de control —art. 4.2.b) de la Ley—. Por tanto, y siempre que concurren todas las condiciones anteriormente expuestas, determinados acuerdos de CBE u operaciones de disposición sobre acciones de la misma requerirían previa autorización administrativa (35), y en caso de realizarse sin la misma soportarían las consecuencias previstas en el artículo 6 de la Ley, es decir, la nulidad de los actos y acuerdos y la imposibilidad por parte de los adquirentes de acciones de ejercer los derechos políticos derivados de las mismas (36).

Sin ánimo de detenernos más en el análisis de la compleja regulación establecida por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y el Real Decreto 1525/1995,

(34) El artículo 3.1 de la Ley relaciona los siguientes acuerdos societarios:

- «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 a las siguientes operaciones relacionadas con el capital social:

- «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.»

(35) El órgano competente para otorgar la autorización será determinado por la misma disposición reglamentaria que contenga las concretas operaciones sometidas al régimen de autorización —art. 4.2.c) de la Ley—.

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 adscritas las Entidades de Derecho Público o Sociedades dominantes de grupo titulares de las participaciones en la sociedad sometida al régimen autorizador (vid. art. 3.1 del Real Decreto). Si existen varios ministros competentes, entonces el específico Real Decreto que establezca el concreto régimen autorizador precisará cuál es el encargado de otorgar la licencia.

(36) Vid. el artículo 6 de la Ley. Este artículo tiene una redacción un tanto confusa, aunque parece que la nulidad a que se refiere su apartado primero es de los acuerdos societarios, en tanto que la consecuencia para la disposición de acciones sin la preceptiva licencia sería la imposibilidad de ejercer los derechos políticos por quien las adquiera, salvo que un tercer adquirente subsane la falta de autorización administrativa, la cual le será concedida excepto en el caso de «actuación concertada con cualquier adquirente anterior».

de 15 de septiembre, y de los múltiples problemas que suscita, sí queremos resaltar que la misma podría ser, a tenor de lo argumentado, aplicable a CBE si en un futuro se profundiza en el proceso privatizador de la sociedad, la cual, en tal caso, quedaría sometida en su funcionamiento a una fuerte interferencia pública, aunque dejara de ser una Sociedad Estatal de las contempladas en el artículo 6.1.a) LGP, con lo que, paradójicamente, una futura privatización de CBE conllevaría una paralela publicación de su régimen jurídico (37).

2. *Naturaleza jurídica de «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima». Régimen jurídico aplicable*

En función de todos los aspectos analizados hasta el momento, estamos ahora en condiciones de intentar extraer conclusiones sobre la naturaleza jurídica de CBE y el régimen jurídico que le es aplicable.

En cuanto a la *forma jurídica* que adopta CBE, estamos ante una Sociedad Estatal del tipo de las contempladas en el artículo 6.1.a) LGP, fundada por la Administración del Estado, con capital, a 31 de diciembre de 1994, mayoritariamente público (51,7 por 100 de las acciones).

CBE se configura como sociedad *holding* de un amplio grupo de empresas —muchas de ellas antiguas entidades oficiales de crédito— en las que participa como accionista, asumiendo su coordinación (art. 2 de los estatutos sociales de CBE). En esta labor aglutinadora sustituye y desplaza al ICO.

La actividad desplegada por CBE es puramente económica o de mercado: prestación de servicios financieros en el sector bancario y participación en otras empresas, la mayoría de ellas también financieras. Por ello, es posible sostener que CBE es una empresa pública que formaría parte del sector público económico, actuando empresarialmente en el sector de las finanzas (38). CBE no presta ningún servicio público ni realiza ninguna función administrativa, como pudiera ser la actividad de fomento, sino que actúa en el mercado con criterios empresariales, es decir, buscando la maximización de beneficios (39). Estamos, pues, ante una plasmación de la iniciativa pública económica prevista en el artículo 128.2 de la Constitución.

Al tratarse de una empresa pública con actividad de mercado, la creación de CBE debe necesariamente, siquiera indirectamente, perseguir un

(37) Debemos remitirnos de nuevo al epígrafe V del presente trabajo, donde se analiza el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, por el que se aplica el régimen autorizador previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, a CBE, confirmándose así la hipótesis aquí avanzada.

(38) Sobre el concepto de empresa pública y la distinción de actividades de las mismas (prestación de servicios públicos o actuación puramente empresarial), vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. I, op. cit., págs. 232 y ss.

(39) Los beneficios antes de impuestos obtenidos en 1994 por el grupo financiero encabezado por CBE fueron de 94.255 millones de pesetas (fuente: Informe Anual de 1994).

fin de interés general (art. 103.1 CE) (40), afirmación que no implica resucitar el superado principio de subsidiariedad (41). En su caso, tal interés general perseguido no sería la atención del crédito solicitado por sectores no atractivos para la banca privada, pues, como hemos comprobado, existe una gran amplitud en las actividades de esta sociedad, equivalentes a las de cualquier banco privado. Acaso podría sostenerse que el interés general indirectamente perseguido con la actuación empresarial de CBE en el sistema financiero pudiera ser la dinamización de la competencia en éste (42). En esta dirección podrían inscribirse algunas bajadas de tipos de interés en los préstamos efectuadas por CBE (43). Otras finalidades de interés general indirectamente perseguidas a través de la actividad financiera de CBE podrían ser la garantía de la presencia pública en el sensible sector de las finanzas o la formación de un grupo español fuerte de cara a la futura competencia con otros bancos extranjeros que intentaran implantarse en nuestro país.

(40) Sobre la necesaria persecución de un interés general por parte de las empresas públicas de actividad de mercado, vid., por ejemplo, Tomás FONT I LLOVET, «Empresas públicas», en AA.VV., *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia*, vol. II, Barcelona, IEA, 1988, págs. 751 y ss. En el mismo sentido, STS de 10 de octubre de 1989, Ar. 7352, Fundamento Jurídico Tercero, si bien los planteamientos excesivamente tajantes de esta sentencia han sido objeto de acertada crítica por Francisco SOSA WAGNER, *Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989*, «Poder Judicial», 19, págs. 309 y ss.

(41) 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 por 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—.

En este mismo sentido se pronuncia una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de enero de 1996, Ar. 20. Se impugnaba por el demandante un acuerdo de la Comunidad Autónoma balear por el que se adjudicaba un concurso público sobre obras de asistencia técnica —se trataba de cartografiar las Islas— al Instituto Cartográfico de Catalunya, organismo autónomo de la Generalitat de Catalunya. El actor alegaba que no se podía permitir «que una sociedad de carácter o influencia pública compita con empresas privadas en un área o actividad perfectamente cubierta». El Tribunal Supremo desestima el recurso y acepta los considerandos de la sentencia apelada, en los que se indicaba que la Constitución prevé la intervención de los poderes públicos en la economía en su artículo 128.2, «superando así la anterior fase del papel subsidiario», lo que no es óbice para que «el fin último de la iniciativa pública debe ser el interés general, convertido así en el instrumento legitimador de cada intervención».

(42) Tradicionalmente, el sector bancario no ha sido precisamente un ejemplo de competencia perfecta. Baste recordar la pervivencia del principio del *Statu Quo* bancario desde el fin de la guerra civil hasta 1962. Sobre el particular, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. II, op. cit., págs. 65 y ss.

(43) Puede consultarse una medida de este tipo en relación con préstamos hipotecarios en «El Periódico de Cataluña», 2 de mayo de 1993.

Por supuesto, como empresa pública de mercado, CBE debe desarrollar su actividad empresarial en igualdad de condiciones respecto de los bancos privados, respetándose así los artículos 38 y 128.2 de la Constitución (44). En esta línea, por ejemplo, se inscribe la extensión del coeficiente de caja —mínimo legal para la proporción de activos líquidos que deben mantener los bancos en relación a los depósitos de sus clientes— a distintas entidades participadas por CBE.

A la vista de todos los datos manejados, ¿es posible sostener que CBE es Administración Pública? En referencia al tema de su *naturaleza jurídica*, deben hacerse algunas precisiones. Como ya sabemos, estamos ante una empresa creada por la Administración Pública, en la que ésta ostenta el capital mayoritario. Esta participación mayoritaria permite —conforme a las técnicas puramente mercantiles— la dirección de CBE por el Estado, mediante el nombramiento de los gestores de la sociedad. Cabe sostener, por tanto, la vinculación de CBE a la Administración estatal. Estaríamos en este caso ante el supuesto denominado por VILLAR PALASÍ de «accionariado gestor» (45), que supone el control por parte de la Administración de la sociedad mercantil, con la que tiene unos lazos internos de conexión. La relevancia de la influencia pública sobre este tipo de sociedades desde la óptica de esta perspectiva *ad intra* ha sido subrayada por GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (46). Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 14/1986, de 31 de enero, FJ 8, indica en relación a este ámbito interno:

«Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.»

Si abandonamos la perspectiva *ad intra* y nos referimos a la *externa*, podemos encontrar varios pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se afirma que una sociedad anónima de capital público es Administración Pública y, en consecuencia, puede dictar actos administrativos sometidos a la jurisdicción contenciosa. Es el caso, por ejemplo, de las senten-

(44) Sobre la paridad de trato de las actividades empresariales de la Administración pública, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, vol. I, pág. 97.

(45) Vid. José Luis VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1950, págs. 94 y ss., especialmente págs. 100 y ss.

(46) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. I, op. cit., págs. 399 y ss.

cias de 16 de marzo de 1973, Ar. 1195 (47), y 5 de diciembre de 1990, Ar. 9875 (48). Por su parte, la sentencia de 29 de noviembre de 1990, Ar. 10569, afirma que la Televisión Vasca, sociedad con capital proporcionado por la Comunidad Autónoma, es «en todo caso y sin duda alguna Administración pública, conectada por supuesto» a la Administración autonómica, por lo que forma parte de la Administración indirecta o institucional con «función vicaria» para la prestación del servicio público de televisión, consideraciones que la sentencia hace extensivas para el caso de Televisión Española, sociedad estatal con capital íntegramente público.

Sin embargo, debe subrayarse que en las tres sentencias citadas el Tribunal Supremo tiene en cuenta dos datos relevantes que condicionan, sin duda, sus decisiones. En primer lugar, en los tres casos, *el capital de las sociedades era enteramente público*. En segundo lugar, aspecto crucial éste, en todos ellos las sociedades mercantiles de capital íntegramente público realizaban funciones públicas o prestaban servicios públicos (49).

En el caso de CBE no concurren ninguna de estas dos circunstancias, pues, como ya sabemos, el Estado sólo ostenta la mayoría de las acciones del capital social, pero no es el único socio (50), y, por otro lado, su actividad es de mercado, puramente empresarial. Ambos factores causan que, desde esta perspectiva *ad extra*, la identificación entre Administración Pública y CBE sea mucho más problemática (51).

En relación con lo dicho, es interesante las consideraciones realizadas por la STS de 26 de enero de 1995, Ar. 1502. El problema práctico que se planteaba ante la jurisdicción contenciosa era, en apariencia, sencillo. Se trataba de dilucidar si el período trabajado por un policía municipal de El Puerto de Santa María en la «Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A.» debía computarse a efectos de trienios, puesto que la ley aplicable al caso —Ley 70/1978— reconocía los servicios prestados siempre que lo fueran *en una esfera de la Administración Pública*. El caso planteado da pie al Tribunal Supremo para efectuar una serie de puntuali-

(47) Puede encontrarse un comentario a esta sentencia en el trabajo de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Empresa pública y proceso», en Alfonso PÉREZ MORENO (Dir.), *Administración Instrumental...*, vol. II, op. cit., págs. 1175 y ss., especialmente págs. 1183 y ss.

(48) Vid. una referencia a esta sentencia en Tomás FONT I LLOVET, «La Administración plural. Caracteres generales del régimen de las Administraciones Públicas», en Joaquín TORNO MAS (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, págs. 57 y ss., especialmente págs. 75 y ss.

(49) En la STS de 16 de marzo de 1973, Ar. 1195, la sociedad anónima con capital municipal realizaba la función de urbanización de unos terrenos, en tanto que en las de 5 de diciembre de 1990, Ar. 9895, y 29 de noviembre de 1990, Ar. 10569, las sociedades mercantiles de capital público prestaban, respectivamente, el servicio público de recogida de basuras y el servicio público de televisión.

Resalta este punto en relación con la segunda de las sentencias citadas Tomás FONT I LLOVET, «La Administración plural...», op. cit., pág. 76.

(50) Lo que implica que el interés particular del resto de accionistas deba ser tenido en cuenta en la gestión de la sociedad, como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. I, op. cit., pág. 404, y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. CERA, S.A., 1988, pág. 1217.

(51) Como resalta Tomás FONT I LLOVET, «La Administración plural...», op. cit., pág. 76.

zaciones en relación con las sociedades mercantiles participadas por el Estado, afirmando *que el dato del capital íntegro o mayoritariamente público y del control financiero de la Administración Pública no convierte a las Sociedades Estatales en Administración Institucional:*

«Por lo que concierne al control de dichas empresas nacionales o sociedades estatales mercantiles, previsto tanto en la Ley General Presupuestaria como en la Ley de Entidades Autónomas (art. 93.1 para aquellas en que la participación del Estado exceda del 75 por 100 de su capital), ello no implica su encuadramiento en la Administración del Estado ni sus organismos autónomos, sino que simplemente dado el capital público en su totalidad (como es el caso de la “Empresa Nacional Bazán”) o en participación mayoritaria, el control del gasto público se ejerce por régimen asimilable al público en este caso, o aspecto patrimonial, *pues no son el Estado ni Organismo autónomo sino del Estado o de sus Entes instrumentales con personificación jurídica.*»

Más trascendente nos parece el análisis concreto del *régimen jurídico* a que se encuentra sometida CBE.

En sus relaciones con la Administración del Estado, perspectiva *ad intra*, le es de aplicación la LGP y la Ley de Patrimonio del Estado, como hemos tenido ocasión de exponer. Es en esta perspectiva *ad intra* donde el tinte de lo público colorea las relaciones de CBE con la Administración del Estado, las cuales se rigen, por tanto, por el Derecho Administrativo, que tiene que ser conectado con distintas previsiones constitucionales como, por ejemplo, los principios de eficacia y coordinación (art. 103.1 Constitución española), o el artículo 31.2, el cual dispone que: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de *eficiencia y economía.*»

Por lo que se refiere a sus relaciones *ad extra*, perspectiva externa, éstas se encuentran regidas por el Derecho privado. El artículo 6.2 LGP declara aplicable a las Sociedades Estatales el Derecho Mercantil, Civil y Laboral. De igual manera, la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, señala que «las sociedades mercantiles estatales se regiran íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación».

En consecuencia, las relaciones jurídicas derivadas de la actividad empresarial de prestación de servicios financieros por CBE —por ejemplo, responsabilidad, régimen jurídico de sus bienes, personal a su servi-

cio— se encuentran disciplinadas por el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas, la legislación laboral y, teniendo presente la consideración de Entidad de Crédito de CBE, por la LDIEC. De igual forma, le será aplicable toda la normativa relativa al sector bancario. En este sentido, debe recordarse que también regirá en sus relaciones con sus clientes la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (52). En el ámbito específico de las relaciones con otros empresarios para la provisión de obras, servicios y suministros, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contiene una previsión en su Disposición Adicional Sexta que es de aplicación a CBE:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios» (53).

Asimismo, CBE debe respetar la normativa comunitaria en materia de competencia —arts. 85 y ss. del Tratado de la Unión Europea—, no pudiendo recibir ayudas estatales incompatibles con el mercado común (arts. 92 y ss.) (54). Por otra parte, debe hacerse constar que CBE es empresa pública desde la perspectiva comunitaria. Efectivamente, a la luz de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, sobre Transparencia de las Relaciones Financieras de las Empresas Públicas —modificada luego por la Directiva 85/413/CEE—, CBE es, a los ojos del Derecho comunitario, empresa pública, al estar bajo la *influencia dominante* de la Administración del Estado (55), lo que supone la aplicación específica del artículo

(52) Vid. Ignacio BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», núm. 78, abril-junio 1993, págs. 233 y ss., especialmente pág. 244, en relación con lo afirmado en el texto.

(53) En relación con la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos, vid. Alfonso PÉREZ MORENO, «La contratación de los entes instrumentales: Sociedades Mercantiles y demás entidades del sector público», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 864 y ss. especialmente.

Sobre la contratación realizada por sociedades mercantiles de capital público, véanse las interesantes consideraciones de Elisenda MALARET GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, Ed. Civitas, 1993, págs. 99 y ss., si bien referidas a Sociedades que realizan actividades propias del giro o tráfico administrativo, que, como ya sabemos, no es el caso de CBE.

(54) Acerca de las ayudas a que hacen referencia los artículos 92 y ss. del Tratado, vid. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, págs. 84 a 131.

(55) El artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE indica que la influencia dominante en la empresa puede existir «en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen», señalando que la misma se presume cuando los poderes públicos directa o indirectamente poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa —caso de

90.1 del Tratado, que prohíbe la vulneración de las normas sobre competencia, y de las obligaciones relativas a la puesta a disposición de información a que se refiere la mencionada Directiva (56). Del régimen jurídico aplicable a CBE, descrito en las páginas anteriores, se desprende que la no aplicación del Derecho Administrativo en su actividad *ad extra* no supone la inexistencia de límites y controles jurídicos, puesto que el Derecho privado y el Derecho comunitario diseñan el marco jurídico de la actividad de la sociedad (57).

En referencia al régimen jurídico de la actividad desplegada por CBE surge la cuestión de la aplicabilidad a la misma de los *derechos fundamentales constitucionales*.

Un primer enfoque del problema podría ser considerar aplicables los derechos fundamentales a la generalidad de relaciones jurídicas entre particulares. En ese caso, la traslación de esa regla general, por otro lado no pacífica (58), al caso de CBE daría como resultado la necesidad de su respeto en las relaciones derivadas de su actividad financiera.

Otro enfoque distinto sería, abandonando la discutida perspectiva de la general aplicación a las relaciones entre particulares, plantear la vinculación de CBE a los derechos fundamentales teniendo en cuenta sus conexiones con la Administración del Estado. El tema de la vinculación a los derechos fundamentales en el caso de uso por parte de la Administración de formas jurídico-privadas ha sido estudiado con detenimiento en la doctrina alemana. En ésta suele ser frecuente diferenciar tipos de actividades desarrolladas mediante la utilización de los ropajes privados —aunque no falten críticas a tal diferenciación—, afirmándose la vinculación a los derechos fundamentales sólo en el supuesto de persecución directa de un interés general, no cuando la sociedad privada vinculada a

CBE—, o disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas, o pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

(56) Podría plantearse la duda de la aplicación a CBE del artículo 90.2 del Tratado, el cual contempla una excepción a la aplicación de las normas sobre competencia. En el hipotético caso de que el Estado decidiera articular ayudas a través de ella, le sería de aplicación el artículo 92.1, aunque, como hemos visto, la actual actividad de CBE es puramente empresarial.

Destaca las cuestiones referidas a la aplicación a CBE de la normativa comunitaria sobre competencia Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *Estudio...*, op. cit., págs. 951 y ss.

En relación con la Directiva 80/723/CEE, vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 379 y ss.

(57) En este sentido y en relación en general al uso del Derecho privado por la Administración, vid. Ignacio BORRAJO INIESTA, *El intento...*, op. cit., págs. 236 y ss. Una opinión más crítica es la de Silvia DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, págs. 172 y ss.

(58) En relación con la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las relaciones interprivadas, vid. Tomás QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Ed. Civitas, 1981; J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Ed. Civitas, 1986, y José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, enero-abril 1995, págs. 201 y ss., especialmente págs. 214 y ss.

la Administración realiza una actividad puramente económica o empresarial (59).

En España, la doctrina también ha planteado la extensión de contenidos constitucionales a las sociedades privadas en mano pública (60). En este sentido se pronunció la STC 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3, la cual afirmó la vinculación a la Constitución de la empresa mercantil TVE, S.A. Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta la *actividad de prestación de servicio público* desarrollada para establecer la vinculación a los derechos fundamentales de TVE, S.A. No es éste el caso de CBE, la cual realiza una actividad de mercado, puramente empresarial, que no persigue de forma directa e inmediata un interés general, por lo que parece difícil la extensión a esta sociedad anónima de vinculaciones constitucionales previstas para los «poderes públicos» (61).

Finalmente, respecto al control judicial de la actividad empresarial de CBE, parece clara la competencia del orden jurisdiccional civil, puesto que, como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, en relación a la actividad puramente empresarial realizada por sociedades mercantiles en mano pública, «es obvio que no hay ninguna razón para sustraer del normal sistema jurisdiccional y procesal el conocimiento de los litigios a que aquella actividad dé lugar» (62).

(59) Al respecto, vid. José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1991, págs. 297 y ss., y *La renuncia...*, op. cit., págs. 208 y ss., y Javier BARNES VÁZQUEZ, «Introducción a la doctrina alemana del "Derecho Privado Administrativo"», en Alfonso PÉREZ MORENO (Dir.), *Administración institucional...*, vol. I, op. cit., págs. 229 y ss.

(60) Vid. Ignacio BORRAJO INIESTA, *El intento...*, op. cit., pág. 240; Silvia DEL SAZ, «Desarrollo...», op. cit., pág. 175; Tomás FONT I LLOVET, «La Administración plural...», op. cit., pág. 77.

(61) Como indica expresivamente Silvia DEL SAZ, «Desarrollo...», op. cit., pág. 179, «o salir al mercado, o permanecer en la sujeción a los procedimientos y reglas del Derecho Público. No hay otra opción». En el caso de CBE se puede afirmar que se ha optado por salir al mercado.

(62) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Empresa pública...», op. cit., pág. 1187.

En relación con esta perspectiva procesal de las sociedades estatales, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1995, Ar. 38, destaca que RUMASA, S.A., aunque esté participada al cien por cien por capital público, no puede confundirse con la Administración del Estado, y el dato de su personalidad jurídica implica que procesalmente disponga de autonomía para la defensa de sus intereses, siéndole de aplicación lo preceptuado al respecto en los artículos 38 del Código Civil y 2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este ámbito de cuestiones, debe señalarse que el proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («Boletín Oficial de las Cortes Generales», Serie A, 30 de septiembre de 1995, núm. 133-1) contempla el control por la jurisdicción contenciosa de «la observancia de los principios que rigen la contratación del sector público, singularmente los de publicidad y concurrencia y demás prescripciones legales sobre adjudicación que sean aplicables, en los contratos de obras y en los de suministros *vinculados directamente a un uso o servicio público* que celebren (...) *las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de derecho público*», de conformidad con la legislación de contratos, incluyéndose también «los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los de obras», debiendo dirigirse la impugnación contra la adjudicación o celebración del contrato, sin necesidad de recurso administrativo previo, salvo disposición legal contraria —art. 2.b)—. Caso de que

En conclusión, puede apreciarse, a tenor de todo lo expuesto, cómo *Argentaria*, con CBE a la cabeza, es un ejemplo de iniciativa pública en la actividad económica, distinto y distante de la actividad de crédito oficial. Con la creación de CBE y la reestructuración del sector público crediticio se ha producido, en definitiva, una racionalización jurídica —impuesta por la Constitución y el Derecho comunitario— de la actuación administrativa en este ámbito, al desligarse la actividad de fomento de la actividad económica de mercado, instrumentándose entidades distintas para su respectivo desarrollo.

V. ADDENDA: REFERENCIA A LA TERCERA Y CUARTA PRIVATIZACIONES DEL CAPITAL PÚBLICO DE «CORPORACIÓN BANCARIA DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA».
EL FIN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN AUTORIZATORIO PREVISTO POR LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO

Finalizada la redacción del presente trabajo se han producido la tercera y cuarta privatizaciones del capital público de CBE, hecho que conlleva la modificación de la naturaleza y del régimen jurídico que le es aplicable —ya que, como veremos enseguida, CBE ha dejado de ser Sociedad Estatal e incluso de tener participación pública en su capital— y, en consecuencia, altera aspectos expuestos con anterioridad. Nos parece de interés destacar, siquiera brevemente por razones obvias, los efectos jurídicos causados por las últimas ventas de acciones llevadas a cabo. Se cierra, así, la descripción y análisis del ciclo vital de una Sociedad Estatal, desde su nacimiento en 1991, pasando por su evolución a través de diversas privatizaciones parciales y finalizando con la pérdida de su condición de Sociedad Estatal, provocada por las últimas privatizaciones, que han conducido incluso a la eliminación del capital público existente en esta sociedad.

Respecto a la tercera privatización del capital de CBE, ésta fue autorizada por acuerdos del Consejo de Ministros de 3 de noviembre de 1995 y 19 de enero de 1996 (63), y se desarrolló mediante una Oferta Pública de Venta de acciones, la cual tuvo lugar durante los meses de febrero y marzo de 1996. Al término de la misma se había vendido el 25 por 100 del capital público, que quedó reducido al 25,94 por 100 del total, quedando el resto de acciones en manos de inversores internacionales (25 por 100) y de inversores nacionales (49 por 100) (64).

cristalizara este proyecto, creemos que este precepto no sería de aplicación a los contratos celebrados por CBE, ya que, como hemos venido repitiendo, la actividad de ésta es de mercado y no propia del giro o tráfico administrativos.

(63) Cumpliéndose así lo prescrito por el artículo 6.3 LGP, el cual exige acuerdo del Consejo de Ministros para el acto de pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus organismos autónomos y entidades de Derecho público en las sociedades mercantiles.

(64) Todos los datos se toman del diario «El País» del día 27 de marzo de 1996, pág. 45.

Diversas cuestiones merecen ser subrayadas en relación a la situación jurídica de CBE tras la realización de esta tercera privatización. En primer lugar, debe constatarse que en esta ocasión no se consideró oportuno someter a CBE al régimen autorizatorio diseñado por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y por su reglamento de desarrollo, pese a que esta Sociedad podría haber tenido cabida en el ámbito de aplicación de esta regulación —art. 1.1.b) de la Ley— y a que esta tercera venta de acciones constituía uno de los presupuestos de aplicación del sistema de control (art. 2.1 de la Ley: se produjo una reducción de más del 10 por 100 del capital social y la participación estatal quedó bajo el umbral del 50 por 100) (65).

Debe señalarse, por otro lado, que esta tercera privatización supuso la pérdida de la condición de socio mayoritario por parte de la Administración del Estado, efecto que no habían causado las dos anteriores. La participación pública en CBE quedó reducida al 25 por 100, lo que comportó una serie de consecuencias jurídicas. Al no ser ya mayoritaria la participación pública en CBE, ésta dejó de ser Sociedad Estatal, al no cumplir los criterios del artículo 6.1.a) LGP. La pérdida de su condición de empresa pública conllevó la no aplicación del régimen jurídico propio de las Sociedades Estatales, recogido en diversas leyes a las que con anterioridad hicimos referencia (LGP, LPE, Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas) (66).

La pérdida de la mayoría pública en el capital social también comportó que tras esa tercera privatización ya no fuera de aplicación a CBE la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos y, en consecuencia, la sociedad no debiera ajustarse en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

Si por lo que se refiere a la aplicación del Derecho español hemos visto cómo la pérdida de la condición de socio mayoritario en CBE del Estado comportó efectos automáticos, no ocurre lo mismo en el caso del Derecho comunitario. En Derecho español, como sabemos, existe Sociedad Estatal sólo si la participación pública es mayoritaria. En cambio, en Derecho comunitario existe empresa pública si hay *influencia dominante* de los poderes públicos «en razón de la propiedad, la participación financiera o de las normas que la rigen» (art. 2 Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, modificada por Directiva 85/413/CEE) (67). En consecuencia, si tras la tercera privatización aún hubiera existido *influencia dominante*, es decir, control de CBE por el Estado a través del capital público todavía existente en la sociedad, CBE hubiera sido, a efectos de Derecho comunitario, empresa pública.

(65) Vid. lo expuesto *supra* en el apartado IV.1.

(66) Vid. el apartado IV.2 del presente trabajo.

(67) Este artículo especifica que se presume la influencia dominante cuando los poderes públicos directa o indirectamente poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa o disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas o pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Este régimen jurídico, aquí sumariamente apuntado, derivado de la tercera privatización, ha tenido, en cualquier caso, una corta vigencia. Efectivamente, por acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de enero de 1998 fue aprobada la venta de la totalidad del capital público aún existente en CBE, esperándose obtener por tal concepto en torno a los 335.000 millones de pesetas (68). Esta última privatización ha supuesto el fin de la existencia de participación pública en CBE, cuyo capital social ha pasado a estar ahora totalmente en manos privadas. En consecuencia, lógicamente, el régimen jurídico de CBE en la actualidad es idéntico al de cualquier otra sociedad anónima de capital privado. No sólo es que CBE ya no sea Sociedad Estatal, es que no existe ningún vínculo ni influencia pública sobre la sociedad (69).

Ahora bien, la ausencia de participación pública en CBE ha sido compensada con la aplicación a esta sociedad del régimen autorizador previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, posibilidad que nosotros ya habíamos anunciado a lo largo del presente estudio (70). Esta aplicación se ha producido mediante el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima» y a determinadas sociedades de su grupo.

La Exposición de Motivos del citado Real Decreto explica que CBE se encontraba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, antes de que la cuarta y última privatización se llevara a cabo, ya que la participación estatal era superior al 25 por 100 de su capi-

(68) Dato obtenido de «El País» del día 8 de enero de 1998, pág. 37.

(69) Una cuestión nos suscitan tanto la tercera, especialmente, como la cuarta de las privatizaciones referidas. La Ley 25/1991, de 21 de noviembre, por la que se dispuso la creación de CBE, establece en su artículo 1 que «el Gobierno en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la presente Ley, procederá a la constitución de una Sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria (...) con la denominación de "Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima", con capital inicial totalmente desembolsado y enteramente titularidad del Estado, y de la cuantía necesaria para el normal desarrollo de las actividades de la misma». Es decir, mediante ley se estableció la necesidad de la existencia de CBE como Sociedad Estatal. Por otro lado, la tercera privatización, que supuso que la participación estatal cayera por debajo del 50 por 100 y, en consecuencia, que CBE dejara de ser Sociedad Estatal, se produjo por Acuerdo del Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 6.3 LGP.

Dada la existencia de una ley en vigor que prevé la necesaria existencia de CBE como Sociedad Estatal, la duda que surge es la siguiente: ¿debió haberse autorizado por ley la pérdida de la posición mayoritaria del Estado? Es cierto que el artículo 6.3 LGP prevé que bastará Acuerdo del Consejo de Ministros para crear, adquirir o perder la posición mayoritaria, pero también lo es que en el caso de CBE una ley específica estableció la necesidad de su existencia como Sociedad Estatal, es decir, con más del 50 por 100 del capital en manos públicas. ¿Era necesaria una ley posterior que derogara la Ley 25/1991, de 21 de noviembre? Si la respuesta fuera positiva, los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se acordaron la tercera y cuarta privatizaciones serían contrarios a la citada Ley, al carecer de cobertura legal específica, más allá de la genérica otorgada por la LGP.

(70) Vid. *supra*, epígrafe IV.1.

tal y CBE desarrolla actividades de las previstas en el artículo 1.1.b) de la citada Ley (71). El objeto del establecimiento del régimen de autorización administrativa, explica esta Exposición de Motivos, «responde a la necesidad de asegurar que Corporación Bancaria de España contribuya a garantizar un adecuado nivel de competencia en el mercado financiero, así como a mantener una estructura de prestación de servicios bancarios especializados, cuyo origen, no muy lejano, se encuentra en las antiguas Entidades Oficiales de Crédito y en el organismo autónomo Caja Postal de Ahorros». Si bien, como reconoce la Exposición de Motivos, «estos servicios se prestan en régimen de libre competencia» —tal y como hemos puesto nosotros de relieve en este estudio—, la aplicación de forma temporal de este régimen autorizador se justifica por «la significativa ponderación de las unidades especializadas de Corporación Bancaria de España en algunas líneas de actividad crediticia, tradicionalmente consideradas de interés público».

Partiendo de estos postulados, el Real Decreto declara que CBE y otras sociedades de su grupo quedan sometidas al régimen de autorización administrativa previa (72), si bien con carácter, como ya dijimos, temporal, por cuanto el artículo 5 establece que el régimen autorizador tendrá una vigencia *máxima* de cuatro años (73).

Respecto a los acuerdos y actos sujetos al régimen autorizador, el artículo 2 se refiere a los acuerdos sociales de enajenación o gravamen de las acciones o títulos representativos del capital de que sea titular CBE en las restantes sociedades incluidas en el mencionado anexo (apartado primero) (74), así como la adquisición de acciones de esas sociedades, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital (apartado segundo) (75). Finalmente, los artículos 4 y 6 se refieren al procedimiento de autorización, estableciendo este último un

(71) Recordemos que, tal como ya se puso de relieve, este precepto señala que quedan incluidas en el ámbito de esta Ley las sociedades participadas y controladas por el Estado que desarrollen «actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen».

(72) El anexo de esta disposición hace extensivo este régimen a «Banco Exterior de España, Sociedad Anónima», «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», «Banco de Crédito Local, Sociedad Anónima» y a «Caja Postal, Sociedad Anónima».

(73) El precepto especifica que «el régimen se extinguirá a los tres años, salvo que el Consejo de Ministros acuerde, antes del vencimiento de ese plazo, la continuación de régimen por un año más. El acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decida la ampliación del inicial plazo de tres años será objeto de publicación en el "Boletín oficial del Estado"».

(74) Este caso sería el supuesto previsto en el artículo 3.1.b) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo. Sin embargo, debe notarse que este precepto se refiere a «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». El Real Decreto ahora comentado no liga la enajenación o gravamen a la necesidad de cumplimiento del objeto social de las sociedades incluidas en el anexo, pero entendemos que el texto de la Ley es claro y explícito, por lo que el artículo 2.1 del Real Decreto debe interpretarse de conformidad con el mismo.

(75) Supuesto previsto en el artículo 3.2.b) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

mecanismo de coordinación con el régimen de participaciones significativas regulado en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, según la redacción que le otorga la Ley 3/1994, de 14 de abril (76).

* * *

En definitiva, puede apreciarse cómo el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, marca el fin de una etapa iniciada con el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo. A lo largo de este ciclo, hemos podido apreciar que CBE nació como Sociedad Estatal con capital totalmente en manos públicas, que esa participación estatal fue reducida mediante paulatinas privatizaciones, las cuales determinaron en 1996 que perdiera su condición de Sociedad Estatal y que en 1998 no exista ya participación pública en su capital. Sin embargo, la privatización total de su capital social, que ha supuesto el abandono de la iniciativa económica pública en el sector financiero, ha ido acompañada de la aplicación de un régimen de control administrativo sobre la sociedad, la cual, pese a ser en la actualidad de capital totalmente privado, queda sometida al régimen autorizador previo aquí descrito. Se cierra, de esta manera, un proceso que consideramos de gran interés desde un punto de vista jurídico y que se halla conectado, evidentemente, con los avatares políticos acaecidos durante la década de los noventa y que han dado lugar a un cambio de gobierno y de políticas públicas en el ámbito financiero.

* * *

Lo aquí expuesto da pie para una reflexión final. Ha quedado de manifiesto el distinto concepto de empresa pública manejado por el Derecho español y el comunitario. Esta duplicidad conceptual puede provocar que una empresa pueda ser a la vez pública para el Derecho comunitario y, sin embargo, privada para el español. Se detecta en nuestro Derecho vigente una laguna en relación a aquellas sociedades en las que el capital público constituye menos del 50 por 100 del capital social, pero en las que el efectivo control de la gestión está en manos públicas a pesar de no ser la Administración accionista mayoritaria, debido, por ejemplo, a la dispersión del capital en manos de numerosos pequeños accionistas. Parece por ello adecuado promover una modificación de la legislación española para lograr su acercamiento al ordenamiento europeo, de tal manera que, en línea con éste, se abandonen concepciones formalistas ancladas únicamente en el dato del porcentaje de capital social en manos públicas y se evolucione ha-

(76) La fórmula prevista es un intercambio de información entre el órgano instructor del procedimiento autorizador previsto por este Real Decreto —la Dirección General de Patrimonio del Estado, art. 4.4— y el Banco de España, que deberá poner en conocimiento de ese órgano instructor las informaciones que se le comuniquen en relación con las sociedades del anexo del Real Decreto comentado cuando las mismas impliquen los acuerdos o actos ya aludidos.

cia la consideración del efectivo control público existente sobre la sociedad, al margen del elemento puramente cuantitativo referido a la participación pública en la misma, criterio éste que es, hasta el momento, el único manejado por la legislación tanto estatal (77) como autonómica (78).

(77) Como ya conocemos, la LGP —art. 6.1.a)— utiliza el parámetro del número de participaciones públicas para fijar la existencia de Sociedad Estatal. En la misma línea, la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos también tiene sólo en cuenta el dato de la mayoría de capital público para la aplicación de los principios contractuales de publicidad y concurrencia. A su vez, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a efectos fiscalizadores, maneja únicamente el elemento de la participación pública mayoritaria (Disposición Transitoria Segunda, en conexión con el art. 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas).

(78) La legislación autonómica no se aparta en este punto del esquema estatal. Un estudio de las distintas regulaciones autonómicas puede encontrarse en V. AGUADO y T. VADRÍ, *La normativa de l'empresa pública de les comunitats autònomes: tendències actuals*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991, págs. 42 y ss., y «La normativa de la empresa pública de las Comunidades Autónomas: tendencias actuales», en AA.VV., *Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, vol. II, Madrid, Civitas-Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1994, págs. 1707 y ss.

Presenta una cierta originalidad la fórmula catalana de las sociedades civiles o mercantiles vinculadas a la Generalitat, las cuales son aquellas que gestionan servicios públicos de titularidad de la misma o que han suscrito con ella convenios, y en las cuales la Comunidad Autónoma puede nombrar todos o una parte de los órganos de dirección o participa directa o indirectamente al menos en un 5 por 100 —art. 1.c) de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana, en la redacción dada por la Ley 9/1997, de 23 de junio, sobre la participación de la Generalitat en sociedades mercantiles y civiles—. Como puede apreciarse, se abandona el criterio formal de la mayoría del capital, pero no se llega a afirmar la idea de control público de la sociedad.