

**Sesión IV.**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES  
PÚBLICAS AUTONÓMICAS**

**PONENTE:**

*D.<sup>a</sup> Reyes Palá Laguna*  
PÁG. 247

**COPONENTES:**

*Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Elena Marcén Maza*  
PÁG. 283

*Excmo. Sr. D. Alfonso Peña Ochoa*  
PÁG. 297

## **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS AUTONÓMICAS**

REYES PALÁ LAGUNA

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL AUTONÓMICA. 1. La influencia dominante como criterio de imputación de la condición de sociedad mercantil autonómica. 1.1. El criterio de la propiedad del capital social. 1.2. La participación financiera de la Administración autonómica en la sociedad como vía para el ejercicio de una influencia dominante. 1.3. El criterio normativo: existencia de legislación especial sobre determinadas empresas que califica como autonómicas. 1.4. Conclusión. 2 La tipología de las sociedades mercantiles autonómicas. III. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS SOCIETARIOS AUTONÓMICOS. IV. RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS. 1. Cuestiones generales. 2. El control sobre el órgano de administración. 3. Especialidades en el régimen de las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades mercantiles autonómicas. 4. Las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público. V. LA CORPORACIÓN EMPRESARIAL PÚBLICA DE ARAGÓN S.L.U

### **I.- INTRODUCCIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS**

Desde un planteamiento general, como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón (LPtAr), en los últimos diez años se ha producido un notable incremento en la actividad empresarial de la Administración de la Comunidad Autónoma, que tiene una intervención creciente en sectores estratégicos de la economía aragonesa, mediante la creación de empresas propias de la Comunidad Autónoma y también con la participación

en el capital de determinadas sociedades mercantiles<sup>1</sup>. La CA de Aragón dispone de competencias exclusivas para la creación y gestión de un sector público propio (art. 71.32 EEA<sup>2</sup>). Es necesario dotar de un marco jurídico actualizado al sector empresarial de Aragón que permita su “exacto control público”. Al servicio de este fin, se introduce una nueva figura cual es la de la sociedad mercantil autonómica, lo que se califica por nuestro legislador como una de las principales novedades de la Ley<sup>3</sup>.

El título que acoge las tres ponencias de hoy es el de “sociedades públicas autonómicas”, parece que en el intento de aunar la referencia a la empresa pública autonómica –terminología tradicional en los tratadistas de Derecho administrativo<sup>4</sup>– empresa que puede adoptar variadas formas, no solo las de las sociedades mercantiles, y a la sociedad como persona jurídica en la que la Administración ejerce el control efectivo. Pero si se usa con propiedad el término “sociedad”, ésta sólo puede adoptar, como persona jurídica, la forma de sociedad civil (ya veremos que le está vedada a la Administración) o de sociedad mercantil.

El adjetivo “público” hace referencia al criterio subjetivo, esto es, aquellas sociedades cuya titularidad pertenece en mayor o menor medida a la Administración y que, por el porcentaje de capital que tiene en la sociedad, por poder ejercer de forma efectiva el control sobre la misma, o por las normas administrativas que rigen el funcionamiento de dicha sociedad, adquieren la condición de pública al ejercer la Administración una influencia dominante sobre ella.

Por ello, consideramos más correcto –como hace la nueva Ley del Patrimonio de Aragón– referirnos en nuestra intervención a las sociedades mercantiles autonómicas y no a las “sociedades públicas autonómicas” ya que, si hablamos de sociedades que actúan en el tráfico económico, éstas habrán de adoptar la forma de sociedad mercantil. Dicho de otro modo: toda sociedad pública autonómica habrá de ser sociedad mercantil autonómica, sociedad mercantil que junto con organismos autónomos y entidades de Derecho público integran el sector público empresarial de Aragón al que se somete a un régimen administrativo especial en aras del efectivo control de estas sociedades, régimen administrativo que convive con las normas mercantiles aplicables a estas sociedades.

Cosa distinta es que se utilice el concepto de “empresa pública autonómica”, porque entonces estamos ante un concepto más amplio procedente de la ciencia económica que engloba, no sólo a las sociedades mercantiles sino también a cualesquiera otras figuras (organismos autónomos, entidades de Derecho público) que puedan crearse por la Administración para la actuación en el tráfico empre-

1. No es un fenómeno aislado en Aragón. En toda España, de 588 empresas públicas autonómicas contabilizadas en 2003, han pasado a 962 en 2009. En las corporaciones locales, en las mismas fechas aumentan de 913 a 1.573 (VELARDE FUERTES, J., “Diez proyectiles para cinco rampas de lanzamiento”, *ABC*, 12 de noviembre de 2011, pág. 3..

2. El art. 100.2 del EA atribuye al Gobierno de Aragón la competencia para la creación de empresas públicas “para la ejecución de las funciones reconocidas en el presente Estatuto”.

3. Exposición de Motivos de la L.Pt.Ar., apdo. 2.

4. V. ad. ex. LAGUNA DE PAZ, J.C. “La empresa pública autonómica”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, 4, 1989, págs. 247-268.

sarial. La Administración pueda actuar en el tráfico económico mediante otros entes que no adoptan la forma de sociedad mercantil, como es en nuestro caso, la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión<sup>5</sup>, o el Instituto Aragonés de Fomento<sup>6</sup>, o incluso a través de fundaciones<sup>7</sup>.

Y es que ha dejado de haber identidad entre organización administrativa y Derecho administrativo desde el momento en el que la Administración actúa en el tráfico mediante figuras típicas del Derecho mercantil. La personalidad jurídica tiene un carácter técnico o instrumental que permite a la Administración establecer diversos centros de imputación jurídica dentro de la organización administrativa para de este modo actuar en el tráfico mediante fórmulas jurídico-privadas de empresa pública<sup>8</sup>.

En nuestra intervención nos centraremos, pues, en las sociedades mercantiles autonómicas. Al respecto, queremos recordar con carácter general el contenido –creemos que no siempre tenido en cuenta por el gobierno autonómico– del art. 13.2 TRLACA, que de acuerdo con el art. 71.32<sup>a</sup> de nuestro EA, ampara la creación de empresas de la CA dependientes de la Administración o de sus organismos públicos, creación que habrá de estar justificada “por la necesidad de cumplir de manera más eficaz y eficiente, a través de las mismas, los objetivos que el ordenamiento jurídico atribuya a la Administración aragonesa”.

## II.- EL CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL AUTONÓMICA

Las sociedades mercantiles autonómicas forman parte del sector empresarial de Aragón que, como hemos visto, integra a otras entidades. Alfonso Peña Ochoa ha publicado en el *Tratado de Derecho Aragonés* un excelente trabajo sobre el sector empresarial público de la Comunidad Autónoma, en concreto, el capítulo 44 y a él me remito para quienes quieran tener una panorámica de la cuestión<sup>9</sup>.

La sociedades mercantiles autonómicas se definen en el art. 133.1 L.Pt.Ar. como aquellas “en las que la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominan-

5. Calificada como entidad de Derecho público por el art. 3 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión.

6. V. arts. 2 y 4 del Decreto Legislativo 4/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento.

7. Ad. ex. la Fundación Aragonesa para el Desarrollo de la Observación de la Tierra (FADOT), autorizada por Decreto 194/2009, de 17 de noviembre, con una aportación inicial del Gobierno de Aragón de 300.000 euros, o la “Fundación Emprender en Aragón” reconocida mediante Orden de 13 de noviembre de 1996, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y de la que es patrono el IAF junto con las entonces CAI e IberCaja, que nació con una dotación de 100 millones de pesetas. Sobre el régimen jurídico de estas fundaciones privadas de iniciativa pública, v. la disp. ad. octava del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (TRLACA).

8. Sobre estas cuestiones, por todos, ALONSO UREBA, A. *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, esp. págs. 297 y ss.

9. PEÑA OCHOA, A. “El sector empresarial público de la Comunidad Autónoma”, en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (dir. Bermejo Vera/López Ramón). Thomson Civitas, Madrid, 2010, págs 1213-1242.

te en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.

Con acierto, no hay opción legislativa en favor de la sociedad anónima (SA) o de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL), pero sí en favor de que las sociedades mercantiles autonómicas adopten uno de los tipos de las sociedades de capital, como veremos más adelante. El que no haya opción legislativa a favor de la SA distancia este régimen del previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAAPP)<sup>10</sup>, lo que en mi opinión es un acierto. En la ley estatal, no se establece la obligatoriedad de adoptar el tipo de las sociedades de capital, lo que puede plantear problemas si la Administración central se convirtiera en socio de sociedades mercantiles personalistas como la sociedad colectiva; si bien es una hipótesis de difícil realización, de ser así, su responsabilidad como socio se caracteriza por ser solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales (arts. 127 y 237 C.com). Además, y siguiendo con el Derecho estatal, sólo si se opta por el tipo de la anónima y se trata de una sociedad íntegramente de capital público les será de aplicación el régimen del título VII de la LPAAPP ex disp. ad. 12.2 de la LOFAGE, régimen que se ocupa de patrimonio empresarial de la Administración General del Estado<sup>11</sup>.

El texto de esta disposición ad. LOFAGE es oscuro y cuando menos poco afortunado, ya que su apartado primero remite al ordenamiento jurídico privado el régimen de las sociedades mercantiles estatales “salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación”.

La doctrina entiende que la LPAAPP permite la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por las Administraciones públicas, puesto que la propia LPAAPP considera a las participaciones de SL como integrantes su patrimonio como bienes patrimoniales o de dominio privado (art. 7.2). Por ello, si algunas de las sociedades integrantes del sector público estatal adoptaran la forma de sociedad de responsabilidad limitada, a la vista fundamentalmente de su régimen más simplificado frente al de la anónima, habremos de acudir entonces de igual manera a los arts. 171 y ss. LPAAPP, lo que, como indica la doctrina, plantea algunas disfunciones en el régimen estatal de las SL públicas al estar las normas previstas para la SA y no la SL; ello es así en la legislación estatal probablemente por razones de carácter histórico, ya que la primera vez que se contempla a la sociedad unipersonal de capital público es en la LSA de 1951, posibilidad que no se reconoce legislativamente en el ámbito mercantil para las SL hasta la promul-

10. Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

11. Disp. ad. 12. Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. 1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. 2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contrataciónX.

gación de la Ley de 2/1995, de 23 de marzo, de SRL<sup>12</sup>. Recordemos que ya el art. 10 de la LSA de 17 de julio de 1951 aludía a las “sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de las disposiciones vigentes” para excluirlas de la obligatoriedad de contar con un mínimo de tres socios otorgantes de la escritura de constitución de la sociedad<sup>13</sup>.

El legislador autonómico ha sido más claro que el estatal; primero por limitar los tipos sociales mercantiles autonómicos a aquellos de responsabilidad limitada de los socios y segundo por establecer un régimen aplicable tanto a la SA como a la SL con las lógicas matizaciones en función del tipo social. Respecto a la sociedad comanditaria por acciones, si bien participa de la naturaleza de las sociedades de capital (art. 1 de la Ley de sociedades de capital, LSC<sup>14</sup>) y por tanto los socios no responden personalmente de las deudas sociales con la excepción del socio administrador, la escasa aceptación en la práctica de este tipo social hace que su importancia sea mínima a los efectos de este trabajo. No nos consta que forme parte del sector público empresarial aragonés ninguna sociedad comanditaria por acciones.

### 1. La influencia dominante como criterio de imputación de la condición de sociedad mercantil autonómica.

La condición de pública, esto es, de sociedad mercantil autonómica, queda delimitada por nuestro legislador por ejercer directa o indirectamente la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, una *influencia dominante* (art. 133.1 LPt.Ar). Y esta influencia dominante puede traer causa de tres circunstancias. a) la propiedad de la sociedad, b) la participación financiera y c) las normas que rigen su funcionamiento (art. 133.1 *in fine*)<sup>15</sup>.

12. Sobre estos temas, HIERRO ANÍBARRO, S., “El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado: los títulos representativos del capital de las sociedades mercantiles estatales (arts. 171 a 175)”, en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (dir. Mestre Delgado). La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, págs. 1293 y ss., AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., “La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal pública”, en AA.VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 3753 y ss. En la legislación administrativa y en el ámbito municipal, el art. 103 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), contempla la posibilidad de constituir sociedades de responsabilidad limitada unipersonales “en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada”. V. asimismo los arts. 89 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 1419-1442.

13. Como indicara GARRIGUES, la LSA de 1951 se refería en este punto a las sociedades anónimas constituidas por el Instituto Nacional de Industria, creado por Ley de 25 de septiembre de 1941. (GARRIGUES, J. en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 213-214.

14. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

15. El art. 2 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, también se refiere a este criterio en la definición de empresa pública, junto al de la propiedad mayoritaria del capital y el de la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración. (Art. 2.1: “1. Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”).

### 1.1. El criterio de la propiedad del capital social.

La LPAAPP también acude a este criterio y define a las sociedades mercantiles estatales [art. 166.1.c)] como “aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria<sup>16</sup>, integran el sector público estatal, sea superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas”. Es el criterio tradicional de atribución del carácter público de una sociedad mercantil y que aparecía también para la administración autonómica en el art. 83 del TRLACA<sup>17</sup>.

La práctica demostró que este criterio cuantitativo referido al porcentaje mayoritario de la Administración en el capital de la sociedad es claramente insuficiente, desde el momento en el que se puede ejercer el control sobre una sociedad mercantil con la tenencia de un porcentaje menor de su capital social.

El Derecho comunitario fue pionero en la materia al introducir nuevos criterios de atribución del carácter público de una empresa, que traen causa del Derecho privado de sociedades, en el quedaba demostrado que el ejercicio del control se producía con la tenencia de umbrales inferiores al 50% del capital social con derecho a voto, especialmente en el ámbito de las sociedades cotizadas. En la legislación mercantil de los países entonces miembros de la UE, cuando a partir de los años 80 se legisla en materia de ofertas públicas de adquisición, fijándose unos umbrales inferiores al 50% como determinantes de la obligación de formular una OPA por entender que la superación de dichos umbrales otorgaban el control sobre la sociedad cotizada en cuestión, sin necesidad de alcanzar el 50% del capital social con derecho a voto<sup>18</sup>. En España, el porcentaje que obligaba a formular una OPA en un primer momento se estableció en el 25%<sup>19</sup> y ha sido la Directiva sobre OPAS la que ha obligado a elevarlo al 30% del capital social con derecho a voto<sup>20</sup>.

### 1.2. La participación financiera de la Administración autonómica en la sociedad como vía para el ejercicio de una influencia dominante.

Como hemos indicado, la titularidad de menos del 50% del capital social en una sociedad mercantil es suficiente para el ejercicio de una influencia dominante. Aunque el legislador autonómico no establece umbrales a partir de los cuales dicha participación financiera otorga el control en una sociedad de capitales, en

16. Actual art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

17. Art. 83 TRLACA: “Definición. Exclusivamente, son empresas de la Comunidad Autónoma las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos”.

18. V. García de Enterría, J., *La OPA obligatoria*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*.

19. Art. 2 del Real Decreto 1848/1980, de 5 de septiembre, sobre ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.

20. V. la Directiva 2004/25/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición y el art. 60 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

la normativa comunitaria se recogen dos criterios asumidos por el legislador estatal que permiten colegir la condición de sociedad pública: disponer de la mayoría de los derechos de voto inherentes a las participaciones emitidas y poder designar a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad en cuestión<sup>21</sup>. Es sabido que la tenencia de la mayoría de los derechos de voto puede conseguirse mediante pactos de sindicación de acciones u operaciones de préstamo de valores, sin necesidad de ser propietario de las acciones en cuestión.

Se sigue, pues, el criterio del legislador comunitario, tanto a nivel nacional como autonómico. Pero no se incluye en la ley aragonesa la casuística recogida en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, que es la Directiva que trae causa de la modernización y adaptación del régimen de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas y que deroga la Directiva de 25 de junio de 1980<sup>22</sup>. Esta casuística no exhaustiva presume que hay una influencia dominante cuando la Administración disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa, además, claro es, del supuesto en el que posea la mayoría del capital suscrito de la empresa [art. 2. b) Directiva 2006/111/CE]. Sin embargo, en la legislación aragonesa de la Cámara de Cuentas sí que aparece el criterio de la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad a efectos de la delimitación del ámbito de actuación de la referida Cámara, como órgano al que corresponde la fiscalización externa de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de Aragón [arts. 1.1 y 2.1. c) de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón]. También lo encontramos en materia de administración y contabilidad de la Hacienda de la CA a efectos de su control financiero en el art. 8 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>23</sup>.

Ha de ser por vía interpretativa, acudiendo a la Directiva comunitaria y a la legislación estatal por donde puede delimitarse este concepto jurídico de “participación financiera” en relación con la influencia dominante.

La norma aplicable al respecto, como legislación mercantil básica, es el art. 42 C.com, que distingue entre la tenencia de la mayoría de los derechos de voto

---

21. La estructura bimembre del órgano de administración ha sido recogida en el derecho societario español respecto a la Societas Europaea que permite que el sistema de administración sea dual y se integre por el Consejo de dirección y el Consejo de control (arts. 476 y ss. TRLSC). Sin perjuicio de que nada impida que formen parte del holding empresarial aragonés sociedades anónimas europeas, no parece muy probable que nuestra CA participe en ellas, en la medida en la que es un tipo societario que pretende satisfacer necesidades que no sean puramente locales.

22. Como ya se indicaba en los considerandos de la Directiva de 1980, los poderes públicos pueden ejercer una influencia dominante sobre la actuación de las empresas no sólo en el caso en el que sean propietarios o detenten una participación mayoritaria, sino también debido a los poderes que posean en sus órganos de gestión o de vigilancia, bien por sus estatutos, bien por el reparto de las acciones.

23. Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón.

y la posibilidad de disponer de ellos mediante acuerdos celebrados con terceros (pactos de sindicación)<sup>24</sup>.

Son, pues, dos vías para el ejercicio de una influencia dominante a través de la tenencia de una participación financiera en la sociedad, concepto que no es necesariamente indeterminado al referir la legislación mercantil y la Directiva comunitaria esa influencia dominante a la tenencia o disposición de la mayoría de los derechos de voto. El problema se plantea cuando esa mayoría de derechos de voto es inferior al 50.01 % de los mismos. Esto es, cuando, como sucede con las OPAS, con porcentajes inferiores de voto puede tenerse la mayoría de los mismos y por tanto se está en disposición de ejercer una influencia dominante. Habrá que estar al caso concreto, lo que plantea problemas en la práctica desde el momento en el que la condición de sociedad mercantil autonómica conlleva una serie de controles por parte de la administración (sometimiento a la Cámara de Cuentas, procedimientos de contratación, etc.) que precisan de criterios claros para que sean desempeñados con eficacia. De esta forma podría escaparse una sociedad autonómica al control de la Administración en la medida en que los pactos de sindicación de voto pueden tener una duración inferior al ejercicio contable, aunque si la Administración quiere ejercer una influencia dominante o el control en esa sociedad, lo lógico es que perdure en el tiempo esa tenencia mayoritaria de los derechos de voto.

Tanto el legislador comunitario como el nacional como el autonómico (a efectos de fiscalización contable), ejemplifican el tercer supuesto de ejercicio de influencia dominante: es el caso de que la Administración pueda designar a más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración [art. 2.b) 2. Directiva 2006/111/CE, art. 42.1.d) C.com para los grupos de sociedades]. Entiendo que este criterio también es aplicable para la determinación de "autonómica" de una sociedad mercantil, aunque no se recoja expresamente en la LPtAr. pero sí, como hemos visto, en la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón (art. art. 2.1.c)] y en la Ley de Hacienda de la CA (art. 8), con lo que en una interpretación armonizada habremos de llegar a esta misma conclusión.

Se aprecia la gran complejidad de esta materia en lo que podríamos calificar de casos límite: sociedades mercantiles participadas al 50% por la Administración y por una entidad privada. Si bien desde una estricta interpretación jurídica, al no tener la Administración la mayoría del capital, la mayoría de los derechos de voto, o la posibilidad de designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, esta sociedad no tendría la consideración de sociedad mercantil autonómica, la tenencia de un porcentaje tan elevado del capital social podría plantear el ejercicio *de facto* por la Administración del control sobre esa sociedad, o la influencia dominante, por utilizar la expresión del art. 133 de la LPtAr. Cuesta bastante entender que contra la voluntad de la Administración pueda llevarse a cabo la gestión de esa sociedad a pesar de que ésta no tenga una

---

24. Recordemos que en las sociedades de capital pueden existir acciones y participaciones sin voto (arts. 98 a 103 TRLSC) siempre que no superen en su importe nominal la mitad del capital social en la SRL y la mitad del capital social desembolsado en la SA (art. 98 TRLSC).

representación en el Consejo de Administración superior a la mitad del número total de consejeros, sino sólo paritaria respecto del otro socio. La inclusión en los estatutos de la sociedad del voto dirimente del Presidente del Consejo, si éste ha sido designado a iniciativa de la Administración, inclinaría la balanza a favor de la consideración de esa sociedad como sociedad pública autonómica, y por tanto sometida, entre otras normas de control públicas, al título VI de la LPtAr.

### **1.3. El criterio normativo: existencia de legislación especial sobre determinadas empresas que califica como autonómicas.**

En este supuesto se comprenderían los casos en los que el legislador autonómico establece que determinadas sociedades mercantiles tienen *per se* la condición de autonómicas con independencia de que la Administración detente la mayoría del capital social o de los derechos de voto.

No nos consta que en la CA de Aragón se hayan promulgado disposiciones en esta materia, al margen, claro es, de las sociedades participadas al cien por cien por la Administración autonómica. Pero entonces su carácter público deriva de la tenencia de la totalidad del capital social más que de la afirmación del legislador autonómico de su condición de empresa pública<sup>25</sup>.

En la legislación estatal ha de hacerse referencia a las consecuencias de la política privatizadora de empresas públicas que tuvo especial incidencia en España en la segunda mitad de los años 90 del siglo pasado. El Estado se reservaba lo que comúnmente se conoce como "acción de oro" (*golden share*) que permitía que las decisiones estratégicas de singular importancia quedaran condicionadas a la autorización de la Administración (fusiones, escisiones, venta de activos de especial relevancia para la sociedad, etc.). Sin perjuicio de que no sea éste el momento de referirnos a esta materia, queremos reseñar al respecto que el TJCE se pronunció sobre la ya derogada Ley de 5/1995, de 23 de marzo de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, en su sentencia de 13 de mayo de 2003. El TJCE consideró que el contenido de esta Ley era contrario a la libre circulación de capitales en la Unión Europea. Consecuencia de dicha sentencia fue la modificación de la Ley de 1995 por la disp. ad. vigésimo quinta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Pero la Comisión Europea, mediante Dictamen motivado de 5 de julio de 2005, afirmó que dicha sentencia no había sido ejecutada satisfactoriamente por España (a pesar de que se había sustituido el sistema de autorización administrativa previa de 1995 por el de notificación en la reforma de 2003, señaladamente en el caso de enajenación de participaciones significativas en el capital social de estas sociedades privatizadas). En dicho Dictamen, se reitera la obligación del Reino de España de ejecutar la Sentencia del Tribunal de Justicia. A la vista de lo cual, la Ley 13/2006, de 26 de mayo, deroga el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo y ejecución.

---

25. V. art. 1 del Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la empresa pública «Corporación Empresarial Pública de Aragón, Sociedad Limitada Unipersonal».

Teniendo en cuenta lo expuesto, será excepcional el caso de sociedades mercantiles autonómicas consideradas tales sin que en ellas la Administración tenga la mayoría del capital social o de los derechos de voto, a la vista de la jurisprudencia del TJCE en materia de *golden shares*, ya que a pesar de que estas sociedades puedan atender al mantenimiento y abastecimiento de servicios públicos (como por ejemplo, energía o telecomunicaciones), no parece que proceda la alegación de razones de seguridad pública que justifiquen la existencia de estas sociedades mercantiles autonómicas de manera que este régimen no pueda conseguirse mediante un sistema de comunicaciones posteriores a la enajenación de participaciones significativas en dichas empresas.

Otro supuesto en el ámbito estatal en el que la Administración puede ejercer una influencia dominante en una sociedad mercantil sin tener la mayoría del capital social o los derechos de voto es el caso de las entidades financieras que han sido objeto de un procedimiento de intervención o sustitución de los regulados en la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, en la Ley del mercado de valores, en la de Instituciones de Inversión Colectiva, en la de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y más recientemente en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Al estar el órgano de administración intervenido o incluso al haber sustituido el supervisor financiero a los administradores de esa empresa de servicios de inversión, entidad de crédito o sociedad aseguradora, es la Administración estatal través de los organismos supervisores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros), quien está ejerciendo el control sobre esa entidad financiera, bien al haber designado a los miembros del órgano de administración que sustituyen a los administradores, como mínimo negligentes, o bien mediante el nombramiento de interventores que van a fiscalizar la actuación de esa entidad en el tráfico económico. Pero en estos supuestos, a pesar del control indirecto que ejerce el Estado sobre el órgano de administración, no estamos ante empresas públicas a efectos de la LPAAP, desde el momento en el que no parece que la finalidad de estos procedimientos paraconcursoales sea el que estas entidades pasen a integrar el patrimonio público empresarial, sino más bien establecer su ordenada liquidación o, de ser posible, el salvamento de la entidad financiera mediante su venta total o parcial a un tercero. Se trata de una legislación especial y excepcional que pretende evitar las situaciones de concurso de estas entidades, siendo la presencia de la administración pública en su órgano de administración eminentemente temporal y vocada a ser sustituida por gestores privados en el momento en el que la entidad pueda volver a una situación financiera normal. Y de no ser éste el caso, esto es, si finalmente se acuerda acudir al procedimiento concursal, es la propia sociedad la que solicita al Banco de España, a la CNMV o a la DG Seguros la revocación de la autorización administrativa para actuar en el tráfico financiero e iniciar el procedimiento concursal como una sociedad mercantil no sometida a supervisión administrativa. Las medidas de intervención y sustitución del órgano de administración de entidades

financieras no convierten a estas sociedades mercantiles en entes instrumentales al servicio de políticas públicas y por tanto susceptibles de integrar el patrimonio de la Administración.

#### 1.4. Conclusión

La nueva LPtr.Ar. supera de este modo, la visión reduccionista de la legislación anterior sobre el concepto de empresa pública, concepto contenido en el art. 83 TRLACA, que refería únicamente la condición de empresa de la Comunidad Autónoma a aquella en la que la Administración de la CA detentara, directa o indirectamente, la participación mayoritaria en su capital social<sup>26</sup>. Como hemos indicado, el moderno derecho de sociedades traslada el concepto a la noción de influencia dominante, idea que rige en el Derecho de sociedades español y que tiene su concreción legal en el art. 42 C.com<sup>27</sup> en materia de grupos de sociedades, siguiendo la pauta del Derecho comunitario en el que el concepto de sociedad dominante ya no está referido a la tenencia de un determinado porcentaje del capital social, sino a la posibilidad de ejercer efectivamente el control de esa sociedad mediante su influencia en los órganos de administración. Y de hecho la LPAAPP, aunque no considera a estas entidades sociedades mercantiles estatales, sino que incluye a estas entidades en las que la Administración no tiene una participación superior al 50% en su ámbito de aplicación, se remite en este punto finalmente al citado art. 42 del C.com<sup>28</sup>, norma mercantil que va más allá

26. PEÑA OCHOA, A., en *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Thomson Civitas, 2009, cit. pág. 1220. Aunque bien es cierto que, como apunta este autor (ibid. pág 1221) y recogemos en texto, el criterio de la influencia dominante se incorporó en la legislación aragonesa en un ámbito de la actividad administrativa muy concreto, al regular la obligación de someterse a las actuaciones de control financiero de la Intervención General, que el artículo 8 TRLHCAA extiende no sólo a las empresas de la Comunidad Autónoma, que ya están sujetas a esa obligación como sujetos que son integrantes de su sector público por definición, sino también a cualquier tipo de entidad (consorcios, asociaciones, fundaciones privadas de iniciativa pública y demás entidades con personalidad jurídica propia) que actúe bajo la influencia dominante de la CA, que el artículo presume se produce cuando la Administración de la Comunidad tenga capacidad de nombramiento, directamente o a través de sus organismos públicos y empresas, de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o vigilancia, o su aportación al capital fundacional o a la constitución de sus recursos propios sea también mayoritaria.

27. Artículo 42. C.com: 1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona (...). 3. La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.

28. En realidad la remisión del art. 166 1. d) LPAAPP (ámbito de aplicación del título VII de la LPAAP, dedicado al patrimonio empresarial de la Administración General del Estado) lo es al art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, que a su vez se remite al art. 42 C.com.

de la Ley aragonesa al incluir expresamente la referencia a los pactos de sindicación de voto, aunque por vía interpretativa llegaremos a la misma conclusión. De esta forma, se adecua el concepto tradicional de sociedad pública a las modernas corrientes del Derecho mercantil, que superan el criterio puramente formal de tenencia de la mayoría del capital social.

## 2. La tipología de las sociedades mercantiles autonómicas

El art. 84 TRLACA establece con carácter general que las empresas de la Comunidad Autónoma deberán adoptar, necesariamente, cualquiera de las formas sociales que limiten la responsabilidad de los socios o partícipes. En la legislación estatal no se hace expresa referencia a la limitación de responsabilidad como condición necesaria para que estas sociedades sean titularidad de la Administración General del Estado, aunque tanto la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria, como la LPAAP de 2003<sup>29</sup> pese a referirse con carácter general a las sociedades mercantiles, parece que dan por supuesto el que las sociedades mercantiles estatales adoptan alguno de los tipos sociales que limiten la responsabilidad de los socios. Para las sociedades públicas de ámbito municipal, ya hemos indicado que el art. 103 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, exige que éstas adopten “una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada”.

*Ex* art. 84 TRLACA, los tipos que pueden adoptar las sociedades mercantiles autonómicas serán, pues, los que permite nuestra LSC para las sociedades de capital, esto es, la anónima y la de responsabilidad limitada. En cuanto a la sociedad comanditaria por acciones, si bien es un tipo social propio de las sociedades de capital y por tanto en ella los socios no responden personalmente de las deudas sociales, la condición de administrador de esta sociedad implica su responsabilidad personal por las deudas sociales como socio colectivo (arts. 1.3 y 252 LSC). Por ello, la Administración autonómica no podrá tener la condición de administrador en la sociedad comanditaria por acciones, ya que la finalidad del art. 84 TRLCA es la de excluir la responsabilidad personal, solidaria y subsidiaria de la Administración por su condición de accionista o partícipe, régimen de responsabilidad previsto para las sociedades personalistas en los arts. 127 y 237 C.com. Podrá entonces únicamente, tener la condición de socio comanditario de la S. Com. p. A., lo que dificulta, pero no imposibilita, su participación en este tipo social como socio que ejerce un control efectivo sobre la sociedad.

Al no poder adoptar las sociedades mercantiles autonómicas los tipos sociales personalistas, no podrán ser constituidas por la Administración ni sociedades colectivas ni sociedades comanditarias simples. Ni tampoco, claro es, acudir a la forma de sociedad civil. En todos estos casos, la responsabilidad por deudas sociales trasciende de la sociedad a los socios, quienes responden personalmente de las mismas.

---

29. Art. 2 LGP y arts. 166 y ss. LPAAP. El art. 166 LPAAP menciona expresamente a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima anónima.

Cosa distinta es la posibilidad de que la Administración autonómica, bien directamente, bien indirectamente a través de sociedades mercantiles autonómicas, sea socio de sociedades en las que la responsabilidad trasciende a los socios quienes responden personalmente de las deudas sociales, esto es, la sociedad colectiva, y pueda tener la condición de socio colectivo en las sociedades comanditarias simples. Aquí ya no estamos ante una sociedad mercantil autonómica sino ante la participación de la Administración en el capital de otras sociedades. El legislador autonómico no prohíbe expresamente esta posibilidad, pero se compadece mal con el funcionamiento del sector empresarial autonómico y con el deber de transparencia en la gestión pública la posibilidad de que la Administración sea socio de sociedades civiles (por citar las más frecuentes en la práctica) que realizan actividades mercantiles. Piénsese, por otra parte, en el Derecho de grupos, en el que en ocasiones la sociedad matriz adopta la forma de sociedad colectiva, y que obligó a modificar el art. 42 del Código de Comercio para someterlas al deber de consolidación contable.

De hecho, Aragón es socio de una agrupación de interés económico (Parque Eólico de Aragón AIE, con un capital social de 610.000 euros del que la Administración detenta el 20%). Y aquí sí hay responsabilidad personal y solidaria de los socios por las deudas de la agrupación, si bien de forma subsidiaria (art. 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico).

Aunque no se encuentre esta previsión en la legislación autonómica –prohibición de ser socio de sociedades en las que se responda personalmente de las deudas sociales– parece de buen sentido entender que a la Administración, salvo casos sobrevenidos (por ejemplo, una sucesión hereditaria en favor de la Administración que le convierte en socio de una sociedad colectiva por haberse establecido el pacto de continuar la sociedad con los herederos del causante<sup>30</sup>), le está vedada la posibilidad de ser socio de sociedades personalistas. Por otra parte, el concepto de título societario autonómico (del que nos ocupamos en el epígrafe siguiente), no incluye las cuotas de sociedades personalistas como integrantes de patrimonio público empresarial de la Comunidad Autónoma. Ciertamente es que la CA tiene participación en el capital social de una A.I.E. a la que se le aplican supletoriamente las normas de la sociedad colectiva “que resulten compatibles con su específica naturaleza” (art. 1 LAIE) y que por esta vía se introduce la posible responsabilidad personal y solidaria de la Administración por las deudas de la Agrupación, pero estamos, en nuestra opinión, ante una desviación en la actuación administrativa, que contradice el espíritu de la LPtAr o al menos que elude su régimen; los artículos 131 y ss., dedicados al sector empresarial de Aragón, rigen el patrimonio empresarial de la CA y no contemplan esta posibilidad. Se mencionan expresamente dentro del concepto de títulos societarios autonómicos a las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, sociedades mercantiles especiales en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales<sup>31</sup>. Pero se guarda silencio respecto a las cuotas de las so-

30. Art. 222. 1 C.com.

31. La posibilidad de que la Administración ostente la condición de socio protector en las S.G.R está expresamente

ciudades personalistas, silencio legal que creemos acertado y que nos permite concluir que a la Administración autonómica le está vedada la participación en sociedades colectivas.

Para las fundaciones, recordemos que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Permite que las fundaciones sean socios de sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales<sup>32</sup>; la Administración, pues, no podrá utilizar esta vía para ser socio de sociedades mercantiles personalistas.

### III.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS SOCIETARIOS AUTONÓMICOS

Si bien en la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón se recoge una definición de los títulos societarios autonómicos<sup>33</sup>, es la LPtAr la que con vocación de generalidad, acoge este concepto en su artículo 132<sup>34</sup>. Se trata de una noción que pretende recoger la amplia tipología de bienes, contratos y derechos que integran el patrimonio empresarial de la comunidad autónoma, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación del régimen de la LPtAr para de esta forma someter a una normativa específica de control público a estos bienes, contratos y derechos de titularidad autonómica que representan, directa o indirectamente, la participación de la CA de Aragón en sociedades mercantiles. Son los nuevos hechos, señaladamente la creciente complejidad de los productos financieros que van surgiendo en el mercado y que pueden llegar a instrumentar la condición de socio en sociedades mercantiles, lo que provoca la extensión del concepto de título societario autonómico más allá de las acciones y las participaciones sociales para abarcar, por ejemplo, a las opciones financieras sobre acciones o a los contratos de permuta financiera.

Dos son los criterios establecidos por el legislador con carácter concurrente para determinar el concepto de título societario autonómico.

---

prevista en el art. 6 Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca. De hecho nuestra Comunidad participa en AVALIA con el 74,36% del capital social, que asciende a 8.280.000 euros.

32. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación (art. 24.3 de la Ley de Fundaciones).

33. Ley 2/2008, de 14 de mayo: "artículo 2. Títulos societarios autonómicos. A los efectos previstos en esta Ley, se consideran títulos societarios autonómicos cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos en sociedades mercantiles para cualquier entidad de las que integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón".

34. Art. 132 LPA: A los efectos previstos en esta Ley, siempre que pertenezcan a la Administración de la Comunidad Autónoma, a sus organismos públicos o a sociedades mercantiles autonómicas, forman parte del patrimonio empresarial de Aragón como títulos societarios autonómicos, cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, los derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas.

En primer lugar un criterio de carácter subjetivo que se refiere a la titularidad pública de estos bienes o derechos, esto es, han de ser pertenecer a la Administración de la Comunidad Autónoma, a sus organismos públicos o a las sociedades mercantiles autonómicas.

Y en segundo lugar, atendiendo a un criterio objetivo, se conceptúan como títulos societarios cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, los derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas.

Parece que aquí el legislador autonómico ha trasladado a nuestro derecho autonómico el concepto de patrimonio empresarial mobiliario del art. 166.3 de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>35</sup> pero con una mejora técnica indudable: la referencia a las participaciones sociales (SL) que no aparece en la legislación estatal en la definición de valores y derechos integrantes del patrimonio empresarial del Estado, sin perjuicio de que se consideren en la propia LPAAP (art. 2) como bienes y derechos patrimoniales o de dominio privado las “participaciones en el capital de sociedades mercantiles” (art. 7.2). Probablemente el recurso por parte del Estado a la sociedad anónima pública cuyo régimen de derecho privado aparece ya en la Ley de sociedades anónimas de 1951, ha condicionado la redacción de los arts. 166 y ss LPAAP, dedicado al “patrimonio empresarial de la Administración General del Estado”<sup>36</sup>.

Hubiera sido deseable el recoger con mayor precisión una definición más amplia de lo que en Derecho mercantil se entiende por “valor mobiliario” y por “instrumento financiero”, ya que tal y como está redactado el 132 LPtAr, quedarían en principio fuera del concepto de títulos societarios autonómicos los contratos de futuros sobre acciones y otros derivados financieros que se liquidan por di-

35. Art. 166. 3. LPAAP: “A los efectos previstos en el presente título, formarán parte del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aunque su emisor no esté incluido entre las personas jurídicas enunciadas en el apartado 1 del presente artículo”

36. HIERRO ANÍBARRO, cit. pág. 1293, quien se refiere a la manifiesta y perfectamente constatable preferencia por la sociedad anónima en la redacción del articulado de este título VII LPAAPP.

Como indica OLIVERA MASSÓ, P. en AA.VV. Comentarios a la Ley de Patrimonio de las *Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008 págs. 1122-1123, en este sentido objetivo son patrimonio empresarial las acciones, participaciones sociales e instrumentos financieros que tengan por objeto los mismos si se adquieren con una finalidad vinculada a la condición de accionista o partícipe de la Administración en una sociedad. Por el contrario no son patrimonio y son Tesoro el dinero, valores y todos los instrumentos financieros vinculados a las operaciones de financiación a corto, medio y largo plazo de la Administración del Estado y sus organismos autónomos. Esto es, la función de financiación corresponde al Tesoro, debiendo para ello manejar los activos correspondientes y la función de accionista corresponde a Patrimonio, debiendo por ello gestionar las acciones, participaciones e instrumentos sobre los mismos.

ferencias puesto que en puridad no son valores mobiliarios sino contratos. La inclusión de los créditos o préstamos participativos obedece a que tienen la consideración de patrimonio neto<sup>37</sup> en el capital de las sociedades mercantiles.

Y también quedarían al margen los valores procedentes de emisiones de titulación crediticia, aunque podría salvarse esta omisión entendiendo que están incluidos en el concepto de “valores” (mobiliarios, debe añadirse). El concepto de “participación” ha de entenderse referido a las participaciones como partes alícuotas del capital social de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 90 LSC).

El texto de 132 ya aparece así en el BOA de 18 de marzo de 2011 en el que se publica el Proyecto de Ley de Patrimonio de Aragón y no fue objeto de enmiendas. Esto es, en la tramitación parlamentaria, no se advirtió que estas lagunas en el concepto de título societario autonómico podrían plantear problemas, como de hecho ha sucedido en el Derecho mercantil en el que la práctica va por delante de la norma y los particulares crean nuevas figuras que incorporan bienes o derechos de segundo o de tercer grado que pueden no encontrar acomodo en el concepto de valor mobiliario o instrumento financiero.

Si lo que se pretendía era ofrecer una definición sintética de valor mobiliario, hubiera bastado con introducir una referencia a “cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera sea la denominación que se le de, que por su configuración jurídica y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico impersonal y generalizado en un mercado financiero” (art. 2.1 LMV). Con ese concepto general ya el listado ejemplificativo podría haberse visto más reducido, aunque en él no se incluirían los derivados financieros que no son derechos, sino contratos ni, por supuesto, las participaciones sociales (SL) o las cuotas de las sociedades personalistas (A.I.E). En relación con los instrumentos financieros, se plantean especiales dificultades como hemos señalado con los contratos de futuros, con subyacente financiero o no (piénsese en derivados sobre *commodities*), en los que, no hay propiamente derechos para la Administración o sus sociedades autonómicas, sino el deber de ejecutar el contrato llegado el vencimiento.

Porque cuesta creer que las omisiones en el concepto de valor mobiliario e instrumento financiero<sup>38</sup> ha sido consciente por el legislador y que por tanto, a las sociedades autonómicas les está prohibido operar con productos financieros especialmente arriesgados como los futuros financieros; sería de extrañar cuando los *swaps*, *bonoclips*, etc., han sido objeto de oferta especialmente intensa por las entidades de crédito a las sociedades mercantiles, productos ligados a la concesión de un crédito a la sociedad y vendidos en ocasiones como “seguros de

37. Art. 20.4 Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.

38. Tampoco se mencionan en la definición del art. 132 LPrAt. los acuerdos sobre tipos de interés a plazo («FRAs») o los derivados de crédito, cuya riqueza de manifestaciones va más allá del simple *swap* o permuta financiera. Los derivados de crédito son contratos bilaterales de carácter financiero en los que el una parte, que soporta un riesgo de impago de crédito procedente de una anterior operación de financiación, abona una cantidad a la contraparte, que es el vendedor del derivado quien se compromete a resarcir al comprador de las pérdidas en que éste pueda incurrir como consecuencia del impago del tercero (o de otras circunstancias, como la demora en el pago, el descenso en la calificación crediticia de la emisión de bonos, etc.) al que prestó financiación. Estos contratos frecuentemente estandarizados adoptan la mayoría de las veces la forma de *credit default swaps* (CDS). (v. [www.isda.org](http://www.isda.org)).

cobertura contra fluctuaciones en el tipo de interés” lo que eran en realidad productos financieros complejos. Pese a que pudiera considerarse que la suscripción de estos contratos son operaciones de tesorería ordinaria de la empresa, y que por tanto no requieren de autorización administrativa para su suscripción, la elevada pérdida que pueden suponer para la sociedad, con el consiguiente deterioro de su solvencia patrimonial hace que nos inclinemos por someterlos al régimen general previsto en la LPtAr. Por otra parte, la LPtAr. fuera ya del título VI, que es el dedicado al sector empresarial del patrimonio de Aragón, hace referencia a los instrumentos financieros en los arts. 5.2 (consideración de los instrumentos financieros como bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón), 22.2. (régimen de las adquisiciones a título oneroso) y 68.3 (inclusión de los instrumentos financieros en el Inventario del patrimonio de Aragón). Se trata de un concepto más amplio que el de los contratos financieros sobre opciones, reflejado en el art. 2 LMV y que incluye activos de muy variada tipología, entre ellos, los contratos de futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores.

En el art. 132 LPtAr. aparece sólo la referencia a “otros susceptibles de ser negociados en mercados organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas.”

Cierto es que de los arts. 138 a 140, dedicados a la suscripción, adquisición y transmisión de los títulos societarios autonómicos contribuyen a salvar las posibles lagunas de la definición. Allí ya se manejan con precisión los conceptos de mercado secundario oficial y sistema multilateral de negociación (SMN), por ejemplo, en los arts. 139 y 140 a propósito de la adquisición y enajenación de títulos societarios autonómicos negociados en mercado secundario oficial o SMN. Y en este sentido ha de interpretarse la referencia a los “mercados secundarios organizados” del art. 132 LPtAr., ya que las Bolsas de Valores, el mercado de renta fija privada (AIAF) y los mercados de futuros y opciones (que tienen la consideración de “mercados secundarios oficiales” ex art. 31. 2 LMV) no hoy son el ámbito exclusivo para la negociación de acciones, obligaciones convertibles o derivados financieros estandarizados, sino que junto a ellos han surgido con fuerza en este siglo los SMN de los que se ocupa la LMV en sus arts. 118 a 127.

La LPtAr. somete al acuerdo del Consejero competente en materia de patrimonio los actos de suscripción, adquisición y transmisión de los títulos societarios autonómicos por la Administración de la CA. (art. 138.1). Cuando no sea la Administración directamente sino, como es el caso normal, suscriban, adquieran o transmitan dichos títulos societarios las sociedades mercantiles autonómicas, es de aplicación el régimen general mercantil<sup>39</sup>, ya que no es necesario en este caso una norma jurídico administrativa que regule la adquisición por un empresario (la sociedad mercantil) de títulos societarios.

Ahora bien, en ambos casos (art. 134) cuando la adquisición o enajenación de títulos societarios autonómicos suponga la adquisición o pérdida para una socie-

39. Ya antes de la nueva Ley defendía este sistema PEÑA, cit. pág. 1243.

dad de la condición de sociedad mercantil autonómica se exige la autorización del Gobierno de Aragón mediante Decreto, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio.

En los demás supuestos, esto es, cuando lo que se adquiere o transmite es una participación minoritaria en empresas mercantiles, en el régimen previsto por el TRLACA se establece sin distinción el acuerdo del Gobierno de Aragón “siempre y cuando dicha participación sirva para el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Comunidad Autónoma, que deberán quedar acreditados documentalmente ante el Departamento competente en materia de hacienda”<sup>40</sup>.

Con el nuevo régimen de la LPatrAr. únicamente se requiere acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta del consejero competente en materia de patrimonio para que la Administración, sus organismos públicos o las sociedades mercantiles autonómicas adquieran o enajenen valores mobiliarios, participaciones sociales e instrumentos financieros (aunque en este último caso lo que se suscriben son contratos) cuando el importe de la transacción supere los tres millones de euros o cuando conlleven operaciones de saneamiento con un coste estimado superior a tres millones de euros. Por debajo del límite de los tres millones estas adquisiciones o contrataciones no requieren autorización administrativa [134.2.f) LPt.Ar.].

El problema respecto al límite cuantitativo de los tres millones de euros por debajo del cual no se requiere autorización administrativa puede venir por los derivados financieros, especialmente los contratos de futuros o las permutas financieras en los que el importe a liquidar puede superar notablemente los tres millones de euros si la sociedad mercantil (o en el caso más infrecuente la Administración o sus organismos públicos) no aciertan con la tendencia del mercado. Al abonar únicamente a la firma del contrato una pequeña prima o precio de adquisición del derivado, en teoría no quedaría cubierto por esta norma, y podría ser un peligro para la integridad del capital social de la sociedad mercantil autonómica. Por ello habrá que entender que el límite de los tres millones de euros se refiere a la totalidad de la pérdida en que puede incurrir la sociedad, lo que puede ser de difícil cálculo en el momento de la firma del contrato.

Al amparo del art. 135, el Departamento competente en materia de patrimonio o lo que es el caso en Aragón, la sociedad matriz (art. 136) sería la encargada de supervisar la contratación por la sociedad autonómica del grupo de derivados financieros mediante la competencia que le atribuye el art. 135.3: el establecimiento de sistemas de control que permitan la adecuada supervisión financiera de las sociedades mercantiles autonómicas. En todo caso ha de existir un Departamento de tutela designado por el Gobierno que ejerza las funciones de control

---

40. Artículo 86 Decreto Legislativo 2/2001: “Participación minoritaria en otras empresas. El Gobierno de Aragón podrá acordar la participación minoritaria en el capital social de otras empresas, siempre y cuando dicha participación sirva para el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Comunidad Autónoma, que deberán quedar acreditados documentalmente ante el Departamento competente en materia de hacienda”. Sin embargo, basta acudir a la página web de la Corporación Empresarial Pública de Aragón ([www.aragoncorporacion.es](http://www.aragoncorporacion.es)) para comprobar que la Administración participa en 65 empresas privadas (tales como Zumos Catalano Aragoneses SA, La Parada del Compte, S.L. que gestiona un hotel en Teruel, Sistemas Energéticos Abadía, S.A.) en las que, en ocasiones, no se aprecia el servicio al cumplimiento de los objetivos institucionales de nuestra CA.

sobre los valores mobiliarios y participaciones sociales de titularidad autonómica (art. 138) y por tanto de las sociedades mercantiles autonómicas, incluida la matriz del grupo, que actúa como entidad de gestión a efectos del art. 135 LPtAr.

#### **IV.- RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS**

##### **1. Cuestiones generales**

El capítulo III del título IV LPtAr. se ocupa de reseñar las especialidades más importantes en el funcionamiento de estas sociedades mercantiles autonómicas, especialidades de Derecho público que traen causa del control que ejerce la Administración sobre ellas y que implica además de la vinculación de las acciones y participaciones sociales de titularidad autonómica al Departamento de tutela de la CA (art. 137), la necesidad de previa autorización administrativa para los actos y operaciones más importantes en la vida de la sociedad autonómica (art. 134.2). De este modo, requieren acuerdo del Gobierno de Aragón el aumento y la reducción del capital, la transformación, fusión, escisión y disolución de sociedades mercantiles autonómicas, la suscripción de pactos de sindicación de acciones o la adquisición o enajenación de valores mobiliarios, instrumentos financieros y participaciones sociales cuando el importe de la transacción supere los tres millones de euros o cuando conlleven operaciones de saneamiento con un coste estimado superior a tres millones de euros, siempre que, en este último caso, no estemos ante un supuesto que suponga la adquisición o pérdida de la condición de sociedad mercantil autonómica, ya que entonces sería necesario el Decreto del Gobierno de Aragón (art. 134.1).

Además, la idea del control público sobre estas sociedades también se aprecia en la atribución al Gobierno de Aragón de determinadas competencias que se recogen en el art. 134.2 LPA: mediante acuerdo adoptado a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, el Gobierno de Aragón puede determinar las directrices y estrategias de gestión de las sociedades mercantiles autonómicas o atribuir su tutela a un determinado Departamento.

Se trata de potestades que tradicionalmente ha ejercido la Administración sobre sus empresas públicas y que aparecen también en la normativa estatal en la materia en los arts. 169 y 170 LPAAP, si bien con una técnica menos depurada.

El nuevo régimen de la LPtAr supone una evidente mejora respecto del contenido en el TRLCA: en virtud de lo dispuesto en el 84.2 TRLCA, se requiere Decreto del Gobierno de Aragón para “la suscripción y adquisición de acciones o participaciones que supongan la obtención de una posición mayoritaria en el capital de una sociedad” (hoy sabemos que esta posición puede alcanzarse también a través de pactos parasociales). El nuevo art. 134. 1 LPtAr, con mayor corrección, establece que la competencia del Gobierno de Aragón, mediante Decreto adoptado a propuesta del consejero competente en materia de patrimonio, para autorizar a la Administración de la CA, a sus organismos públicos y a las socie-

dades mercantiles autonómicas los actos de adquisición o enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales, y cualesquiera actos y negocios jurídicos que supongan la adquisición por una sociedad de la condición de sociedad mercantil autonómica o la pérdida de la misma. Al referir la necesidad de Decreto a la adquisición o pérdida por una sociedad de la condición de mercantil autonómica, no se limita este requerimiento a la adquisición o pérdida de una posición mayoritaria de la Administración en el capital social sino al ejercicio efectivo de una influencia dominante en la misma.

Cuando las sociedades públicas autonómicas se integran en un grupo de sociedades como es el caso de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, las funciones que corresponden a la entidad de gestión respecto a los valores mobiliarios, instrumentos financieros y participaciones sociales de titularidad autonómica se atribuyen a la sociedad matriz (disp. ad. novena LPtAr), que es la que imparte instrucciones, en su caso, a los administradores de las sociedades del grupo, ejerce el control funcional y de eficacia de las sociedades que lo integran, establece los criterios para su gestión “de conformidad con los principios de eficiencia económica en la prosecución del interés público”<sup>41</sup>. De no ser éste el caso, no por ejercer la CA una influencia dominante en otras sociedades mercantiles, las funciones se limitan a la gestión de la cartera de valores, instrumentos financieros y participaciones sociales de titularidad autonómica, gestión que normalmente desempeñará el departamento competente en materia de patrimonio, salvo que expresamente se hayan atribuido por el Gobierno de Aragón a un organismo público (art. 135 L.Pt.Ar).

Por lo que respecta al proceso fundacional, la fase o procedimiento administrativo es previa al régimen mercantil; esto es, en primer lugar la constitución de sociedades mercantiles autonómicas ha de ser autorizada por Decreto del Gobierno de Aragón y a continuación se otorgará la escritura pública que será objeto de inscripción en el Registro mercantil, en nuestro caso, de Zaragoza, Huesca o Teruel. La nueva LPtAr ha aclarado una cuestión que antes de su entrada en vigor planteaba dudas en la práctica: si era necesaria o no la autorización del Gobierno de Aragón para el caso de que la sociedad mercantil autonómica que se pretendía constituir fuera una filial de la matriz o de empresas de la CA ya constituidas; podría entenderse que en estos casos bastaba el acuerdo de la sociedad matriz o de la empresa pública autonómica que fuera a controlarla. Con el nuevo régimen consagrado en el art. 134. 1 LPrAr., es claro que será necesario Decreto del Gobierno de Aragón en todos estos casos<sup>42</sup>.

41. La LPrAr también recoge la posibilidad de que se introduzcan sistemas de control en estas sociedades mercantiles autonómicas que permitan su adecuada supervisión financiera así como la propuesta de establecimiento de un convenio o contrato programa que defina el marco de las relaciones con la Administración de la CA para aquellas sociedades mercantiles autonómicas en las que sea necesario definir un escenario presupuestario, financiero y de actuación a medio plazo [letras c) y d) del art. 135. 3].

42. Defendió este planteamiento bajo el régimen anterior PEÑA OCHOA. Estas sociedades van a integrarse en el sector público propio con todas las consecuencias que dicha integración implica (especialmente su sometimiento a un régimen jurídico de derecho público), de ahí que nunca podrá ser considerado un acto exclusivamente privado de la órbita mercantil de la empresa fundadora, aunque éstos deban producirse, una vez obtenidas las autorizaciones administrativas, para satisfacer las exigencias de la legislación privada que regulan la fundación de la sociedad mercantil en sus distintas formas” (op. cit. pág. 1240).

El art. 141.3 requiere, *en todo caso* para su constitución, de expediente acreditativo de su conexión con las funciones de la Comunidad Autónoma, que corresponderá realizar al departamento, organismo público o sociedad mercantil autonómica que la proponga. Ello obliga a reflexionar sobre la oportunidad de constituir sociedades mercantiles que operan al margen de intereses o funciones públicas y en las que el título de “interés socioeconómico” no es suficiente para justificar la presencia pública en empresas de iniciativa privada. Para ello está ya el sector del capital-riesgo en el que la CA interviene a través de Savia<sup>43</sup>. Sería el caso, por ejemplo, de Arento Industrias Cárnicas, S.L. o Viajes Aragón Ski, S.L.U.<sup>44</sup>.

## 2. El control sobre el órgano de administración

Es al Gobierno de Aragón (art. 142), a instancia del departamento o entidad de gestión de las sociedades mercantiles autonómicas, de común acuerdo con el departamento de tutela, a quien compete la designación y cese de los administradores<sup>45</sup>. Con posterioridad, su nombramiento o cese ha de cumplir los procedimientos previstos en la LSC; señaladamente su elección por la Junta general (art. 214 LSC para el nombramiento y 223 para el cese), aceptación del cargo e inscripción en el Registro mercantil (arts. 214 y 215 LSC). Como resultado de la confluencia de normas de Derecho público y de Derecho privado sobre las sociedades mercantiles autonómicas, surge la duda de si es de aplicación la posibilidad de designar consejeros en las sociedades anónimas autonómicas mediante el sistema de cooptación previsto en el art. 244 LSC. Son casos en los que se producen vacantes en el Consejo de administración de la SA pero aún no ha finalizado el mandato del consejero o consejeros que causan las vacantes anticipadas y no se han designado suplentes para cubrirlos. La LSC permite que el consejo de administración designe entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general.

Parece que este sistema ha de admitirse en las sociedades anónimas autonómicas pluripersonales, esto es, en aquellas en las que la Administración de la CA no es socio único sino que comparte la titularidad del capital con otros socios, aunque minoritarios. La finalidad del art. 244 puede resumirse en tratar de facilitar la

43. Nos referimos a Savia Capital Crecimiento SA, S.C.R. de régimen simplificado, con un capital social de 9.148.500,00 Euros y Savia Capital Innovación SA S.C.R. de régimen simplificado, con un capital social de capital de 9.302.000,00 Euros. Ambas sociedades fueron constituidas el 12 de enero de 2005. La participación de la CA de Aragón en ambas sociedades (el 50% en el caso de Savia Capital Innovación y el 35,29% para Savia Capital Crecimiento) se articula a través de Aragón Desarrollo e Inversión S.L.U., cuyo capital social asciende a 23.942.384,18 Euros y de la que es titular al 100 por 100 del capital la Corporación Empresarial Pública de Aragón SLU.

44. Arento Industrias Cárnicas está participada al 24,9 % por el Gobierno de Aragón y su objeto social lo constituye la comercialización de productos cárnicos. Viajes Aragón SKI, S.L.U está integrada por un único socio que es Aramón, montañas de Aragón, S.A., con objeto social “Actividades propias de las Agencias de Viajes” y capital social de 3.000 euros. Aramón tiene por objeto social la Construcción y explotación comercial y turística de estaciones de esquí, construcción y transformación de inmuebles dedicados a la explotación hotelera, patrocinio de eventos deportivos, administración de valores mobiliarios y un capital social de 134.416.024,00 Euros. El grupo está participada al 50% por el Gobierno de Aragón y por IberCaja.

45. Téngase en cuenta que la LPtAR dentro del marco de las competencias generales que atribuye a la Administración autonómica, recoge en su art. 7 la competencia atribuida al consejero competente en materia de patrimonio de proponer, en su caso, al Gobierno de Aragón la designación de un representante de su departamento en el “órgano colegiado superior” de las sociedades mercantiles.

continuidad y el funcionamiento del órgano de administración y evitar convocar una junta de socios ante la vacante creada en el Consejo, pudiendo esperarse hasta la próxima junta general para cubrir esa vacante de modo definitivo, esto es, para ratificar o no la designación de ese miembro del consejo de administración. Entendemos que este procedimiento de cobertura de vacantes en el consejo de administración por cooptación puede tener lugar en estas sociedades autonómicas, sin perjuicio de la facultad de los grupos de la oposición en las Cortes de Aragón de proponer a uno de los miembros del Consejo en el caso de que la Corporación disponga de la facultad de designar a tres o más miembros (v. *infra*). Negar la posibilidad de cubrir por cooptación la vacante en el Consejo implicaría una carga para la sociedad anónima que creemos no justificada en atención al mantenimiento de la gestión ordenada de la misma. Por otra parte, con el nombramiento de administradores suplentes, se evitaría la convocatoria de junta general para este único punto.

En las sociedades anónimas autonómicas unipersonales, quizá tenga menos importancia práctica esta cuestión, desde el momento en el que es el socio único (normalmente la Corporación) quien ejerce las competencias de la junta general de socios (art. 15 LSC). El procedimiento de cobertura de la vacante en el Consejo de administración de la sociedad del grupo será relativamente ágil, al ser los consejeros designados por la propia Corporación a propuesta vinculante del ejecutivo aragonés (art. 142.2 LPtAr)

La designación de los miembros del consejo de administración de la Corporación corresponde al Gobierno de Aragón (art. 3.2 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón), respetando el derecho de los grupos parlamentarios de la oposición a proponer dos miembros del consejo de administración (disp. ad. primera Ley 2/2008).

En todo caso y para las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público es el Gobierno de Aragón el competente para nombrar al presidente del Consejo y al consejero delegado “o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo” (art. 147 LPtAr). Para este tipo de sociedades, siempre que no puedan presentar balance abreviado, se establece además la obligatoriedad de constituir una Comisión de Auditoría y Control dependiente del Consejo de Administración, remitiéndose a sus estatutos sociales su composición y funciones (art. 146 LPtAr<sup>46</sup>).

No se ha incluido en la legislación autonómica por llegarse a la misma conclusión por vía interpretativa, la inaplicación del art. 213.2 LSC que impide que los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo

---

46. El art. 146 LPtAr impone a las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público la existencia de la Comisión de Auditoría y Control siempre estas sociedades estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría, esto es, cuando no puedan presentar balance abreviado (art. 263.2 LSC). Para poder formular balance abreviado, el art. 257 LSC exige la concurrencia, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, de al menos dos de las circunstancias siguientes: (i) que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; (ii) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros o (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, puedan ser administradores de las sociedades mercantiles autonómicas. En la legislación estatal esta exclusión se recoge en el art. 180 LPAAPP. El fundamento de esta prohibición contenida en la legislación mercantil que trata de evitar, entre otros abusos, el tráfico de influencias, no es aplicable a estos supuestos de sociedades mercantiles públicas que están sometidas a la tutela de la Administración.

Como hemos indicado, las Cortes de Aragón, a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, en aras del equilibrio en las relaciones entre el ejecutivo aragonés y el parlamento autonómico, pueden designar consejeros en las sociedades mercantiles en las que participe la Comunidad Autónoma (art. 143.2 LPtAr.) Al respecto, la disp. ad. segunda de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma requiere de la colaboración de los grupos parlamentarios de la oposición para la propuesta de designación de los miembros del consejo de administración de las sociedades mercantiles que integran el grupo de la Corporación Empresarial pública, en los supuestos en los que la Corporación disponga de la facultad de designar a tres o más consejeros. En este caso, los grupos de la oposición propondrán a uno de los miembros. Para el caso en el que la Corporación Empresarial Pública de Aragón participa minoritariamente en el capital de una empresa pública, pero dispone de la facultad de designar a tres o más miembros en el órgano de administración de la referida empresa, uno de los consejeros será propuesto por los grupos parlamentarios de la oposición de las Cortes de Aragón.

Para las empresas privadas participadas en más de un tercio de su capital por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, siempre que no exista otro socio con una participación superior, y corresponda a la Corporación la facultad de designar a tres o más consejeros, uno de sus miembros será propuesto por los Grupos parlamentarios de la oposición.

Recuérdese que para la elección de los miembros del consejo de administración de la matriz, la Corporación pública empresarial de Aragón, en virtud de lo dispuesto en la disp. ad. primera de la Ley 2/2008, dos de sus miembros lo serán a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición.

### 3. Especialidades en el régimen de las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades mercantiles autonómicas

Para las aportaciones sociales *in natura*, la LSC se establece con carácter obligatorio para la SA (art. 67) y potestativo para la SL (art. 76) la elaboración por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil del domicilio social, de un informe en el que se describa la aportación no dineraria al capital social y su valoración, expresando los criterios utilizados “y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida” (art. 67.2). La propia LSC en su art. 69 establece una serie de excepciones a la exigencia de este informe de experto independiente para las sociedades anónimas, señaladamente cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios cotizados o sean bienes distintos cuyo valor razonable se haya determinado por experto independiente en los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación. En estos casos, los administradores de la sociedad habrán de elaborar un informe sustitutivo en el que habrá de precisarse, entre otros extremos, si el valor corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida [art. 70 c) LSC].

Para las sociedades limitadas no se exige este informe de experto independiente en el que se valora la aportación no dineraria. Es, pues, potestativo para los fundadores o administradores el requerirlo. Pero si no existe esta valoración por experto independiente, la LSC establece un especial régimen de responsabilidad imputable a los fundadores, a las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y a quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, régimen que implica la responsabilidad solidaria frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 73 LSC). No obstante, este régimen puede excluirse si los socios someten sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial (informe de experto independiente) conforme a lo previsto para las sociedades anónimas (art. 76 LSC).

Este régimen general ha de adaptarse para los supuestos en los que sea la Administración autonómica o sus organismos públicos quienes realizan aportaciones no dinerarias al capital social de las sociedades mercantiles autonómicas. De este modo, el art. 147 LPtAr sustituye este informe de experto independiente por la tasación pericial contemplada en el art. 17 de la LPtAr, tasación que podrá ser realizada por técnicos dependientes del departamento u organismo público que administre los bienes o derechos que vayan a ser objeto de aportación no dineraria, o por los técnicos de la Dirección General Patrimonio del Gobierno de Aragón. La LPtAr también contempla la posibilidad de encargar esta valoración a las sociedades de tasación inscritas en el Registro del Banco de España. En el Derecho estatal se prevé este régimen en el art. 182 LPAAPP.

Creemos conveniente, aunque no sea legalmente necesario bajo el régimen del Derecho mercantil, que se elabore igualmente el informe a que se refiere el art. 17 LPAAP para las aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación de capital de la SL, precisamente para evitar el régimen especial de responsabilidad en materia de aportaciones no dinerarias en la SL, desde el momento en el que, de no existir esta tasación, la Administración autonómica y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderá solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 73 LSC).

Cuando estas aportaciones no dinerarias consistan en títulos societarios autonómicos, el art. 140.6 LPtAr exime del deber de recabar el informe de expertos independientes previsto en la LSC y habrán de registrarse en la contabilidad de la sociedad por su valor neto contable.

En el caso de las aportaciones no dinerarias a la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U procedentes de títulos societarios autonómicos, se ha procedido de modo que la operación sea neutra a efectos contables, esto es, en una primera fase los títulos societarios autonómicos se transfieren a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón quien a su vez los transfiere a la Corporación Empresarial, recibiendo a cambio una cantidad equivalente al valor neto contable que tienen los títulos que se transfieren en la contabilidad de la Administración de la CA de Aragón en la fecha de disposición<sup>47</sup>. El capital social de la Corporación se amplía hasta una cifra que se corresponde con la valoración total de los títulos y valores objeto de aportación. En el Anexo al Decreto que ha de autorizar estas operaciones, se detallan las referidas valoraciones<sup>48</sup>.

Los bienes y derechos de dominio público que se acuerde aportar al capital de una sociedad mercantil autonómica, han de ser objeto previamente de un expediente de desafectación, procedimiento contemplado en los arts. 86 a 88 LPtAr. La ausencia de este procedimiento determinaría la nulidad de la aportación social, lo que puede ser causa de nulidad del negocio fundacional, puesto que estaríamos ante un caso de incumplimiento del deber de desembolso íntegro del capital en la SL o de desembolso mínimo en la SA, que ha de cubrir el 25% del nominal de cada acción [arts. 56 g) y 78 LSC]. Y, entiende la doctrina, que se trata

---

47. Indica el art. 4.2 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón. "La Corporación Empresarial Pública de Aragón adquirirá el pleno dominio de los títulos societarios autonómicos que se incorporen a la misma desde la adopción del decreto correspondiente, que será documento acreditativo de la nueva titularidad, tanto a efectos del cambio de las anotaciones en cuenta y en títulos nominativos, como a efectos de cualquier otra actuación administrativa, societaria y contable que sea preciso realizar. Los títulos societarios autonómicos recibidos por la Corporación Empresarial Pública de Aragón se registrarán en su contabilidad por el mismo valor neto contable que tuvieran con el anterior titular en la fecha de aprobación del decreto correspondiente a su transmisión".

48. V. ad. ex el art. 3 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, el Gobierno de Aragón, por el que se transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación. Empresarial Pública de Aragón.

de un supuesto de nulidad absoluta del negocio de aportación por falta de objeto aportado al negocio (art. 1.261 C.cv)<sup>49</sup>

Desde la óptica del Derecho público y con un planteamiento general, la RD-GRN de 12 de septiembre de 1985<sup>50</sup> indica que no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público.

Al ser los bienes de dominio público por naturaleza inalienables<sup>51</sup> no pueden ser transferidos a una sociedad por vía de aportación, sin que pueda argumentarse, como se refleja en la resolución citada, que en la aportación no hay cambio efectivo de titularidad, al ser la Administración el único dueño de todas las acciones, porque aparte de que la Sociedad es formalmente en un ente distinto, se trata, sobre todo de un ente que, en su actuación, va a quedar sujeto básicamente al Derecho Mercantil. Y estas normas no se convienen con la naturaleza singular del régimen de Derecho público típico de los bienes de dominio público<sup>52</sup>.

Además, recuerda la DGRN que es causa legal de disolución de las sociedades de capital el caso en el que las pérdidas del patrimonio desciendan a determinados porcentajes<sup>53</sup> (también son causa de reducción del capital en las condiciones delimitadas en la LSC); por todo lo cual no pueden ser aptos para ser objeto de las aportaciones sociales los bienes de dominio público, porque por su régimen son opuestos legalmente

49. GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. pág. 131, con cita de doctrina

50. Resolución comentada entre otros por MENÉNDEZ GARCÍA, P. "Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público", *REDA*, 47, 1985, págs. 419-424 y MONGE GIL, A. "La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal (Comentario a la resolución de la D.G.R.N. de 12 de septiembre de 1985)", *RDM*, 181-182, 1986, págs. 467-494.

51. Art. 80 LRBRL.

52. El supuesto que da origen a esta Resolución es el de una sociedad anónima municipal, Empresa Municipal de Aguas de Las Palmas, S.A., a la que el ayuntamiento pretendía aportar al capital, bajo el régimen de aportaciones no dinerarias, aguas, presas, canales y conducciones que son bienes de dominio público como bienes que están y en lo sucesivo estarán singular y directamente adscritos -según admite el recurrente- a uno de los servicios que son obligatorios para el Municipio de las Palmas, como es el abastecimiento de aguas.

53. Artículo 363. 1. d) LSC: La sociedad de capital deberá disolverse: (d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso".

Respecto a la reducción de capital en la SA, ésta tiene carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (Art. 327. LSC)

Téngase en cuenta que el Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias, dio un *plazo de gracia* a las SA y SL en su disp. ad. única, para evitar su incursión en causa legal de disolución por lo que respecta a las cuentas de 2009 y 2010, ya que en el cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no se integrarán "las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias". El Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, mantiene la aplicación de esta disp. ad. única para los ejercicios de 2011 y 2012. Habrá que ver, si no se acomete una reestructuración del sector empresarial público aragonés, qué sucede en el primer trimestre de 2013, cuando hayan de elaborarse las cuentas anuales de las sociedades mercantiles autonómicas.

a ser calificados como patrimoniales y en particular, por ser legalmente inembargables y, por tanto sustraídos a la acción de los acreedores sociales.

Cosa distinta es la aportación de concesiones administrativas de bienes demaniales al capital de las sociedades mercantiles, supuesto frecuente en las sociedades anónimas en las que participa la Administración central o local. Estamos ante la aportación de un derecho susceptible de valoración económica, admisible como aportación no dineraria al capital social (art. 58 LSC). El supuesto de aportación de concesión administrativa de obra o servicio público al capital de las sociedades anónimas plantea mayores problemas, desde el momento en el que el concesionario ha de reunir especiales características lo que podría condicionar la libre transmisión de la misma y la posibilidad de hacer efectivos los créditos contra la sociedad concesionaria a través de la convertibilidad en dinero de la concesión<sup>54</sup>. De la adjudicación directa de concesiones a una sociedad de economía mixta se ocupa la disp. ad. 29 del recientemente aprobado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>55</sup> para permitirle al amparo de las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de acuerdo con el TRLCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En relación con la aportación de bienes patrimoniales al capital de las sociedades mercantiles autonómicas, serán de aplicación los arts. 39 y ss. LPtAr. Habrá de ser acordada por el Gobierno de Aragón previa tasación del bien o derecho (art. 40.2 LPtAr.), con lo que se solventan los problemas que pudieran surgir respecto a la ausencia de informe pericial para las aportaciones no dinerarias en la SL, ya que éste habrá de existir siempre con carácter previo a la realización de la aportación por el régimen administrativo aplicable al tráfico de bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón. Ello es así mientras no haya transcurrido el plazo de seis meses desde la realización de la tasación hasta la realización efectiva de la aportación, siempre que no concurran circunstancias que puedan modificar significativamente el valor razonable de la aportación [arg. ex. art. 69 b) LSC].

#### **4. Las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público**

El art. 133.2 LPtAr entiende por sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público las sociedades mercantiles en las que todas las partici-

54. Sobre esta cuestión v. GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. págs. 135-137, quien con base en los argumentos citados y a efectos de la seguridad jurídica del tráfico mercantil rechaza el que puedan ser objeto de aportación estas concesiones de obra o servicio público.

55. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16/11/2011). Este texto entrará en vigor el 16 de diciembre de 2011 (disp. final única TRLCSP).

paciones sociales pertenezcan conjunta o separadamente a la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público.

Por tanto, estas sociedades de capital íntegramente público pueden actuar en el tráfico bajo la forma de la unipersonalidad, cuando todas las participaciones sociales o acciones pertenecen a un único socio (la Administración de la CA, un organismo público o una sociedad mercantil autonómica) o bien ser pluripersonales, cuando, a pesar de que la titularidad última corresponde a la Administración, ésta participa del capital junto con uno o varios organismos públicos u otras sociedades mercantiles autonómicas o son varias sociedades mercantiles autonómicas las que participan en el capital de esta sociedad. En la práctica, las sociedades participadas al cien por cien por la Administración, son unipersonales y adoptan el tipo de la anónima (Infraestructuras y Servicios de Telecomunicaciones de Aragón, S.A) o de responsabilidad limitada (Suelo y Vivienda de Aragón, S.L), siendo el socio único la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U

A las sociedades autonómicas unipersonales, además de la normativa administrativa, les son de aplicación las previsiones del LSC en la materia<sup>56</sup>. A la sociedad unipersonal dedica la LSC su capítulo III del título I (arts. 12 a 17) e introduce unas previsiones especiales para las sociedades unipersonales públicas en el art. 17.

El art. 12 lógicamente considera sociedades unipersonales, además de a las constituidas por un único socio (unipersonalidad originaria) a aquellas constituidas por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio (unipersonalidad sobrevenida). El que en una sociedad las acciones o participaciones pertenezcan a un único socio pero exista régimen de autocartera, esto es, parte del capital social es detentado por la propia sociedad, no altera el carácter de unipersonalidad pese a que formalmente estamos entonces ante dos socios: la Administración y la propia sociedad<sup>57</sup>. Ni tampoco los supuestos de autocartera indirecta, esto es, los casos en los que la totalidad de las partes alícuotas del capital social están distribuidas entre la sociedad dominante y la filial unipersonal<sup>58</sup>.

El régimen mercantil de la sociedad unipersonal atiende en primer lugar a la protección de intereses de terceros, y de ahí la necesaria referencia a tal condición “en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatu-

56. Rechaza la posibilidad de que el régimen previsto en el art. 17 LSC sea aplicable al supuesto de que el socio de estas sociedades públicas unipersonales sea a su vez una sociedad mercantil de capital público, aunque sin ofrecer argumentos, DÍAZ MORENO, A., “Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, (dir. A. ROJO y E. BELTRÁN), Civitas Thomson, Madrid, 2011, págs. 294-295.

57. Esta posibilidad tiene acogida en las sociedades anónimas, siendo más difícil que ocurra en las sociedades de responsabilidad limitada por las restricciones al régimen de autocartera recogidas en el art. 140 LSC. De ser éste el caso, las participaciones propias deberán ser enajenadas o amortizadas por la sociedad en el plazo máximo de tres años. Si la autocartera de la SL la integran en todo o en parte participaciones de la sociedad dominante, el plazo para su enajenación es el de un año (art. 141 LSC).

58. URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, “La sociedad unipersonal”, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, 2ª ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 1357-1370, pág. 1360.

taria". No se entiende bien por qué esta previsión no es aplicable a las sociedades unipersonales públicas (art. 17) sin perjuicio de que no les sea aplicable la sanción prevista para el incumplimiento de esta obligación (art. 14.LSC): la responsabilidad del socio único de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad si no se ha inscrito esta circunstancia en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses desde la adquisición de la condición de unipersonalidad de forma sobrevenida. Tradicionalmente se arguye que la responsabilidad frente a terceros de la sociedad pública unipersonal está garantizada por la naturaleza del socio (la Administración pública). Pero creemos que el privilegio de la Administración en este punto no está justificado, máxime cuando lo más frecuente es que sea una sociedad mercantil autonómica la titular, a su vez, del capital social de la devenida unipersonal (por ejemplo, como consecuencia de una reestructuración de las empresas del sector público)<sup>59</sup>. La tutela de los acreedores sociales creemos que ha de prevalecer en todo caso, aunque el socio único sea, directa o indirectamente la Administración, máxime si ésta actúa en el tráfico sirviéndose de técnicas propias del Derecho privado, cuales son las de la personificación jurídica de las sociedades mercantiles.

En estas sociedades unipersonales, es el socio único quien ejerce las competencias de la junta general, consignándose sus decisiones en acta, bajo la firma de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad (art. 15 LSC).

Las previsiones del art. 16 LSC relativas a la contratación del socio único con la sociedad unipersonal son aplicables junto con la legislación en materia de contratación pública en los supuestos que proceda la aplicación del TRLSC<sup>60</sup>; la sociedad autonómica deberá llevar un libro-registro legalizado en el Registro mercantil en el que se incluyan los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. Aparece de nuevo un privilegio en favor de la Administración que creemos no justificado si se tiene en cuenta la paridad de trato que ha de preservarse entre las empresas públicas y privadas<sup>61</sup>. Dicho privilegio consiste en que, si la sociedad no ha transcrito en el libro-registro de contratos entre ella y el socio único, determinados contratos, contratos que tampoco se referencian en la memoria anual depositada en el Registro mercantil, en caso de concurso de la sociedad mercantil autonómica o de

59. Estas tesis ya en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. pág. 147, quien critica la legislación estatal por no contener una norma que aclare en el régimen de la LPAAP hasta qué grado deben considerarse como públicas estas sociedades anónimas que no son fundadas directamente por un ente público, sino por otra sociedad anónima controlada por la Administración (op. cit. pág. 148). En la legislación autonómica esta cuestión está solucionada. También muy crítico con los privilegios que el art. 17 LSC confiere a la Administración, DÍAZ MORENO, A., "Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas", en AA.VV., *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, cit. págs. 295-297 y URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, "La sociedad unipersonal", cit. pág. 1363.

60. Sobre este régimen en el ámbito mercantil, v. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 5º, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 209 y ss. y la bibliografía allí citada.

61. HIERRO ANÍBARRO, cit. págs. 1297-1298

la sociedad mercantil autonómica que detenta el cien por cien del capital de la sociedad en concurso, en ese caso no son oponibles a la masa los referidos contratos (art. 16.2 LSC). Tampoco es de aplicación la responsabilidad del socio único frente a la sociedad durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los referidos contratos por las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de los mismos.

Respecto a la contratación del socio único con la sociedad, la condición de pública de la misma nos lleva a traer a colación la aplicabilidad del TRLCP a estos supuestos, especialmente en el caso de las operaciones conocidas en Derecho administrativo como operaciones *in house* a las que denominamos en Derecho mercantil operaciones intragrupo<sup>62</sup>. En primer lugar, la aplicación del TRLCSP debe excluirse en los casos en los que la empresa pública autonómica no tenga la condición de poder adjudicador (art. 3 TRLCSP), esto es, como señala la doctrina, los casos en los que la sociedad mercantil actúa en el mercado como *un auténtico agente económico, desprovisto de funciones administrativas, en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público*<sup>63</sup>.

En el caso de que determinadas sociedades autonómicas puedan considerarse poder adjudicador a efectos del TRLCSP, la doctrina administrativa entiende que el recurso a la personificación jurídico privada para la prestación de obras, suministros o servicios públicos impide considerar que existe contratación entre estos entes y la Administración (o entre las sociedades mercantiles autonómicas entre sí, añadimos nosotros), dada la falta de autonomía decisional de uno de los entes (filial) respecto del otro (sociedad matriz autonómica)<sup>64</sup>. No estaríamos entonces ante contratos entre la sociedad y el socio único sino ante lo que en Derecho administrativo se conoce tradicionalmente como encomiendas de gestión, figura a la que se refiere el TRLCSP en su art. 4. 1 n), y por tanto no les es de aplicación la normativa sobre contratación pública con las excepciones que se prevén en la propia letra n) del art. 4.1, que se remite a los arts. 13 y ss. TRLCSP<sup>65</sup>.

Para el caso de los contratos menores, esto es, contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos (art. 138.3 TRLCSP), el art. 111 TRLCSP únicamente exige para la tramitación del expediente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, con los requisitos que se establezcan regla-

62. Sobre las relaciones *in house*, v. BERNAL BLAY, M.A., "Los encargos a Entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la ley", *Noticias de la Unión Europea*, 298, 2009, págs. 21-34 y del mismo autor, "Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP", REDA, 129, 2006, pp. 77-90.

63. GIMENO FELIÚ, J.M. "La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas", *Presupuesto y Gasto Público*, 60, 2010, págs. 25-40, pág. 28.

64. BERNAL BLAY, "Los encargos a Entidades de la casa...", cit. págs. 21-22, con abundante cita de jurisprudencia comunitaria.

65. Así por ejemplo, los contratos de obras y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada que superen el umbral de los 4.845.000 euros (art. 14) o los contratos de suministro o de servicios con valor estimado superior a 193.000 euros (arts. 15 y 16).

mentariamente. A ello habrá de sumarse ya en el ámbito mercantil la existencia por escrito, o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con la naturaleza del referido contrato, y la transcripción en el libro registro que la sociedad ha de llevar a tal efecto, así como su referencia expresa e individualizada, con indicación de su naturaleza y condiciones en la memorial anual de la sociedad.

Una manifestación del carácter instrumental del recurso a la personalidad jurídica societaria lo encontramos en la posibilidad de que la Administración de instrucciones a las empresas públicas, procedimiento en donde se refleja asimismo el control de la Administración sobre las sociedades públicas autonómicas de capital íntegramente público. El departamento o entidad de gestión, con la conformidad del departamento de tutela, puede dar instrucciones a estas empresas a fin de que realicen determinadas actividades de interés público. Se trata de "casos excepcionales" que han de estar debidamente justificados (art. 145 LPtAr). Estas actuaciones que son competencia de los Departamentos u organismos públicos autonómicos, se realizan a través de las sociedades públicas autonómicas y en el caso de los encargos de ejecución (de los que se excluyen los contratos de suministro) son financiadas a través de créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias con los condicionantes que se detallan en la disp. ad. 13ª TRLCA, en donde se prevé la posibilidad de efectuar un pago anticipado de hasta el 10 % de la primera anualidad y de imputar al coste de los encargos de ejecución hasta un máximo del 5,5% de dicho coste en concepto de gastos generales y corporativos de la empresa. Como medida de control presupuestario de la sociedad pública autonómica, ésta no podrá iniciar la ejecución de la instrucción sin contar con las garantías suficientes para su financiación (art. 145. 2 LPtAr).

Aparece aquí una excepción al régimen general de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, contenido en los arts. 236 y ss. LSC, ya que quedan exonerados de responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros, por los daños que puedan causar por el cumplimiento diligente de las instrucciones recibidas del departamento o entidad de gestión para el desarrollo de estas actividades de interés público<sup>66</sup>. Lo que se excluye es la responsabilidad civil de los administradores prevista en la legislación mercantil, quedando a salvo, entendemos, las responsabilidades penales que pudieran derivarse de su actuación.

Se plantea la cuestión de si la exoneración de responsabilidad de los administradores de estas sociedades participadas al cien por cien por la Administración incluye también otros supuestos de responsabilidad de los administradores recogido en el TRLSC y en Ley Concursal, ambas leyes de carácter mercantil; nos referimos a la responsabilidad de los administradores por no convocar junta general para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o si no solicitan la disolución judicial o el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario

---

66. Similar previsión aparece en el art. 179 LPAAP.

a la disolución (art. 367 LSC) y a la responsabilidad concursal en el caso de que el concurso se haya calificado como culpable (art. 172.3 de la Ley Concursal).

No encontramos argumentos para excluir en estos dos casos la exoneración de responsabilidad de los administradores diligentes en el cumplimiento de las instrucciones de la Administración, socio único directa o indirectamente en esta clase de sociedades. La responsabilidad recaería entonces sobre la Administración, que en el supuesto contemplado en la LSC abarcaría a las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución y en el segundo (concurso culpable), al importe de los créditos que los acreedores no hayan percibido en la liquidación de la masa activa, supuesto este último que puede tener consecuencias mucho más gravosas para el patrimonio de la Administración.

En relación con el concurso de estas sociedades públicas autonómicas, los Tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse al amparo de la nueva Ley Concursal de 9 de julio de 2003 sobre el concurso de sociedades públicas municipales. Así, por Auto de 13 de abril de 2009, (AC 2009\1005) el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga declara que admite a trámite la solicitud de concurso voluntario de «Gerencia de Compras y Contratación de Marbella, SL». Se trataba de una sociedad mercantil con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública que no le quita la naturaleza privada: sustraer a la misma del Derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia. Y es que si bien el artículo 1.3 de la Ley Concursal establece que “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”, se trata de una excepción planteada por el legislador que pretende evitar que los mismos puedan ser declarados en concurso de acreedores precisamente por los mecanismos paraconcursoales que pueden servir al salvamento y por los intereses públicos o el orden público que pudiera resultar afectado, pero esta previsión no alcanza a las sociedades mercantiles públicas que actúan en el tráfico económico.

## V.- LA CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE ARAGÓN S.L.U

Según los datos registrales, a 18 de noviembre de este año, la Corporación Empresarial Pública de Aragón, sociedad limitada unipersonal propiedad al 100 por 100 de la Administración autonómica, que inició sus operaciones el 10 de enero de 2008, tiene un capital social de 420.002.150,00 Euros (esto es, de 69.874.917.691 pesetas).

Si se tiene en cuenta que fue creada por Decreto de 11 de diciembre de 2007<sup>67</sup>, y que se eleva a rango de Ley su reconocimiento por el art. 3 de la Ley 2/2008, de

---

67. Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la empresa pública “Corporación Empresarial Pública de Aragón, Sociedad Limitada Unipersonal”.

14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>68</sup>, con un capital social de 400.000 euros (art. 1.2. Decreto 314/2007), en menos de cuatro años se han ido produciendo ampliaciones del capital social por importe de 408.725.650,00 euros, esto es, de más de 69 mil millones de pesetas, a fin de integrar a las empresas públicas y a las acciones y participaciones sociales de titularidad autonómica en sociedades de economía mixta en el grupo de la Corporación<sup>69</sup>.

El volumen más importante del capital social incrementado en la Corporación Empresarial Pública de Aragón procede de la ampliación de capital realizada en 2008, en concreto cuando se amplía capital por importe de 237.226.240 euros, casi la mitad del actual, como consecuencia del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación Empresarial Pública de Aragón (BOA 8/07/2008)<sup>70</sup>.

A ella hay que sumar de nuevo las aportaciones no dinerarias realizadas por el Decreto 215/2008, de 4 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se

68. Art. 3 Ley 2/2008: “*Corporación Empresarial Pública de Aragón*.1. La Corporación Empresarial Pública de Aragón, constituida con la finalidad de gestionar los títulos societarios autonómicos, es una empresa de la Comunidad Autónoma de Aragón de capital íntegramente público de titularidad de la Administración autonómica, que se mantendrá como único accionista. 2. Corresponderá al Gobierno de Aragón la designación de los titulares de los órganos de administración de la misma y de los representantes del Gobierno, en su condición de accionista único, en la Junta General”.

69. Habría que plantearse si estas ampliaciones de capital por tan elevada cifra no guardan relación en ocasiones con la causa de disolución obligatoria que para las sociedades limitadas se contempla en el art. 363 1 d) LSC: “La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

70. En virtud de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, se incorporan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, para su posterior aportación a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», la totalidad de las participaciones accionariales de titularidad del ente público Instituto Aragonés de Fomento en las empresas «Avalia Aragón, SGR», «Centro Europeo de Empresas e Innovación de Aragón, S. A.», «Viñas del Vero, S.A.», «ARAMON, Montañas de Aragón, S.A.», «Parque Tecnológico del Motor, S.A.», «Parque Tecnológico WALQA, S.A.», «Baronía de Escriche, S. L.», «Desarrollo de Iniciativas Turísticas del Matarraña, S.A.», «Almazaras Reunidas del Bajo Aragón, S.A.», «Casting Ros, S. A.», «La Parada del Compte, S. L.», «Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel, S.A.», «Teruel Aviación, S. A.», «Zumos Catalano Aragoneses, S.A.» y «Corporación Oleícola Jalón-Moncayo, S. L.»

*Artículo 4º. Autorizaciones mercantiles.*

1. Se acuerda ampliar el capital de la compañía «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», de carácter unipersonal, en la cantidad de doscientos treinta y siete millones doscientos veintiséis mil doscientos cuarenta (237.226.240) euros, mediante la creación de veintitrés millones setecientos veintidós mil seiscientos veinticuatro (23.722.624) nuevas participaciones sociales, de diez (10,00) euros de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 40.001 al 23.762.624, ambas inclusive, con lo que el capital social después de la ampliación asciende a la suma de doscientos treinta y siete millones seiscientos veintiséis mil doscientos cuarenta (237.626.240) euros.

2. Se acuerda que la ampliación de capital sea suscrita íntegramente por el socio único, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, consistiendo el desembolso del capital suscrito en la aportación de todas las acciones y participaciones de su titularidad en las sociedades a las que se refiere el artículo 2 de este Decreto, que se relacionan en el Anexo 1.

3. Se faculta al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo y Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» para formalizar y ejecutar los acuerdos que se contienen en este Decreto adoptados por el Gobierno de Aragón en su calidad de máximo órgano ejecutivo de la Administración autonómica, socio único de la sociedad”.

## transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación Empresarial Pública de Aragón (BOA 18/11/2008)<sup>71 72</sup>

71. Decreto 215/2008 Artículo 1. Incorporación de títulos societarios a la Administración de la Comunidad Autónoma. Se incorporan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, para su posterior aportación a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», la totalidad de las participaciones accionariales de titularidad del ente público Instituto Aragonés de Fomento en las empresas «Ciudad del Motor, S. A.», «Parque Tecnológico del Motor, S. A.», «Sociedad para el Desarrollo de Calamocha, S. A.» y «Parque Temático de lo Pirineos, S. A.». En el caso de la compañía «Ciudad del Motor, S. A.», la incorporación se circunscribe a los títulos resultantes que permanezcan adscritos al Instituto Aragonés de Fomento después de la compraventa que se autoriza en el artículo siguiente.

2. Se habilita al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo y al Consejero de Industria, Comercio y Turismo, en su condición de Presidente del Instituto Aragonés de Fomento, para que dispongan las medidas necesarias relativas al reflejo contable, tanto en el ente público como en la Administración de la Comunidad Autónoma, de las operaciones de baja incorporación de los títulos a que se refiere el párrafo anterior.

### Artículo 2. Autorización para disponer.

1. Se autoriza al Consejero de Industria, Comercio y Turismo y Presidente del Instituto Aragonés de Fomento para vender a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» 103.575 acciones de la mercantil «Ciudad del Motor, S. A.», que las adquirirá por su valor neto contable deducido de las Cuentas Anuales de 2007, últimas aprobadas.

2. Se autoriza al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo para que aporte a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» la totalidad de los títulos societarios autonómicos representativos de la titularidad de la Administración autonómica de las participaciones en el capital social de las sociedades mercantiles que se relacionan en el Anexo 1 de este Decreto. Las disposiciones en favor de la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» se realizan a título oneroso, de conformidad con lo dispuesto en la normativa mercantil reguladora de las aportaciones no dinerarias a sociedades, de tal modo que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón recibirá, en participaciones sociales de la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», una cantidad equivalente al valor neto contable que tienen los títulos que se transfieren en la contabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en la fecha de disposición, y que consta en el Anexo 1 de este Decreto.

### Artículo 3. Modificación de los valores de determinados títulos.

1. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Baronía de Escriche, S. L.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 2.200.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

2. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Corporación Oleícola Jalón-Moncayo, S. L.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 30.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

3. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Tecnologías Energéticas Integradas, S. A.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 350.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

4. Se modifican los datos relativos a la compañía «Sociedad para el Desarrollo Medioambiental de Aragón, S. A.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 300.000,00 euros, una vez deducido el importe de los dividendos pasivos.

### Artículo 4. Autorizaciones mercantiles.

1. Se acuerda ampliar el capital de la compañía «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», de carácter unipersonal, en la cantidad de 11.131.390,00 (once millones ciento treinta y un mil trescientos noventa) euros, mediante la creación de 1.113.139 (un millón ciento trece mil ciento treinta y nueve) nuevas participaciones sociales, de diez (10,00) euros de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 23.762.625 al 24.875.763, ambas inclusive, con lo que el capital social después de la ampliación asciende a la suma de 268.083.270,00 (doscientos sesenta y ocho millones ochenta y tres mil doscientos sesenta) euros. La ampliación de capital no dineraria será suscrita íntegramente por el socio único, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, consistiendo el desembolso del capital suscrito en la aportación de todas las acciones y participaciones de su titularidad en las sociedades a las que se refiere el artículo 2 de este Decreto, que se relacionan en el Anexo 1."

72. Pueden consultarse en el BORME las ampliaciones de capital realizadas de entre las que se citan como ejemplo las siguientes: BORME 16 de febrero de 2009; Ampliación de capital. Capital: 11.131.390,00 Euros. Resultante Suscrito: 268.083.260,00 Euros. Ampliación de capital. Capital: 12.000.000,00 Euros. Resultante Suscrito: 280.083.260,00 Euros. BORME de 12 de junio de 2009; Ampliación de capital. Capital: 3.094.600,00 Euros. Resultante Suscrito: 283.177.860,00 Euros. Ampliación de capital. Capital: 14.187.570,00 Euros. Resultante Suscrito: 297.365.430,00 Euros. Ampliación de capital. Capital: 50.165.630,00 Euros. Resultante Suscrito: 347.531.060,00 Euros. BORME 6 de noviembre de 2009.

Ampliación de capital. Capital: 6.150.000,00 Euros. Resultante Suscrito: 357.834.910,00 Euros. Ampliación de capital. Capital: 12.328.270,00 Euros. Resultante Suscrito: 370.163.180,00 Euros. BORME de 8 de febrero de 2011: Ampliación de capital. Capital: 6.545.800,00 Euros. Resultante Suscrito: 407.159.780,00 Euros.

La constitución de la Corporación, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, trae causa de la necesidad de disponer de “un órgano específico y especializado” en la gestión del patrimonio empresarial de Aragón definido por los títulos representativos del capital de titularidad pública, hasta entonces disperso al no estar ni las sociedades mercantiles autonómicas ni las acciones y participaciones minoritarias de titularidad pública integradas en un único grupo empresarial .

Ex art. 136 LPtAr<sup>73</sup> la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. tiene la consideración de sociedad matriz del grupo empresarial de nuestra Comunidad Autónoma. El art.136.2 refiere como objeto social exclusivo de la matriz el “gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen”, de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo.

Según los datos registrales de la Corporación, constituye su objeto social “1. La participación en toda clase de sociedades, la tenencia, administración, disfrute, canje, pignoración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en otras sociedades mercantiles por cuenta propia. 2. La elaboración de informes, procedimientos de evaluación, cuadros de mando, memorias y cualquier otro documento que pueda ser utilizado para el buen gobierno de las empresas participadas. 3. El asesoramiento y asistencia técnica a las empresas participadas. 4. La elaboración de estudios económicos y sectoriales que se le encomienden”.

Aunque no está expresamente previsto en la LPtAr. como objeto social de la matriz del grupo empresarial, hemos de entender que las referencias a la elaboración de informes y documentos que puedan ser utilizados para el buen gobierno de las empresas participadas y la elaboración de estudios económicos y sectoriales que se les encomienden, constituyen actividades accesorias que no alteran la principal, que es la de gestión de los valores y participaciones de titularidad autonómica que se les incorporen.

Pero podría plantear dudas, especialmente en atención a los actos *ultra vires* el hecho de que en el objeto de la Corporación inscrito en el Registro mercantil, si bien se alude a la tenencia, administración, disfrute, canje, pignoración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en otras sociedades mercantiles por cuenta propia, no se incluye la referencia a los instrumentos financieros, (por ejemplo, las opciones sobre acciones). Que la legislación administrativa (art. 136.2 LPtAr) establezca que el objeto social exclusivo de la matriz es “gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen”, no altera la

---

73. Artículo 136. Sociedad matriz. A los efectos previstos en el artículo anterior, se entiende por sociedad matriz una sociedad mercantil autonómica en la que concurran los siguientes requisitos:

1. Su capital será íntegramente público y de titularidad exclusiva de la Administración de la Comunidad Autónoma, que se mantendrá como único socio.

2. Su objeto social exclusivo será gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen.

delimitación del objeto social que resulta de sus estatutos inscritos en el Registro mercantil, ni tampoco puede hacerlo la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, que considera a los contratos financieros de opción como “títulos societarios autonómicos” para cuya gestión está habilitada la Corporación. Será necesario, pues, modificar los estatutos inscritos en el Registro mercantil para incluir en el objeto social la contratación de derivados financieros en los términos de la LPrAr<sup>74</sup>. Aunque bien es cierto que, de realizar el órgano de administración de la Corporación tales operaciones, su validez frente a terceros será la regla general, ya que en la legislación autonómica sí que se recoge esta posibilidad, con lo que el tercero puede presumir el poder de representación del órgano de administración para la realización de estas operaciones (art. 234.2 LSC), tercero que no acudirá al Registro mercantil, por regla general, para comprobar que se trata de un acto comprendido en el objeto social.

De otros extremos relativos a la Corporación como sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público ya nos hemos ocupado en varios de los epígrafes de este trabajo y a ellos nos remitimos.

Nota final: Ya cerrado este estudio se ha publicado en el BOA de 5 de diciembre el Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, que pretende una remodelación del sector público empresarial aragonés mediante la fusión, extinción o venta de aquellas empresas y títulos societarios autonómicos que no contribuyan a la consecución de fines de interés general, así como la mejora de la gestión y control de las empresas autonómicas, la reducción del déficit y la contención del gasto público. Este Decreto-Ley 1/2011 modifica el contenido de los arts. 146 y 147 LPtAr en su disp. final primera.

---

74. Recuérdese que el ámbito del poder de representación de los administradores se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y que la sociedad queda obligada, frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 234 LSC).

## SOCIEDADES PÚBLICAS AUTONÓMICAS Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

ELENA MARCÉN MAZA

Magistrada de lo Contencioso-Administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LCSP Y LAS SOCIEDADES PÚBLICAS AUTONÓMICAS. III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN. IV. MANUALES DE INSTRUCCIONES. V. RÉGIMEN DE REVISIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. VI. JURISDICCIÓN COMPETENTE. VII. VALORACIÓN CRÍTICA.

### I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 128 de la Constitución española reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Se manifiesta así la posibilidad de los poderes públicos de intervenir como agente económico o como empresario en la esfera socio-económica.

En el ámbito estatal la iniciativa pública empresarial se determina conforme al artículo 3º de la Ley General Presupuestaria, que incluye las sociedades mercantiles estatales en el subsector público empresarial, siendo estas definidas en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Aragón permite la creación de un sector público propio (art. 71.32ª), si bien con subordinación a otras dos reglas estatutarias: la conexión de las empresas públicas con las funciones públicas y el respeto a la competencia del Gobierno de Aragón para su creación (art. 100.2). En consecuencia, la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón contiene en su Título VI la regulación del patrimonio empresarial de la Comunidad Au-

tónoma y establece el concepto de sociedad mercantil autonómica, en su artículo 133 “1. *A los efectos previstos en esta ley, se consideran sociedades mercantiles autonómicas las sociedades mercantiles en las que la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen*”.

El mecanismo que permite la intervención de los poderes públicos en la vida económica, social y política para la satisfacción de los fines públicos es la contratación pública, centrándose esta exposición en el régimen de contratación aplicable a las sociedades públicas autonómicas.

## **II.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LAS SOCIEDADES PÚBLICAS AUTONÓMICAS.**

Rige en materia de contratación la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), que ha llevado a cabo la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratos contenida en la Directiva 2004/18.

Recientemente, el pasado 16 de noviembre ha sido publicado el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor el próximo 15 de diciembre, con dos finalidades: integrar en un texto único las modificaciones introducidas a la LCSP por diversas leyes así como integrar las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Ello ha supuesto una reenumeración de los artículos, y en lo referente al contenido de esta exposición, una modificación relativa a la jurisdicción competente.

Para determinar el alcance de la LCSP respecto a la contratación de las Sociedades Públicas Autonómicas, debe partirse de su Exposición de Motivos. Según esta, la Ley de Contratos del Sector Público apuesta decididamente por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo comunitario. A tal fin, abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo y extiende su ámbito de aplicación al sector público, distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18. Es decir, se ha ampliado el tradicional ámbito de aplicación alcanzando ahora a cualquier ente instrumental de las Administraciones Públicas que tenga la consideración de poder adjudicador.

Esta regulación implica que todo ente que tenga la consideración de poder adjudicador deberá aplicar la ley, pero el concreto régimen jurídico dependerá de que el poder adjudicador sea o no Administración Pública y de que el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Para determinar el alcance de la LCSP respecto a la contratación de las Sociedades Públicas Autonómicas procede en primer lugar determinar qué se entiende por poder adjudicador. El art 1.9 de la Directiva 2004/18 establece: “*Son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de*

*Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.*

*Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:*

*a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,*

*b) dotado de personalidad jurídica y*

*c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.*

*En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.”*

Dicho concepto se define por el art 1.9 de la Directiva 2004/18 con arreglo a tres requisitos acumulativos: a) organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, b) dotado de personalidad jurídica y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. En todo caso, el TJCE señala que en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública (STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SEIPSA).

La concreta regulación positiva del ámbito subjetivo de la Ley se establece en sus art 2 y 3. El art 2 expresa que “1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el art. 3”.

El artículo 3 determina el ámbito subjetivo de la Ley y, como refiere su Exposición de Motivos, “A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denomina-

*dos “reguladores independientes”, está formulada en términos extremadamente amplios. Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado -que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma-, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva”*

Del tenor literal del art 3 resulta, que a los efectos de esta ley, existen tres categorías que funcionan como círculos concéntricos: poder adjudicador, Administración pública y sector público. Las sociedades públicas autonómicas explícitamente se incluyen como sector público, pero se excluyen de la consideración de Administración pública por el último párrafo del art 3.2 al prever “No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”.

Ello tiene gran trascendencia práctica. Por una parte, siendo sector público, su régimen de contratación dependerá de si son o no poder adjudicador conforme al criterio del TJCE, siendo siempre poder adjudicador si tienen la consideración de medio propio (art 4 n y 24.6 LCSP). Por otra parte, los art 19 y 20 de la LCSP distinguen entre contratos administrativos y contratos privados, según se celebren o no por una Administración pública, de modo que los contratos celebrados por las Sociedades públicas autonómicas son siempre contratos privados, porque así lo establece taxativamente el art 20. 1. “Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

La distinción entre contrato privado y administrativo conlleva una doble consecuencia, relativa tanto al régimen jurídico aplicable a la contratación como a la jurisdicción competente para la resolución de controversias. A continuación analizaré cada una de estas cuestiones.

### III.- RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN.

Así, los contratos de las Sociedades públicas autonómicas, como contratos privados, se regulan por el art 20 LCSP y “se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

*No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.”*

Como he señalado, la concreta regulación depende de la consideración de las Sociedades públicas autonómicas como poder adjudicador y de que el contrato esté o no sujeto a regulación armonizada.

Dicha expresión de “contratos sujetos a regulación armonizada” es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico y se ha acuñado por la ley para definir los contratos sometidos a las directrices europeas, con la finalidad de modular la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, limitándola sólo a los casos estrictamente exigidos. La LCSP establece en sus artículos 13 a 15 la delimitación entre los contratos sujetos a regulación armonizada y no armonizados es decir, no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria. Sin descender al detalle, dada la limitación temporal de la exposición, sí conviene señalar a título meramente indicativo que están sujetos a regulación armonizada los contratos de colaboración del sector público y privado, y los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros, y los contratos de servicios y de suministros de valor superior a 193.000 euros (importes determinados por Reglamento CE núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que conciernen a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos). Y tal indicación se efectúa por la simple razón de que, a la vista de tales cantidades, parte de los contratos que se celebran por las sociedades públicas autonómicas tendrán carácter de contratos sujetos a regulación no armonizada.

Sistematizando, cabe diferenciar por una parte A) el régimen jurídico de las Sociedades públicas autonómicas en las que concurren las notas de poder adjudicador del sector público, diferenciando a su vez entre contratos sujetos o no a regulación armonizada; y, por otra, B) el régimen jurídico de las Sociedades públicas autonómicas que no son poder adjudicador.

A) Sociedades públicas autonómicas que son poder adjudicador y celebran contratos sujetos a regulación armonizada y contratos subvencionados:

I. En cuanto a su preparación, están sujetos a la LCSP (art 121.1 LCSP y 137.1 TR):

Deberán observar las reglas establecidas en el art. 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los arts. 102 a 104 Reglas especiales de ejecución del contrato, Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales e Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo

Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo

debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el art. 96.2.b) sobre reducción de plazos.

II. En cuanto a su adjudicación, están sujetos a la LCSP, con las siguientes salvedades (174 LCSP y 190 TR):

- Inaplicación de las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del art. 134, sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos.

- Inaplicación de las normas establecidas sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, de los apartados 1 y 2 del art. 136.

- Inaplicación de las normas establecidas en el art. 140 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 (si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, la formalización del contrato no puede efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos) y lo previsto en el apartado 5 (140.5 No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos de tramitación de emergencia, previstos en el art 97 de esta Ley ).

- Inaplicación del procedimiento de examen de proposiciones y posterior propuesta de adjudicación, establecido en el art. 144.

- Inaplicación del catálogo de causas de utilización del procedimiento negociado en contratos de gestión de servicios públicos del art. 156.

- No será obligatorio publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación del Estado o en el sistema equivalente gestionado por la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

- Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el art. 96.2.b) sobre reducción de plazos.

III. Efectos y extinción se rigen por del Derecho Privado, siendo posible someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren (art 320 LCSP y art 50 TR).

B) Sociedades públicas autonómicas en las que concurren las notas de poder adjudicador del sector público y celebran contratos no sujetos a regulación armonizada :

I. En cuanto a su preparación (art 121.2 LCSP y 137.2 TR), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los

licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el art. 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

II. En cuanto a la adjudicación (art 175 LCSP y 191 TR) los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en su ámbito interno, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

Si bien el art. 175 no lo previene explícitamente, hay que entender que son también de aplicación las previsiones de la LCSP relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato.

C) Sociedades públicas autonómicas que no son poder adjudicador.

Regularán sus contratos por manuales de instrucción (artículo 176 LCSP y 192 TR) que respetando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, permitan adjudicar a la empresa que realice la oferta económicamente más ventajosa.

En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En tanto no se adopten los manuales de instrucción para los distintos entes del sector público que no son Administración Pública serán de aplicación las normas y procedimientos previstos para los contratos armonizados, si bien el régimen jurídico del contrato será en todo caso privado (Disposición Transitoria Sexta de la LCSP y DT 5ª TR).

En todo caso, la LCSP se aplicará a los contratos celebrados por las Sociedades Públicas autonómicas, incluso aunque no sean poder adjudicador, cuando el importe es de umbral comunitario y cuando se trata de los contratos subvencionados y contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas (artículos 17 y 250 LCSP y art 193 TR).

#### **IV.- MANUALES DE INSTRUCCIONES.**

La indeterminación legal del contenido mínimo de tales manuales ha dado lugar a la Recomendación 1/2008 de 10 de junio de la Junta consultiva de contrata-

ción Administrativa de Aragón, referente tanto al procedimiento de elaboración de los manuales como a su contenido mínimo.

Desde el punto de vista formal, el procedimiento de aprobación del manual se llevará a cabo, de forma sucesiva, a través de las siguientes fases:

- Elaboración por el organismo o entidad.
- Informe preceptivo de los servicios jurídicos competentes, y facultativo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Aprobación por el órgano competente
- Publicación en el perfil de contratante.

En el manual deberá figurar el órgano que lo ha aprobado con la referencia a los informes evacuados, así como la fecha de aprobación y de publicación en el perfil del contratante.

Desde el punto de vista material, el contenido mínimo de estos manuales de instrucción, cuestión sobre la que guarda silencio la LCSP, deberá identificar la entidad contratante, norma de creación y naturaleza jurídica, indicando su consideración de no Administración Pública, así como el ámbito de aplicación del mismo, que será exclusivamente para contratos no armonizados.

Los aspectos a regular en las instrucciones, serían los siguientes:

A) Designación de la unidad u órgano responsable de la adjudicación del contrato, siendo de aplicación las previsiones del artículo 291, apartados 2, 4, y 6 LCSP sobre órganos competentes en materia de contratación. En función de la organización del organismo o entidad, en el manual se determinará la unidad u órgano competente para tramitar y resolver los contratos, según su tipo o su cuantía. Si se opta por el establecimiento de Mesa de contratación, su composición genérica ha de concretarse en las propias instrucciones, como garantía del principio de transparencia.

B) Condiciones de aptitud del licitador: son aplicables las normas generales sobre capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de la LCSP que se refieran al “sector público”. La exigencia de clasificación es potestativa (artículo 54.5), se admiten medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en la LCSP (artículo 63.2), y no son de aplicación los artículos 69 y 70 de la LCSP (acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental). Es de obligado cumplimiento la previsión del artículo 52 LCSP (subcontratación como parámetros de solvencia).

C) Procedimientos de adjudicación: Las instrucciones podrán recoger el régimen que estimen conveniente, siempre que se garanticen los principios enumerados por el artículo 175.a) y que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa, siendo de aplicación el 134 LCSP.

El diseño de nuevos procedimientos debería evitar la utilización de la terminología con la que la LCSP se refiere a los distintos procedimientos de adjudicación (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo y acuerdo marco) con

el fin de evitar confusiones innecesarias e inseguridad jurídica. Es recomendable optar por denominaciones distintas que no susciten dudas de reglas de aplicación (por ejemplo, procedimiento simplificado, concurso simplificado, adjudicación a mejor precio...).

D) Se han de concretar de forma clara y precisa los plazos de cada una de las fases del procedimiento (mínimos respecto al plazo de presentación de ofertas y de subsanación de la documentación y máximos respecto a valoración y elevación de la propuesta de adjudicación, así como para la adjudicación, entre otros). Debe indicarse si el cómputo de días es en días hábiles o naturales, la remisión a los plazos mínimos establecidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, puede resultar adecuada, dejando su concreción al anuncio de licitación, dada la variedad de plazos, en función del tipo de contrato, cuantía, procedimiento y forma de tramitación. No obstante, en contratos realizados de forma habitual por el poder adjudicador debería indicarse en el manual dichos plazos.

E) Garantía de adecuada publicidad. El artículo 175.c) sólo alude, en los contratos no armonizados de cuantía superior a 50.000 euros que celebren esas entidades, a la necesidad de publicar "información relativa a la licitación". No aclara qué tipo de publicidad resulta necesaria, pero es aconsejable que se utilice el perfil de contratante como sistema de publicidad. Deberá indicarse en el manual de instrucciones el contenido mínimo del anuncio de licitación, en el que se describirán las características esenciales del contrato, tales como la identificación de la entidad contratante, objeto del contrato, cuantía, plazo de presentación de solicitudes, dirección donde los interesados pueden recabar información adicional. El anuncio deberá contener la información suficiente para que el potencial licitador pueda decidir su participación.

Resulta también necesario indicar el lugar de presentación de proposiciones (Registro del poder adjudicador y/o Registro General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón), admisión de proposiciones presentadas por correo y requisitos para su admisión.

F) Condiciones de ejecución Se podrán incluir aspectos relativos a formalización, revisión de precios, penalidades contractuales, causas de modificación, resolución de conflictos mediante arbitraje.

G) Como consecuencia del carácter privado de los contratos señalar la competencia de la jurisdicción civil para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación, adjudicación, efectos y extinción, según se desprende de los artículos 20 y 21.2. LCSP.

H) Para dar efectividad al principio de confidencialidad se respetará el secreto de las ofertas por parte del poder adjudicador, garantizándose que no exista información privilegiada para ningún licitador.

I) En caso de que sean exigidas garantías, deberá indicarse la forma y lugar de consignación, los porcentajes máximos, así como la posibilidad de constituir una garantía global. También podrá indicarse plazo y documento de formalización

del contrato, revisiones de precios, contenido mínimo del contrato, así como los gastos asumibles por el contratista.

## **V.- RÉGIMEN DE REVISIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PUBLICOS DE ARAGON.**

La actividad contractual desarrollada por las sociedades mercantiles autonómicas es susceptible de control tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

La actividad contractual de las sociedades públicas autonómicas que ostenten la condición de poderes adjudicadores será susceptible de control por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, creado por la Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

Nuevamente la Ley se basa en el concepto de poder adjudicador, de modo que las actuaciones de las sociedades que no tengan este carácter podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón corresponde el conocimiento del recurso especial en materia de contratación, previsto en el art 310 LCSP (40 TR), y de la cuestión de nulidad contractual contemplada en el art 37 de la LCSP (art 37 TR), así como de las medidas cautelares o provisionales en tales procedimientos. Igualmente conocerá de las reclamaciones y cuestiones de nulidad previstas en los art 101 y 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar en tales casos.

Son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos sujetos a regulación armonizada, contratos subvencionados y contratos de las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 193.000 €, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000€, y el plazo de duración superior a cinco años.

Los actos recurribles son los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales reguladores de las condiciones de la contratación y los actos de trámite cualificados adoptados en el procedimiento de adjudicación, así como los acuerdos de adjudicación. Contra tales actos no cabe recurso administrativo ordinario, sino sólo el recurso especial.

La Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón, no establece peculiaridades relativas a los contratos ni a los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación o de nulidad, ni tampoco a los supuestos especiales de nulidad, siendo aplicable lo dispuesto por

la LCSP. Es destacable que según la DT 8ª del TR “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.”

Únicamente señala la legislación aragonesa dos especialidades procedimentales:

- la primera, la presentación del anuncio previo a la interposición del recurso y de la reclamación especial en materia de contratación se realizará en el registro del órgano de contratación, debiendo este dar traslado inmediato al Tribunal de esta circunstancia.

- la segunda, el Tribunal, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar la inadmisión del recurso o la reclamación cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

- a) La incompetencia del Tribunal.
- b) La falta de legitimación del recurrente.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
- d) Haber finalizado el plazo de interposición del recurso.

El Tribunal, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse para que, en el plazo común de cinco días hábiles, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar.

Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en el art. 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el art. 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## VI.- JURISDICCIÓN COMPETENTE.

La distinción entre contrato administrativo y privado se aplica por la LCSP para determinar la jurisdicción competente para resolver las cuestiones litigiosas, en su artículo 21: “1. *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el art. 17 así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de los recursos*

*interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el art. 311 de esta Ley.*

*2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.”*

Es decir, los contratos celebrados por Sociedades públicas autonómicas son contratos privados, por lo que a efectos de jurisdicción competente cabe diferenciar:

a) en relación con los efectos, cumplimiento y extinción, la regla general de competencia del orden jurisdiccional civil, en todo caso;

b) en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados, regla general de competencia del orden jurisdiccional civil, salvo que se trate de contratos sujetos a una regulación armonizada, contratos subvencionados, y contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros(servicios de hostelería y restaurante, servicios de transporte por ferrocarril, de transporte fluvial y marítimo, de transporte complementarios y auxiliares, de servicios jurídicos, de colocación y suministro de personal, de investigación y seguridad, excepto de furgones blindados, de educación y formación profesional, servicios sociales y de salud, y de esparcimiento, culturales y deportivos).

Esto es, en todo caso conoce la jurisdicción civil de los contratos celebrados por las sociedades públicas autonómicas, salvo en materia de preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.

EL TR de la LCSP ha incluido un nuevo párrafo, según el cual *“3. El conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los preceptos contenidos en la sección 4ª del Capítulo II del Título II del Libro IV de esta Ley será competencia del orden jurisdiccional civil, salvo para las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.”*

Es decir, será competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los artículos 259 a 265, relativos a la financiación privada en los contratos de concesión de obra pública, respecto a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que dichos preceptos atribuyen a la Administración concedente.

## VII.- VALORACIÓN CRÍTICA

Recapitulando, la aplicación de la LCSP a las Sociedades públicas autonómicas dependerá de su consideración como poder adjudicador, porque quedan en

todo caso excluidas del concepto de Administración Pública a los efectos de la misma. Por ello, sus contratos siempre son privados, de modo que no se aplican las prerrogativas administrativas propias de todo contrato administrativo.

Como valoración crítica, la aplicación de la LCSP a las sociedades públicas autonómicas, limita la tradicionalmente llamada huida del derecho administrativo, puesto que, en todo caso, se aplican los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; y, con carácter general, se establece la obligatoriedad de que el contrato se adjudique a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

Ahora bien, en la práctica, los contratos no armonizados celebrados por las Sociedades públicas autonómicas quedan excluidos de las previsiones de la Ley y se rigen por los manuales de instrucción que ellas mismas aprobarán. Esta “deslegalización procedimental” puede originar la proliferación de variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.), siempre que se ajusten a los principios citados. Además, estas Instrucciones se publican en los específicos perfiles de contratantes, y su número es tan elevado que dificulta a los licitadores tener una visión de conjunto cercenando el principio de concurrencia, teniendo en cuenta el volumen de la actividad contractual dado el número de entes y de los contratos que realizan.

Por ello, autores destacados consideran que hubiera sido mejor introducir flexibilización (concursos simplificados, documentación sólo exigible al adjudicatario propuesto, etc.), pero uniforme para todos estos supuestos.

Por último, en tanto los contratos celebrados por las sociedades públicas autonómicas son contratos privados, los litigios relativos a los mismos se someten a la jurisdicción civil, pues formalmente no se trata de actos administrativos, con la única excepción de actos de preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, y de las cuestiones litigiosas suscitadas por aplicación de los artículos relativos a la financiación privada en los contratos de concesión de obra pública, y solamente respecto a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que dichos preceptos atribuyen a la Administración concedente ( art 21.3 del nuevo TR).

Ello supone resucitar la dualidad de jurisdicciones, incluso en materia de preparación y adjudicación, generando una innecesaria inseguridad jurídica.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- J. M. GIMENO FELIU, “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, Revista de Administración Pública 176, 2008.
- J. M. GIMENO FELIU “La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las administraciones Públicas”, Revista de Administración Pública.

- J. M. GIMENO FELIU, "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública, REDA nº 147, 2010."
- F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago, Actualidad Jurídica Aranzadi 743, 17 de enero de 2008.
- A. PEÑA OCHOA, "La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración pública", en libro col. Estudios Sobre la Ley de Contratos del Sector Público, Fundación, Democracia y Gobierno Local/ Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009.

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS AUTONÓMICAS

ALFONSO PEÑA OCHOA

Funcionario del Cuerpo de Funcionarios Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón.

**SUMARIO:** I. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN. II. LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. 1. Una reflexión sobre el concepto de sociedad mercantil autonómica en la legislación pública aragonesa. 2. La creación de sociedades mercantiles autonómicas: reglas de derecho público y reglas mercantiles. 3. El estatuto especial de las sociedades mercantiles autonómicas: sujeción al control parlamentario, al régimen de rendición de cuentas y autorización previa administrativa de algunas de sus decisiones. 4. La contratación pública de las sociedades mercantiles autonómicas.

### I.- LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN.

La Comunidad Autónoma de Aragón ha creado desde 1982 un complejo entramado institucional compuesto por entidades públicas, sociedades mercantiles y, últimamente, también por fundaciones de iniciativa pública e, incluso, hasta asociaciones, que conforman el denominado sector público autonómico aragonés.

La habilitación para implantarlo se contiene, actualmente, en el artículo 71.32<sup>a</sup>.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 que, en el marco del reconocimiento constitucional de “la iniciativa pública en la actividad económica”, prevista en el artículo 128.2 de la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma de la competencia exclusiva para “*la creación y gestión de un sector público propio*”, en parecidos términos a como lo hacían el artículo 35.1.14<sup>a</sup> del primer

Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982 y el artículo 35.1.24<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Aragón reformado en 1996.

Como es fácilmente apreciable, este artículo del Estatuto utiliza impropia-mente la expresión “sector público” para referirse, más concretamente, a la posibilidad de crear entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles bajo el control de la Comunidad Autónoma, asimilando de este modo el concepto de sector público, más amplio, con el más restringido de sector público empresarial. Prueba de ello es que esta autorización para la creación de un sector público propio se inserta, sistemáticamente, dentro del título competencial de la planificación y el fomento del desarrollo económico, título que tiene un desarrollo específico en el artículo 100 del Estatuto en el que se concreta esa posibilidad en la facultad que asiste al Gobierno de Aragón “*de constituer empresas públicas*” no para cualquier objeto sino, exclusivamente, “*para la ejecución de las funciones reconocidas en el presente Estatuto.*”

En uso de esta habilitación estatutaria, los poderes públicos aragoneses han construido desde 1984 un importante patrimonio empresarial, especialmente concentrado en las participaciones en las sociedades autonómicas mercantiles que integran su sector público.

## II.- LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

A diferencia de otras Administraciones, en el caso de Aragón la totalidad del sector público empresarial se organiza a través sociedades mercantiles de la Comunidad Autónoma, pues, en nuestra opinión, ninguna de las restantes entidades de derecho público o sujetas al ordenamiento jurídico privado creadas por la Comunidad Autónoma realizan actividades prestacionales, gestionan servicios o producen bienes de interés público para su comercialización a cambio de contraprestación a satisfacer por los usuarios, por lo que carecen de carácter empresarial.

En cuanto a las características de estas empresas, hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón, el derecho público aragonés, había optado, de forma poco innovadora, por un concepto legal de empresa pública reduccionista, que giraba en torno a la idea de la participación mayoritaria de la Comunidad Autónoma en el capital social de la sociedad, homologándose en esto la regulación aragonesa a la tradicional del Estado y a la de la mayoría de Comunidades Autónomas.

Este concepto chocaba abiertamente con la más amplia definición de empresa pública en el Derecho Comunitario<sup>1</sup>, que sobrepasa el criterio de la participación mayoritaria en el capital suscrito de la compañía para considerar empresa pública a “cualquier empresa sobre la que los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, que se presume cuando posean la

---

1. Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.

mayoría del capital suscrito, dispongan de la mayoría de los derechos de voto o puedan designar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o de vigilancia de la empresa.”

El asunto que tratamos no es irrelevante, pues, de acuerdo con la definición legal que se contiene en el artículo 83 del texto refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>2</sup>, que entendemos desplazada por la Ley de Patrimonio de Aragón, sólo tenían la consideración de empresas de la Comunidad Autónoma *“exclusivamente, las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos”*.

En consecuencia, durante la vigencia del texto refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>3</sup>, las sociedades mercantiles en las que la participación directa o indirecta de la Comunidad Autónoma en el capital social suscrito fuera igual o inferior al 50%, aunque su actuación dependiera de su influencia dominante, no estaban sujetas al estatuto jurídico especial previsto para las empresas públicas autonómicas.

Por el contrario, en el régimen vigente del artículo 133 de la Ley de Patrimonio de Aragón, el criterio por el que se inclina el legislador para calificar a una sociedad mercantil como autonómica es, por fin, el de la influencia dominante que puedan ejercer, conjunta o separadamente, la Administración, los organismos públicos o empresas de la Comunidad Autónoma, directa o indirectamente, en razón de la propiedad, de las aportaciones financieras o de las normas que la rigen, legales o propias de las sociedad -especialmente, los estatutos-, siempre que de su aplicación se derive un efectivo control de los órganos sociales o de la actividad de la sociedad.

### **1. Las sociedades mercantiles autonómicas en la legislación pública aragonesa.**

Las sociedades mercantiles autonómicas deben constituirse, necesariamente, bajo forma jurídica mercantil, de acuerdo con la previsión que se contiene en el artículo 133 del Ley de Patrimonio de Aragón, que al definir estas, de modo tautológico, dice que serán las *“sociedades mercantiles en las que la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades participadas, conjunta o separadamente, puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante”*. También el artículo 7 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>4</sup>, exige forma mercantil para las denominadas, en terminología del año 2000, empresas de la Comunidad Autónoma.

De lo anterior se deduce que está prohibido la constitución sociedades mercantiles autonómicas con forma de sociedad civil y, también, la constitución de sociedades mercantiles por la forma y civiles por el objeto social, a las que se

2. Aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, en adelante TRLACA.

3. Aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, en adelante TRLPCA.

4. Aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón. En adelante, TRLHCA.

refiere el artículo 1670 del Código Civil. Nada dice, por el contrario, la Ley de Patrimonio en cuanto al tipo que pueda adoptar la sociedad mercantil, por lo que cabría admitir la posibilidad de constituir tanto sociedades de corte personalista como sociedades mercantiles de capital, aunque creemos que siempre debe optarse por sociedades en las que se limite la responsabilidad de la Comunidad Autónoma como socio o partícipe, como con todo acierto establecía el derogado artículo 73.3 del TRLPCA.

La realidad confirma que todas las creadas por la Comunidad Autónoma hasta la fecha han sido sociedades mercantiles de capital, en la mayoría de los casos constituidas como sociedades anónimas. A partir de los primeros años 2000 venimos observando una clara preferencia por la forma de sociedad de responsabilidad limitada en las sociedades públicas de nueva creación, desde la autorización para constituir Suelo y Vivienda de Aragón, SL., que se contiene en el Decreto 295/2001, 6 de noviembre, del Gobierno de Aragón. Sin duda, esta opción se basa en el régimen más flexible de este tipo de sociedades limitadas, frente al más intensivo y garantista para los terceros que resulta de aplicación a las sociedades anónimas. En este sentido, no faltan opiniones, que compartimos, que sostienen que las sociedades del sector público deberían adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima, puesto que este nivel superior de exigencia legal es el que mejor se compadece con los intereses públicos, siempre implícitos en cualquier entidad creada por la Administración.

En cuanto a la forma mercantil obligatoria de la sociedades autonómicas, debemos recordar por la transcendencia que este tema tiene en importantes ámbitos de actuación de esta sociedades, como por ejemplo el contractual, que el hecho de que estas se constituyan bajo una personificación jurídico-privada de sociedad mercantil, generalmente como sociedades anónimas, no implica que su actividad sea substancialmente de carácter industrial, comercial o mercantil. Aunque el artículo 2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, atribuye a las sociedades de capital carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, es conveniente advertir que una cosa es que la sociedad sea mercantil por razón de su forma o tipo societario y otra, bien distinta, que su objeto sea mercantil<sup>5</sup>. Corroborando cuanto decimos, se puede constatar de la simple lectura de su objeto social que muchas de las sociedades mercantiles autonómicas creadas carecen por su objeto de vocación mercantil o industrial, siendo del todo evidente que han sido creadas para satisfacer necesidades de interés general.

## **2. La creación de sociedades mercantiles autonómicas: reglas de derecho público y reglas mercantiles.**

La creación de las sociedades mercantiles autonómicas se debe ajustar a las normas de Derecho Privado que resulten de aplicación, en función del tipo de

---

5. Este tema se aborda con especial atención en la Instrucción 5/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, sobre contratación de las fundaciones del sector público, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas dependientes de la Administración del Estado.

sociedad elegido, pero, previamente, en atención a la personalidad jurídico-pública de la entidad fundadora y, de acuerdo con los artículos 134 y 141 de la Ley de Patrimonio de Aragón y con el procedimiento previsto en el artículo 84 del TRLACA, la constitución -y también la disolución- de las sociedades mercantiles autonómicas deberá estar precedida de la tramitación de un expediente y, finalmente, ser autorizada por el Gobierno de Aragón, mediante Decreto.

El expediente lo deberá instruir el Departamento, organismo público o sociedad mercantil que proponga la creación de la sociedad y se tramitará por el Departamento de tutela, y en el deberá acreditarse la conexión de la sociedad con las funciones y competencias de la Comunidad Autónoma.

De acuerdo con las previsiones del artículo 84 TRLACA, el Decreto de autorización de la constitución de la sociedad, que pese a su forma es el soporte de un acto administrativo y en ningún caso una disposición de carácter general, como contenido mínimo expresará:

- la forma jurídica elegida por la Administración fundadora para la sociedad,
- el objeto social,
- la duración de la sociedad y la fecha en que darán comienzo sus operaciones, el capital de la misma y la participación que, directa o indirectamente, asuma la Comunidad Autónoma en el caso de que la sociedad no sea íntegramente pública o, aun siéndolo, este participada por varias empresas de la Comunidad Autónoma,
- la organización y funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del Consejo de Administración y
- las funciones que se reserve el Gobierno de Aragón, entre las que estarán el conocimiento de la gestión social y de las distintas cuentas y la aprobación del programa de actuación, inversiones y financiación (PAIF).

En el procedimiento de autorización de la creación de la sociedad deberán quedar acreditados los fines de interés público que el Gobierno persigue con su actividad. Viene al caso recordar que, de acuerdo con el Estatuto de Aragón, la actividad empresarial de la Comunidad Autónoma es posible, pero tiene límites, puesto que las sociedades mercantiles autonómicas deben mantener, en cuanto a su actividad y objeto social, una vinculación estrecha con las funciones estatutarias atribuidas a la Comunidad Autónoma, llegando a concretar el propio Estatuto que las finalidades de la planificación económica y de la constitución de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma, que se autorizan en el artículo 100, deberán ser "atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo territorial autonómico y sectorial, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, potenciar los recursos de su territorio y su aprovechamiento, y garantizar un desarrollo sostenible". En consecuencia, la creación de cada una de las sociedades mercantiles autonómicas debe obedecer a algunos de estos fines públicos de interés general.

Una vez autorizada por el Gobierno la creación de una sociedad autonómica, acto administrativo que no tiene ningún valor constitutivo, su constitución efec-

tiva se registrará, ahora sí, por las normas de derecho privado relativas a la constitución de sociedades mercantiles, en cuya virtud, para que una sociedad pueda iniciar su actividad, debe estar, efectivamente, constituida ante Notario e inscrita la correspondiente escritura pública de constitución en el Registro Mercantil de su domicilio social, fecha en la que, finalmente, quedará dotada de personalidad jurídica, en virtud de la inscripción.

### **3. El estatuto especial de las sociedades mercantiles autonómicas: autorización administrativa previa de algunas de sus decisiones, sujeción al régimen presupuestario público, de contabilidad pública y de rendición de cuentas. Normas especiales en materia de personal. El control parlamentario de su actividad.**

Las sociedades mercantiles autonómicas, coherentemente con la forma jurídico-privada que adquieren, se rigen en sus actuaciones por el ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de la sujeción a las normas de derecho público que les resulten de aplicación como consecuencia de ser una Administración Pública, aunque sea indirectamente, su accionista de referencia. Como es bien conocido en el caso aragonés, esta doble sujeción a los ordenamientos privado y público genera importantes problemas en la gestión de estas sociedades, pues, en ocasiones, las disposiciones de uno y otro régimen son contradictorias entre sí, sin que resulte pacífico encontrar una regla de prevalencia. Pero, a su vez, esta subordinación a las normas de derecho público, viene a poner de manifiesto las tensiones en las que se debate el legislador aragonés respecto al funcionamiento de las empresas públicas. Y es que, en efecto, nuestra legislación, por un lado, permite a la Administración aragonesa organizarse bajo formas mercantiles alternativas a las tradicionales fórmulas de gestión administrativa, para así disponer de una amplísima flexibilidad en la gestión de sus propias competencias. Y, al mismo tiempo, plenamente consciente el legislador de la titularidad pública de esas competencias y de los recursos que las financian, establece toda una normativa de repliegue de esa huida permisiva hacia la flexibilidad, en la que se contiene un paquete de restricciones, obligaciones y controles a su gestión, que conforman lo que hemos venido a denominar estatuto especial de las empresas públicas.

Así, en materia contractual, las sociedades mercantiles autonómicas se someten a las disposiciones del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para la adjudicación de sus contratos onerosos de obras, suministros y servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la citada disposición. En este ámbito, el artículo 14 del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, prohíbe a las sociedades celebrar contratos de cuantía superior a 12.000.000,00 euros sin autorización del Gobierno de Aragón.

También deben aplicar estas sociedades la normativa pública para la confección y aprobación de sus presupuestos –que, de conformidad con los artículo 111 del Estatuto de Autonomía de Aragón y 34 del TRLHCA, se deben integrar en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, para su liquidación, y para

satisfacer la obligación de rendir cuentas de su actividad, anualmente, al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Aragón, como consecuencia de estar sometidas al régimen de contabilidad pública<sup>6</sup>.

En cuanto al control de su actividad económico-financiera, las sociedades mercantiles autonómicas se encuentran sometidas al control independiente del Tribunal de Cuentas<sup>7</sup> y de la Cámara de Cuentas de Aragón<sup>8</sup> y al control interno de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por razón de su pertenencia al sector público<sup>9</sup>, control financiero que estas instituciones fiscalizadoras deben ejercer incluso en los casos en que las sociedades estén obligadas a auditarse de acuerdo con la legislación mercantil de Auditoría de Cuentas. Singularmente en estos casos, el artículo 146 de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón, preveía que, las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público obligadas a someter sus cuentas a auditoría, deberán constituir una comisión de auditoría y control, dependiente del consejo de administración, con la composición y funciones que se determinen en sus estatutos sociales. Este precepto, de efímera vigencia, se ha visto sustituido por una nueva redacción del artículo 146, operada por el Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, en el que la creación de las comisiones de auditoría y control solo se exige para las sociedades mercantiles autonómicas calificadas como sociedades matrices, en cuyo caso ejercerán sus competencias respecto de todas las sociedades del grupo empresarial. El propio el Decreto-Ley 1/2011 dispone en su artículo 12 la creación de una comisión de auditoría y control en la Corporación Empresarial Pública de Aragón, que estará integrada por un administrador de la sociedad, un representante de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y un experto independiente.

Pero la intervención de la Administración también desciende a aspectos cotidianos de la gestión de las sociedades como son la definición de la propia estrategia de gestión, la aprobación de los planes de reestructuración del sector

6. De acuerdo con el artículo 90 del TRLACA, las empresas de la Comunidad están sometidas al régimen de contabilidad pública y al control económico-financiero, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Dicha sujeción, según el artículo 77 del TRLHCA, lleva consigo la obligación de rendir cuentas de las respectivas operaciones, a las Cortes de Aragón y al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Según el artículo 84 del TRLHCA, y el artículo 23 del Decreto 22/2003, de 28 de enero, la Cuenta General comprende la de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y las de los organismos públicos, las de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón y las del resto de entidades participadas obligadas a rendir cuentas, por lo tanto, el examen de la Cuenta General incluye el examen de las cuentas de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 81 TRLHCA, prevé que las mencionadas empresas se ajustarán a las disposiciones del Código de Comercio, o las que se dicten en su desarrollo, y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas.

7. Ex. artículo 136 de la Constitución y artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

8. Ex. artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Aragón y artículo 2 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

9. Ex. artículo 70 del TRLHCA, reproducido en el artículo 11 del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial.

público empresarial, el régimen de las aportaciones o reducciones del capital social, la transformación, fusión, escisión y disolución de sociedades, la adquisición o enajenación de participaciones, o las operaciones asunción y cancelación de deudas por importes superiores a 3 millones de euros (operaciones patrimoniales sujetas a autorización administrativa, pues, de conformidad con el art. 134 LPA, requieren acuerdo previo del Gobierno de Aragón). En particular, también se requiere la autorización del Gobierno, mediante Decreto en este caso, para la suscripción y adquisición de acciones o participaciones de una empresa ya constituida que supongan la obtención de una posición mayoritaria de la Comunidad Autónoma en el capital social (artículo 84 TRLACA y 132 LPA). Del mismo modo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 LPA, las enajenaciones de títulos representativos de la participación de la Comunidad Autónoma en el capital social de una compañía que impliquen la pérdida de la posición de dominio, independientemente de su cuantía, deberán estar autorizadas por el Gobierno mediante Decreto, ahora sin necesidad de obtener habilitación previa por Ley de las Cortes de Aragón para la enajenación de los títulos cuando su valor supere los 2 millones de euros, como ocurría durante la vigencia del régimen derogado del TRLPCA. Igualmente, se requerirá autorización del Gobierno de Aragón, instrumentada en este caso en un simple Acuerdo, no en un Decreto, según se desprende del artículo 134 d) LPA, para suscribir nuevas acciones o participaciones como consecuencia de acuerdos sociales de aumento del capital social y para la reducción de capital de sociedades mercantiles autonómicas, sobre las que ésta ya ostenta, por tanto, una posición de control. Y, por último, también están sujetas a autorización administrativa la aplicación de resultados y la obtención de financiación ajena mediante el recurso al endeudamiento.<sup>10</sup>

10. El artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2011, en relación con las operaciones financieras previstas en el Presupuesto y en el PAIF del ejercicio de los organismos públicos, empresas y demás entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma, establecía lo siguiente:

“1. Cada uno de los siguientes organismos públicos de la Comunidad Autónoma podrá concertar operaciones de endeudamiento a largo plazo, previa autorización expresa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, hasta un importe máximo de:

Corporación Aragonesa de Radio y Televisión: TRES MILLONES DE euros.

Instituto Tecnológico de Aragón: DOS MILLONES DE euros.

2. El resto de entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma deberán obtener autorización previa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo para concertar cualquier operación de endeudamiento a largo plazo. A estos efectos, se considerarán operaciones a largo plazo aquellas que se formalicen por un plazo superior a un año, incluidas las renovaciones, expresas o tácitas, contempladas en el contrato.

3. Todos los entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma podrán concertar operaciones de crédito por plazo inferior a un año con el fin de cubrir necesidades transitorias de tesorería, debiendo obtener autorización previa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, siempre que se trate de operaciones por importe superior a un millón de euros, bien individualmente, o bien en conjunto si se trata de operaciones realizadas en el mismo ejercicio económico.

4. Las autorizaciones del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo a que se refiere este artículo, que deberán pronunciarse también sobre cualquier tipo de garantía o declaración exigida para la formalización de las operaciones de crédito correspondientes, se entenderán concedidas con una vigencia limitada al último día del ejercicio de su fecha de expedición, salvo que en las mismas se disponga otra cosa.

5. Todos los organismos públicos, empresas y demás entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma deberán informar trimestralmente al Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de los avales que hayan otorgado, así como de los avales que les hayan sido concedidos.

En todas estas actuaciones, las sociedades mercantiles de la Comunidad Autónoma se encuentran fuertemente intervenidas, por razón de ser entidades integradas en el sector público autonómico, y, por ello, deben respetar las disposiciones que se contienen en la legislación pública especial en materia de Hacienda, Presupuestos, Patrimonio y Administración para este tipo de sociedades públicas.

Para completar este repaso sobre el control de los poderes públicos sobre las empresas públicas, debemos recordar que la nueva Ley de Patrimonio de Aragón incluye una serie de previsiones comunes y especiales en relación con las sociedades mercantiles autonómicas. Así, en el artículo 142 LPA se fija la regla común de que la designación de los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles autonómicas corresponderá al Gobierno de Aragón, a instancia del departamento o entidad de gestión de las mismas, de común acuerdo con el departamento de tutela. En el supuesto de que las funciones de entidad de gestión correspondan a una sociedad matriz, la designación y cese de los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles autonómicas se efectuarán por dicha sociedad matriz, de acuerdo con la propuesta vinculante que le traslade el Gobierno de Aragón.

Por su parte, el artículo 143 LPA aborda el polémico asunto de la participación de las Cortes de Aragón en la gestión de las sociedades, en los supuestos recogidos en la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>11</sup>, según la cual, las Cortes

---

6. El Gobierno de Aragón comunicará trimestralmente a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón las operaciones de endeudamiento realizadas por los entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma.”

Por su parte, en el artículo 7 del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, se establece la obligación de que las sucesivas Leyes anuales de Presupuestos autoricen el importe máximo del endeudamiento de las sociedades y se atribuye su coordinación y control a la Corporación Empresarial.

11. Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Representación de las Cortes de Aragón en la Corporación Empresarial Pública de Aragón.

En el órgano de administración de la Corporación Empresarial Pública de Aragón las Cortes de Aragón estarán representadas por dos miembros a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Designación de representantes de las Cortes de Aragón en las empresas del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón y participadas.

1. Cuando la Corporación Empresarial Pública de Aragón disponga de la facultad de designar a tres o más miembros en el órgano de administración de una empresa de la Comunidad Autónoma, uno de los miembros será propuesto por las Cortes de Aragón a instancia de los grupos parlamentarios de la oposición, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de las Cortes de Aragón.

2. Cuando la Corporación Empresarial Pública de Aragón disponga de la facultad de designar a tres o más miembros en el órgano de administración de una empresa pública en la que participe minoritariamente, uno de sus miembros será propuesto por los grupos parlamentarios de la oposición de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara.

3. En las empresas privadas participadas en más de un tercio de su capital social por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, siempre que no exista otro socio con una participación superior, y corresponda a la Corporación la facultad de designar a tres o más miembros en los correspondientes órganos de administración, uno de sus miembros será propuesto por los Grupos parlamentarios de la oposición de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara.

de Aragón, a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, podrán designar miembros en los órganos de administración de las sociedades mercantiles autonómicas y de otras sociedades en las que participa la Comunidad Autónoma.

Extrañamente ubicado aparece el artículo 144 LPA que regula el caso de las aportaciones no dinerarias efectuadas por la Administración de la Comunidad Autónoma o sus organismos públicos a las sociedades mercantiles autonómicas, dispensando en estas aportaciones el informe de expertos independientes previsto en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que será sustituido por la tasación pericial de la propia Administración.

En cuanto a las reglas especiales relativas a las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público, categoría en la que, pese a su más amplio título, sólo se encuadran las sociedades mercantiles en las cuales todas las participaciones pertenezcan, directa o indirectamente, a la Comunidad Autónoma, resulta especialmente relevante la que se contiene en el artículo 145 LPA que autoriza a que, en casos excepcionales debidamente justificados, el departamento o la entidad de gestión, de conformidad con el departamento de tutela, pueda dar instrucciones a las para que realicen determinadas actividades de interés público. Cuando las instrucciones que se impartan impliquen una variación de los presupuestos de explotación y capital, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación presupuestaria, el órgano de administración de la sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público no podrá iniciar la ejecución de la instrucción sin contar con las garantías suficientes para su financiación. Los administradores de las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público a las que se hayan impartido estas instrucciones actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en la legislación mercantil si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas para la sociedad, los socios o terceros. Por último, la LPA prevé que a estos procedimientos resultará de aplicación la legislación reguladora de los encargos de ejecución.

En cuanto al régimen de sus recursos humanos, debemos recordar que el personal de las sociedades mercantiles autonómicas se rige por el Derecho laboral, no por el estatuto de los funcionarios públicos. El artículo 87 TRLACA prevé un procedimiento de selección del personal no directivo que consistirá en la convocatoria pública de las plazas y la celebración de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En

---

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Nombramiento y cese de los representantes de las Cortes de Aragón.

1. Transcurridos dos meses, desde la comunicación del Gobierno de Aragón a las Cortes, sin que se haya producido propuesta parlamentaria, la Corporación Empresarial Pública podrá efectuar libremente la designación.
2. La designación realizada conforme a lo establecido en las Disposiciones Adicionales anteriores habrá de ser ratificada o modificada dentro de los tres primeros meses de cada legislatura de las Cortes de Aragón o tras la aprobación de una moción de censura. La falta de ratificación o modificación en plazo se entenderá como propuesta de cese.
3. El cese o sustitución de las personas designadas conforme a lo establecido en las anteriores Disposiciones Adicionales tendrá lugar, sin perjuicio de las causas legalmente establecidas, en cualquier momento por las Cortes de Aragón a instancia del Grupo Parlamentario que lo propuso.

cuanto al personal directivo, concepto que la Ley de Administración no definía, se sobreentiende que es de libre elección por el Gobierno -o por el órgano de administración de la sociedad en el caso de sociedades mercantiles autonómicas con más socios además de los correspondientes al sector público autonómico-, sin necesidad de convocatoria pública. Así lo ha entendido el legislador en el artículo 147 LPA, cuya redacción original ha sido corregida, para mejorarla, en el Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, que establece que los nombramientos del Presidente del órgano de administración y del consejero delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público se efectuarán por el órgano competente de la sociedad a propuesta vinculante del Gobierno de Aragón. Afortunadamente, el artículo 16 del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, ha establecido un régimen jurídico para el personal directivo, plenamente equiparable al de los altos cargos, y, por fin, en la disposición transitoria primera Decreto-Ley 1/2011 se ha definido al personal directivo, importando el concepto de la legislación presupuestaria, en el que cabe incluir a los contratados laborales que desempeñen funciones ejecutivas de máximo nivel cuyas retribuciones sean iguales o superiores que las establecidas para los Directores Generales de la Administración. Respecto de este personal, el TRLACA establece que las retribuciones del personal directivo se fijarán por el Gobierno de Aragón, mientras que las del resto del personal se establecerán directamente por cada compañía, teniendo en cuenta que deberán homologarse con las que tenga el personal de igual o similar categoría de la Administración de la Comunidad Autónoma, previsión legal que nos parece especialmente problemática por cuanto pretende la homologación retributiva de colectivos de personal no homogéneos, que están sujetos a distintas condiciones de acceso y permanencia, y se rigen por distinto régimen jurídico y convenio aplicable.

Por último, en cuanto al control parlamentario, la actividad de las sociedades mercantiles de la Comunidad Autónoma está sujeta a la supervisión del Parlamento aragonés, como prevén, con toda claridad, el artículo 33 EAA y los artículos 12 y 56 del Reglamento de las Cortes de Aragón. En consecuencia, estas sociedades y sus administradores y representantes vienen obligados a comparecer ante las comisiones parlamentarias, a entregar la documentación social que se les requiera y a atender las preguntas e interpelaciones que sobre su actividad dirijan al Gobierno los diputados en las Cortes de Aragón, respetando los usos admitidos en el tráfico mercantil.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el ejercicio por un Diputado o un Grupo Parlamentario de la función de control del Gobierno, utilizando para ello los diferentes instrumentos previstos en el Reglamento de la Cámara, es un derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 CE. Este derecho forma parte del núcleo esencial de su alta función representativa y no puede verse limitado invocando el derecho al honor o a la intimidad de las personas a las que

se refiera la información solicitada, o los pactos de confidencialidad suscritos con los proveedores de bienes y servicios respecto de las prestaciones contractuales, puesto que los Diputados tienen completo derecho de acceso a la información de las Administración Pública aragonesa, sus organismos y empresas. Debe recordarse que el derecho de los parlamentarios no es ilimitado, puesto que en los casos de cesión de datos de carácter personal o sujetos a cláusula de confidencialidad solamente podrán ser utilizados para la finalidad que justifica su cesión, es decir *“para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias”* al que se circunscribe el derecho fundamental en el artículo 12 del Reglamento de las Cortes de Aragón, evitando su difusión.

#### **4. La contratación pública de las sociedades mercantiles autonómicas.**

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, amplió claramente el perímetro del ámbito subjetivo de la normativa sobre contratación pública para sujetar definitivamente a su regulación, aún con especialidades, a todas las entidades pertenecientes al sector público, principalmente a las sociedades integradas en el sector público empresarial, incluidas, por tanto, las autonómicas.

La actividad contractual a la que nos referimos no es residual, como se deduce del abultado número sociedades que en Aragón quedan sujetas a la Ley y del objeto e importante dimensión económica de sus contratos, por lo que consideramos todo un avance, pese a sus deficiencias, el nuevo régimen legal configurado con promulgación de la Ley de Contratos del Sector Público, frente al mucho más confuso del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que nunca acertó a disciplinar la contratación de las empresas públicas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 190 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, las sociedades mercantiles autonómicas se registrarán por las normas establecidas para las Administraciones Públicas para la adjudicación de los denominados contratos sujetos a regulación armonizada, con las únicas excepciones de que no será obligatorio el Comité de Expertos para la valoración de criterios subjetivos, las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas y las de formalización de los contratos en documento administrativo. Al igual que en el ámbito de la Administración, en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las sociedades mercantiles autonómicas cabrá interponer el recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en los términos previstos en Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Por su importancia, recordamos que el artículo 190 tan solo remite a las normas aplicables a la adjudicación de los contratos; la ejecución y extinción de los contratos armonizados de las sociedades se registrarán por el derecho privado por lo que el órgano de contratación no gozará de las prerrogativas que la Ley prevé para las Administraciones Públicas relativas a la interpretación de los contratos,

la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato siendo su ejecución obligatoria para el contratista y la declarar resuelto el contrato y los efectos que se siguen de dicha resolución. Tampoco serán de aplicación preceptiva las normas sobre revisión de precios, penalidades por demora y ejecución forzosa y la regulación sobre causas de resolución.

Por el contrario, cabrá resolver por mutuo acuerdo, sin necesidad de acreditar que concurre interés público y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público podrán dirimir las diferencias con el contratista sobre los efectos, cumplimiento y extinción a través de un arbitraje, aspectos vetados para los contratos de la Administración.

Por su parte, en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no se configura el procedimiento que deben observar las sociedades mercantiles autonómicas para adjudicar los contratos no sujetos a regulación armonizada, sino que este se difiere a las denominadas Instrucciones internas de contratación. En efecto, el artículo 191 del texto refundido de la Ley simplemente autoriza a estas entidades para que establezcan (regulen, llega a decir el precepto) sus propios procedimientos para la adjudicación de sus contratos, que, desde luego, podrán ser distintos a los que la propia norma define para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los sujetos a regulación armonizada que celebren el resto de los poderes adjudicadores, produciéndose, así, una deslegalización del procedimiento de adjudicación, en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Estas Instrucciones, que todas las sociedades mercantiles de la Comunidad Autónoma han aprobado, deben garantizar que las adjudicaciones se ajustan a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato se adjudica a la oferta económicamente más ventajosa, para lo que pueden elegir el procedimiento que consideren más conveniente.

En cuanto al procedimiento de elaboración de las Instrucciones, deberá mediar, previamente a su aprobación, el informe de la Asesoría Jurídica del Gobierno de Aragón, en el caso más frecuente de sociedades mercantiles autonómicas que sean poderes adjudicadores. -a nuestro juicio, todas, mientras que las que aprueben las sociedades del sector público que no reúnan las características de ser poderes adjudicadores deberán ser informadas por el órgano de asesoramiento jurídico de la correspondiente sociedad mercantil, no de la Administración matriz a la que aquella pertenezca, salvo que ostente la función en virtud de Convenio. En ambos casos, las Instrucciones deben publicarse en el perfil de contratante de la entidad, para general conocimiento de los licitadores.

Respecto a los procedimientos, se observa una gran dependencia de los previstos para la Administración. Prácticamente la totalidad de las Instrucciones que hemos podido revisar han aprobado un procedimiento simplificado de adjudicación directa sin publicidad, pese a la exigencia de esta para la adjudicación de todos los contratos que prevé el artículo 191, equivalente al contrato menor, y procedimientos negociados con y sin publicidad, abiertos y restringidos, si bien en

algunos casos los cortes de las cuantías no coinciden con las de la Administración y se articulan estos procedimientos de forma simplificada.