

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS^(*) ^(**)

REYES PALÁ LAGUNA

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: A) El criterio de la propiedad del capital social. B) La participación financiera de la Administración autonómica en la sociedad como vía para el ejercicio de una influencia dominante. C) El criterio normativo: existencia de legislación especial sobre determinadas empresas que califica como autonómicas. D) 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.– VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En este trabajo analizaremos los conceptos de sociedad mercantil autonómica y de títulos societarios autonómicos que se recogen en la legislación aragonesa. Estudiaremos las peculiaridades más relevantes de su régimen jurídico y plantaremos los principales problemas de éste, problemas que en ocasiones derivan de la doble sumisión de estas sociedades al Derecho administrativo y al Derecho mercantil, disciplinas ambas no siempre al servicio de la tutela de los mismos intereses —al menos en primer lugar— ya que el Derecho mercantil aspira a la protección de la seguridad del tráfico económico y de los terceros que en él se relacionan desde la óptica del Derecho privado, mientras que el Derecho administrativo está en este caso al servicio del interés público entendido como interés general al tratar de someter a estas sociedades a los principios de eficiencia y control de los fondos públicos.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de enero de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 4 de abril de 2012.

(**) Este trabajo trae causa de la ponencia presentada en los XXI Encuentros del Foro de Derecho aragonés (Teruel, 29 de noviembre de 2011) y ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales» [DER2009-11961/JURI. Investigador principal: Antonio Conde Tejón].

Palabras clave: sociedad mercantil autonómica; influencia dominante; tipología de empresas públicas; títulos societarios autonómicos; especialidades en el régimen de aportaciones no dinerarias; sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público; reestructuración del sector público empresarial.

ABSTRACT: In this work we will analyze the concepts of autonomous commercial company and of autonomous corporate shares and stakes as described in the Aragon legislation. We will study the main special provisions and questions of their legal regime. The confluence of Administrative Law and Commercial Law in these public autonomous companies may create some disfunctions in the running of these companies, due to the circumstance that not always those disciplines protect the same interests, at least at first level: Commercial Law protects the economic traffic and the third parties involved therein (Private Law). The Administrative Law attends to the public interest and pursues the application of the principles of efficiency and control of the public funds to these companies.

Key words: autonomous commercial company; dominant influence; types of public undertakings; autonomous shares and stakes; special provisions on non-cash contributions; fully publicly owned companies; public enterprise sector restructuring.

I. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En la primera década de este siglo hemos asistido a un crecimiento notable del sector empresarial de las Comunidades Autónomas (1) al que no ha sido ajeno la bonanza económica española hasta finales del año 2008 (2).

(1) En 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, p. 3). Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón (LPIAr), 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. De forma algo más categórica, en la Exposición de Motivos de la reciente Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE de 24 de marzo) se afirma que «la actualidad nos muestra (...) un incremento sin parangón del sector publico empresarial y fundacional en el ámbito autonómico y local».

(2) Ni tampoco, apuntan los economistas, la posibilidad de incrementar la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas por esta vía, ya que, como se ha dicho gráficamente, las empresas públicas no consolidan sus balances con los presupuestos autonómicos (CUADRADO ROURA, J.R./CARRILLO NEFF, M. «Expansión del sector público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas», *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, Documento de Trabajo 03/2008*, p. 26).

La actual crisis económica ha provocado una reestructuración de los sectores públicos empresariales autonómicos (3), proceso del que participa también nuestra Comunidad Autónoma, y que dio lugar a la aprobación del Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, Decreto-ley cuyo articulado ha sido traspasado a la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial (4).

Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas para la creación y gestión de un sector público propio [para el caso de Aragón, v. art. 71.32 EEA (5)]. Ello ha dado lugar a que, en la mayoría de ellas, en las respectivas leyes de patrimonio o de hacienda se haya recogido un marco jurídico para el sector público empresarial. Así, en el caso de Aragón, la LPtAr. trata de establecer una normativa que permita su «exacto control público». Como peculiaridad de nuestra CA, se introduce una nueva figura cual es la de la sociedad mercantil autonómica en aras de facilitar el control sobre este tipo de sociedades, lo que se califica por nuestro legislador como una de las principales novedades de la Ley (6).

(3) V. ad. ex la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Madrid, el Decreto-ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell de la Generalitat de Valencia, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional, la disp. ad. octava de la Ley 9/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2012, y el art. 59 de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras de Cataluña [Artículo 59: «(2): Durante el ejercicio presupuestario correspondiente al año 2011, el Gobierno debe llevar a cabo en una primera fase una reducción del 10% de las entidades existentes al empezar el año y del 20% de las aportaciones presupuestarias, y debe priorizar este proceso en el ámbito de los servicios públicos que no se consideran esenciales para dar respuesta a las demandas ciudadanas. Se exceptúan de esta primera fase de reducción las entidades vinculadas a la prestación de servicios de asistencia sanitaria, educación y bienestar social. (3). En las fases subsiguientes del proceso de racionalización del sector público no administrativo, el Gobierno debe garantizar que la reducción comporte el 25% menos de entidades existentes respecto de las existentes al inicio del 2011. El Gobierno debe presentar cada año un informe con las decisiones tomadas en cumplimiento de los objetivos establecidos». Para el sector público empresarial estatal, v. la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE de 24 de marzo).

(4) Ley 4/2012 publicada en el BOA de 11 de mayo y en el BOE de 1 de junio de 2012. Respecto a los cambios en el contenido del Decreto-ley 1/2011 en relación con la Ley 4/2012, únicamente se ha modificado la redacción del art. 6 y se ha añadido una nueva disposición transitoria tercera.

(5) 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».

(6) Exposición de Motivos de la LPtAr., apdo. 2.

La ponencia que me fue encargada por El Justicia de Aragón y que da origen a este trabajo llevaba por título «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 (7)—, 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 aragonesa) 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 exposición 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 empresarial. 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

(7) V. ad. ex. LAGUNA DE PAZ, J.C. «La empresa pública autonómica», *Anales de estudios económicos y empresariales*, 4, 1989, pp. 247-268

Televisión (8), o el Instituto Aragonés de Fomento (9), o incluso a través de fundaciones (10).

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 (11).

El tema de nuestro estudio son, pues, las sociedades mercantiles autonómicas, en la actualidad afectadas en la mayoría de las Comunidades Autónomas por un proceso de reestructuración del sector público empresarial que implica su fusión con otras sociedades mercantiles públicas o en ocasiones su disolución, de manera similar a lo sucedido con el sector empresarial estatal. La finalidad de este proceso es la de reducir el número de sociedades mercantiles de titularidad pública que actúan en el tráfico económico puesto que la práctica evidencia el recurso indiscriminado por parte de la Administración a estas entidades que forman parte del sector público instrumental. 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. 71.32º 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

(8) 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.

(9) 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.

(10) 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. LATORRE VILA cita 9 fundaciones que aparecen en el Proyecto de Ley de Presupuestos de la CA de Aragón para el ejercicio 2011 (BOCA núm. 255, de 12 de noviembre de 2010); [LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», *RARAP*, 37, 2010, pp. 259-316, pp. 261-262]. 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).

(11) Sobre estas cuestiones, por todos, ALONSO UREBA, A. *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, esp. pp. 297 y ss.

atribuya a la Administración aragonesa». El elevado número de sociedades mercantiles públicas, sean éstas de titularidad estatal o autonómica, sociedades en ocasiones gestionadas bajo criterios ajenos a la eficiencia empresarial, ha agravado la crisis del sector público español desde el momento en el que las pérdidas en las que han incurrido estas empresas incrementan el déficit público del Estado, déficit que es necesario reducir para, entre otras cosas, cumplir con los objetivos aprobados por la Unión Europea (12).

En este trabajo analizaremos el concepto de sociedad mercantil autonómica y de los títulos societarios autonómicos. Estudiaremos las peculiaridades más relevantes de su régimen jurídico y plantearemos los principales problemas de éste, problemas que en ocasiones derivan de la doble sumisión de estas sociedades al Derecho administrativo y al Derecho mercantil, disciplinas ambas no siempre al servicio de la tutela de los mismos intereses —al menos en primer lugar— ya que el Derecho mercantil aspira a la protección de la seguridad del tráfico económico y de los terceros que en él se relacionan desde la óptica del Derecho privado, mientras que el Derecho administrativo está en este caso al servicio del interés público entendido como interés general al tratar de someter a estas sociedades a los principios de eficiencia y control de los fondos públicos.

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 (13). Se definen en el art. 133.1 LPtAr. 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 dominante 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

(12) V. art. 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo sobre el Procedimiento aplicable el caso de déficit excesivo (DOUE C 310 de 16 de diciembre de 2004).

(13) Alfonso Peña 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 nos remitimos para quienes quieran tener una panorámica de la cuestión [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].

legislativa a favor de la SA distancia este régimen del previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAAPP) (14), 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 (15).

La doctrina entiende que la LPAAPP permite la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por las Administraciones públicas, puesto que la propia LPAAPP considera integrantes de su patrimonio a las participaciones de SL como bienes patrimoniales o de dominio privado (art. 7.2). Por ello, si algunas de las sociedades que conforman el 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 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 17 de julio de 1951, posibilidad que no ser reconoce legislativamente en el ámbito mercantil para las SL hasta la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo,

(14) Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

(15) El texto de esta disposición adicional de la 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». [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 contratación»].

de sociedades de responsabilidad limitada (16). 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 (17).

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 (18)] 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

(16) 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, pp. 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, pp. 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, 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, pp. 1419-1442 y MONTROYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal* (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3º ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2921-2982.

(17) 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, pp. 213-214).

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

la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, una *influencia dominante* (art. 133.1 LPtAr). 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*) (19).

A) 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 «aquellas 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 (20), 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 (21).

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%

(19) 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»).

(20) Actual art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

(21) 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».

del capital social con derecho a voto, especialmente en el ámbito de las sociedades cotizadas. Es en la legislación mercantil de los países entonces miembros de la Comunidad Económica Europea, 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 50'01 del capital social con derecho a voto (22). En España, el porcentaje que obligaba a formular una OPA en un primer momento se estableció en el 25% (23) y ha sido la Directiva sobre OPAS la que ha obligado a elevarlo al 30% del capital social con derecho a voto (24).

B) 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 la LPtAr no establece umbrales a partir de los cuales dicha participación financiera otorga el control en una sociedad de capitales, en 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 (25). 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 o participaciones sociales.

Se sigue, pues, el criterio del legislador comunitario, tanto a nivel nacional como autonómico. Pero no se incluye en la ley aragonesa la casuística

(22) V. García de Enterría, J., *La OPA obligatoria*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*.

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

(24) 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.

(25) 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. LSC). 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.

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 (26). 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 (27).

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 (28), que distingue entre la tenencia de la mayoría de los

(26) 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.

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

(28) La legislación estatal incluye en este punto una serie de remisiones que llevan finalmente al art. 42 C.com: el art. 166 LPAAPP, al delimitar su ámbito de aplicación, incluye una referencia [letra d) del apdo. 1 de este art. 166] a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Y el art. 4 LMV se remite, para la definición de grupo de sociedades (se entiende a nuestros efectos que la matriz es una sociedad mercantil estatal) al art. 42 del Código de Comercio.

derechos de voto y la posibilidad de disponer de ellos mediante acuerdos celebrados con terceros (pactos de sindicación) (29).

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]. Entendemos 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. 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 la 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 miem-

(29) Recordemos que en las sociedades de capital pueden existir acciones y participaciones sin voto (arts. 98 a 103 LSC) 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).

bros 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 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.

C) 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 (30).

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

(30) 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».

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.

Teniendo en cuenta lo expuesto, será excepcional el caso de sociedades mercantiles autonómicas consideradas tales sin que en ellas la Administración posea, directa o indirectamente, 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 la 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 LPAAPP, 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.

D) Conclusión

La nueva LPtAr 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 (31). Como hemos indicado, el moderno derecho de sociedades traslada

(31) PEÑA OCHOA, A., en *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Thomson Civitas, 2009, cit. p. 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.

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 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 (32).

Y de hecho la LPAAPP, aunque no considera a estas entidades sociedades mercantiles estatales, las incluye en el patrimonio empresarial de la Administración General del Estado —desde el momento en el que, si bien la Administración no tiene una participación superior al 50% en el capital social de estas sociedades, sí posee la mayoría de los derechos de voto o tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración— y se remite en este punto finalmente, como hemos visto, al citado art. 42 del C.com (33), norma mercantil que va más allá 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 LPAAPP de 2003 (34), 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

(32) Sobre estas cuestiones, bajo el régimen anterior, v. LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», en esta REVISTA, 37, 2010, pp. 259-316, esp. pp. 272-279.

(33) 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.

(34) Art. 2 LGP y arts. 166 y ss. LPAAPP. El art. 166 LPAAPP menciona expresamente a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima.

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.

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 compece 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. Sin embargo, la posibilidad de que existan sociedades civiles que formen parte del sector público está expresamente contemplada en la legislación catalana [arts. 1 y 35 del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del

Estatuto de la Empresa Pública Catalana (35)]. 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 (36)], 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 (37). Pero se guarda silencio respecto a las cuotas de las

(35) De «sorprendente» fue calificada la posibilidad de crear una empresa pública catalana con forma de sociedad civil por MONTOYA MARTÍN. (MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 374).

(36) Art. 222. 1 C.com.

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

sociedades 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 (38); la Administración, pues, no podrá utilizar esta vía para ser socio de sociedades mercantiles personalistas.

Con carácter general, a la CA de Aragón le está vedada la posibilidad de participar directa o indirectamente en empresas en cuyos estatutos no se establezca la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 10.2 Ley 4/2012). Ello va a obligar a la venta de acciones y participaciones sociales por parte de la CA en aquellas sociedades que no someten sus cuentas a auditoría, ya que bajo el régimen anterior a la entrada en vigor del citado Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, no existía esta restricción cuya introducción consideramos acertada en aras de una mayor transparencia del sector empresarial autonómico.

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 (39), es la LPtAr la que con vocación de generalidad, recoge este concepto en su artículo 132 (40).

(38) 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).

(39) 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».

(40) Art. 132 LPAr: «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

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.

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 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 (41) pero con una mejora técnica indudable: la referencia a las partici-

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».

(41) 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

paciones 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 LPAAPP (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 LPAAPP, dedicado al «patrimonio empresarial de la Administración General del Estado» (42).

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 diferencias puesto que en puridad no son valores mobiliarios sino contratos (43). La inclusión de los créditos o préstamos participativos obedece a que tienen la consideración de patrimonio neto (44) en el capital de las sociedades mercantiles.

Y también quedarían al margen los valores procedentes de emisiones de titulización crediticia, aunque podría salvarse esta omisión entendiendo que

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».

(42) HIERRO ANÍBARRO, cit. p. 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 pp. 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.

(43) El art. 6.2.f) de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra a los efectos de delimitar el patrimonio de esta Comunidad foral considera *bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales* a «los contratos de futuros, opciones y participaciones de naturaleza económica u obligacional». En el mismo sentido, el art. 2.5 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, también incluye a los «contratos de futuros y opciones con un activo subyacente constituido por acciones o participaciones en sociedades mercantiles» como integrantes del patrimonio de la CA gallega.

(44) 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.

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 del art. 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 (45) 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

(45) 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).

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 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 (46). 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 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

(46) Así, el art. 116 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra atribuye la competencia al Departamento competente en materia de patrimonio para la «adquisición a título oneroso de títulos representativos del capital de sociedades, cuotas o partes alícuotas de empresas, así como de futuros u opciones». En el mismo sentido, v. art. 93 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

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 más frecuente en la práctica, sean las sociedades mercantiles autonómicas quienes suscriban, adquieran o transmitan dichos títulos societarios, es de aplicación el régimen general mercantil (47), 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 sociedad 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» (48).

Con el nuevo régimen de la LPtAr 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

(47) Ya antes de la nueva Ley defendía este sistema PEÑA, cit. p. 1243.

(48) 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) 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.

tres millones estas adquisiciones o contrataciones no requieren autorización administrativa [134.2.f) LPtAr].

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 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 implican, 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 LPAr: 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 (49).

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 TRLACA, 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 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 sociedades 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

(49) En relación con las potestades ejercidas por los entes locales sobre las sociedades mercantiles locales y de economía mixta, v. recientemente las aportaciones de SANTIAGO IGLESIAS, D., «La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta» y MONTOYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal* (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3º ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2855-2920 y pp. 2921-2982, respectivamente.

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 y establece los criterios para su gestión «de conformidad con los principios de eficiencia económica en la prosecución del interés público» (50). De no ser éste el caso, por no 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 o a la sociedad matriz (art. 135 LPtAr).

La Ley 4/2012, de 26 de abril, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, atribuye a la Corporación Empresarial Pública de Aragón la competencia para impartir instrucciones a sus representantes en los órganos colegiados de las sociedades del grupo que no tienen la condición de autonómicas, esto es, sociedades de economía mixta, instrucciones para que se apliquen igualmente en estas sociedades las medidas contempladas en la citada norma [art. 4 (51)], medidas que imponen, entre otros objetivos, el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y su control. Sin perjuicio del cumplimiento de estas instrucciones por parte de los consejeros designados por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, la asunción de las mismas por la sociedad en la que la influencia de la Administración no es dominante, queda a la decisión del órgano de administración de la sociedad no autonómica, órgano de administración que deberá actuar

(50) La LPtAr 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]. Como veremos más adelante, el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre introdujo mayores controles financieros para las sociedades mercantiles autonómicas.

(51) Esta atribución ya se realizó bajo la vigencia del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre (art. 4).

siempre bajo el respeto a los deberes que le impone la legislación societaria con carácter general en los arts. 225 y ss. LSC.

La delicada situación del sector público empresarial de Aragón y la necesidad de sanearlo así como de corregir determinadas desviaciones en materia contable, ha llevado al Gobierno autonómico a someter a autorización administrativa previa la celebración de contratos de cualquier naturaleza por importe igual o superior a 12 millones de euros, importe que podrá ser modificado en las sucesivas Leyes de Patrimonio. La autorización previa del Gobierno de la CA no rige para los contratos relativos a la financiación y a la gestión financiera (art. 14 Ley 4/2012). Es la Corporación Pública Empresarial de Aragón la entidad competente para coordinar y controlar el endeudamiento de las sociedades mercantiles autonómicas, teniendo en cuenta que en las sucesivas Leyes de Presupuestos se determinarán los importes globales máximos que estas sociedades pueden utilizar como recurso al endeudamiento y concesión de avales, al margen de los que puedan ser necesarios en función de legislación sectorial (art. 7 Ley 4/2012), como es el caso del derecho urbanístico o del sector eléctrico.

Al margen de ello, cualquier tipo de garantía prestada por las sociedades mercantiles autonómicas habrá de ser autorizada por el Gobierno de Aragón en los términos y condiciones que se establezcan anualmente en las Leyes de Presupuestos (art. 9.3 Ley 4/2012).

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 LPtAr, es claro que será necesario Decreto del Gobierno de Aragón en todos estos casos (52).

(52) Defendí 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. p. 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 (53). Sería el caso, por ejemplo, de Arento Industrias Cárnicas, S.L. o Viajes Aragón Ski, S.L.U (54).

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 (55), sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación mercantil. Esto es, 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

(53) 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.

(54) 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 participado al 50% por el Gobierno de Aragón y por IberCaja.

(55) Téngase en cuenta que la LPIAR 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 en las que participe directa o indirectamente la CA.

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 (56). 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 cubrir las. 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 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 anónimas 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

(56) Este sistema no es admisible para las SRL, v. RDGRN de 4 de mayo de 2005 (BOE 6 de julio).

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, el nombramiento de presidente del Consejo y del consejero delegado «o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo» se efectúa por la sociedad a propuesta vinculante del Gobierno de Aragón [art. 147 LPtAr (57)]. El presidente del consejo y el consejero delegado han de nombrarse de entre los miembros del consejo de administración de la sociedad (art. 247 LSC); se trata de una norma mercantil que debe ser respetada por el ejecutivo autonómico. Los consejeros como administradores designados por la junta, habrán de haber debido aceptar su cargo, momento a partir del cual surte efectos su nombramiento (art. 214 LSC), que será inscrito en el Registro Mercantil en el plazo establecido en el art. 215 LSC.

La modificación del art. 146 LPtAr, operada por el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre (58), ha limitado la obligatoriedad de la constitución de la Comisión de auditoría y control dependiente del consejo de administración, únicamente a la sociedad matriz del grupo empresarial público, siempre que tenga atribuida además la responsabilidad de entidad de gestión. En la redacción anterior, la existencia de esta Comisión de auditoría y control era obligatoria para todas las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público siempre que no pudieran presentar balance abreviado (59) (sociedades sometidas, pues, al deber de auditar sus cuentas, art. 263 LSC). El legislador aragonés difiere sus funciones a una norma de rango legal o en su defecto a los estatutos sociales de la matriz, si bien aclara que esta comisión se constituye a los efectos de supervisar los procesos de auditoría

(57) En su redacción original, el art. 147 LPtAr establecía la designación directa de estos cargos por el Gobierno de Aragón, mediante acuerdo del Consejo de Gobierno. Tras la reforma de este artículo operada por el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre (v. en la actualidad la disp. final primera de la Ley 4/2012), es el consejo de administración quien designa al presidente y al consejero delegado o puesto equivalente, previa propuesta vinculante del Gobierno aragonés. La LSC prevé la posibilidad de que los estatutos de las sociedades anónimas autonómicas confíen el nombramiento del presidente del consejo a la junta general (arg. ex. art. 245.2 LSC). Esta reforma era necesaria ya que la LPtAr en su redacción originaria conculcaba las competencias legales de los órganos de las sociedades mercantiles y suponía una injerencia creemos no justificada en materia propia de la legislación mercantil básica estatal.

(58) En la actualidad, v. la disp. final primera de la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial aragonés.

(59) 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.

interna y externa de las sociedades integrantes en el grupo empresarial de la Corporación (art. 146 LPtAr) y que ejerce «las funciones previstas en la legislación mercantil sobre todas las empresas del grupo que, de acuerdo con la normativa aplicable, estén obligados (sic) a someter sus cuentas a auditoría» (art. 12.2 Ley 4/2012). La composición de la Comisión de auditoría y control de la Corporación se detalla en el art. 12.1 de la Ley 4/2012: un vocal del consejo de administración de la Corporación, un representante de la Intervención General de la CA de Aragón y un experto independiente. Debemos precisar que, si la sociedad matriz emite valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales (por ejemplo, deuda corporativa), entonces será de aplicación el contenido de la disp. ad. 18ª de la Ley 24/1988, del Mercado de valores, que recoge un régimen específico en relación con la extracción de sus miembros, la designación del presidente de la comisión y sus competencias mínimas. Parece que el legislador autonómico se refiere a esta disp. ad. 18ª cuando alude a las «funciones previstas en la legislación mercantil» que ha de realizar la Comisión de Auditoría y control.

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 a los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades *privadas* de que se trate el que puedan ser administradores estas sociedades no públicas. 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 los supuestos de sociedades mercantiles públicas que están sometidas a la tutela y control 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 (60).

(60) Una exposición crítica de esta disposición puede verse en LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», en esta REVISTA, 37, 2010, pp. 259-316, pp. 301 y ss.

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.

En relación con la retribución del personal de alta dirección de las sociedades mercantiles autonómicas, la CA de Aragón ha dictado disposiciones específicas al amparo del principio de transparencia y de control del gasto público que prohíben las cláusulas contractuales de indemnización o compensación económica por razón del cese o extinción de su relación laboral con la sociedad [art. 16 c) Ley 4/2012] (61) así como la percepción por los administradores y el personal de alta dirección de retribuciones variables ligadas al sistema de objetivos en tanto la sociedad no elabore el Plan económico-financiero (62)

(61) Previsión ya contenida en el art. 16 c) del derogado Decreto-Ley 1/2011, en donde se consideraba personal directivo de las empresas públicas de la CA de Aragón a quienes realicen en ellas funciones ejecutivas de máximo nivel y, en todo caso, el personal laboral cuyas retribuciones, a 31 de diciembre de 2011, sean iguales o superiores a las fijadas en la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, para los Directores Generales y asimilados de la Administración de la Comunidad Autónoma (disp. trans. primera Decreto-ley 1/2011). En el Derecho vigente, con similar redacción, v. la dip. trans. primera de la Ley 4/2012.

(62) Las sociedades que hayan incurrido en pérdidas o en excesivos niveles de endeudamiento en 2010, de acuerdo con las cuentas anuales aprobadas, cuyo saneamiento requiera la dotación de recursos no previstos en sus propios presupuestos deberán presentar antes del 5 de mayo de 2012 un informe de gestión sobre las causas del desequilibrio y un plan económico-financiero de saneamiento. Igualmente, las sociedades que en el futuro incurran en dicha situación de desequilibrio, de acuerdo con sus cuentas anuales aprobadas, deberán presentar un informe de gestión sobre las causas del desequilibrio y un plan económico-financiero de saneamiento en el primer semestre del ejercicio en el que se presenten las cuentas. Este Plan ha de ser aprobado, oído el titular del Departamento de tutela, por el consejo de administración de la Corporación o, en su defecto, por la persona titular del departamento competente en materia de patrimonio (art. 6.3 Ley 4/2012). Si los administradores de la sociedad incumplieran la obligación de elaboración de este Plan o las propuestas que aparecen en el mismo, el titular del departamento competente en materia de patrimonio o, en su caso, el consejo de administración de la Corporación, oído el departamento de tutela, podrán establecer medidas coercitivas en materias que son competencia de la propia administración, como es el caso de la paralización de las transferencias para la cobertura del déficit de la sociedad incumplidora, la paralización de las inversiones de cualquier índole, la limitación de la autorización de endeudamiento de acuerdo con lo previsto en la ley de presupuestos anual, la no tramitación de garantías, afianzamientos, compromisos de participación o permanencia en la sociedad o la autorización previa para la formalización de los nuevos contratos que se determinen. Además de las indicadas, el art. 6.6 a) prevé la posibilidad de que el titular del departamento de

o el Plan de Pago a Proveedores (63), o cuando se produzca una desviación significativa e injustificada de los objetivos definidos en dichos planes. [art. 17 Ley 4/2012] (64).

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 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, así como en los casos de constitución de nueva sociedad (o aumento de capital social) en procesos de fusión o escisión en los que exista informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión. 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

patrimonio o en su caso el consejo de la Corporación acuerden el «cese de los miembros del órgano de gobierno de la sociedad, así como en su caso de su director general, gerente o quien realice funciones ejecutivas de máximo nivel». Entendemos que esta última medida coercitiva ha adoptarse respetando la legislación mercantil en materia de cese de administradores y las competencias del órgano de administración para la contratación de personal de alta dirección. Esto es, para el caso del cese de los administradores, habrá de ser la Junta general la que lo acuerde, en cualquier momento y aún cuando no conste en el orden del día (art. 233 LSC). Para el caso del cese del director general o gerente, será necesario el acuerdo del órgano de administración o de la persona en quien se hayan delegado estas funciones de contratación.

(63) Las sociedades mercantiles autonómicas que incurran en niveles excesivos de déficit de capital circulante están obligadas a elaborar un Plan de pago a proveedores ex art. 8.1 Ley 4/2012. La aprobación de este Plan ha de realizarse siguiendo el mismo procedimiento previsto para la aprobación del Plan económico-financiero al que nos hemos referido en la nota anterior. El art. 6.5 prevé la unión de ambos planes en uno si los dos fueran necesarios.

(64) Además, como establece el art. 17.1 de la Ley 4/2012, «el departamento competente en materia de patrimonio, a propuesta del departamento de tutela, podrá establecer objetivos generales y directrices de la evaluación del sistema de objetivos en relación con las retribuciones variables del personal de las sociedades a los que resulte de aplicación este Decreto-Ley».

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. 144 LPtAr sustituye este informe de experto independiente por la tasación pericial contemplada en el art. 17 de la LPtAr, pero únicamente para las sociedades anónimas, 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 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 también únicamente para las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima.

Creemos conveniente, aunque no sea legalmente exigible bajo el régimen de Derecho público aplicable a las sociedades limitadas el que se elabore igualmente el informe a que se refiere el art. 17 LPAAPP 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, 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. 73.1 LSC); si la sociedad no fuera de capital íntegramente público, y la aportación se hubiere efectuado como contravalor de un aumento del capital social, la Administración en su condición de socio puede hacer constar en

acta su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación para quedar exenta de este especial régimen de responsabilidad de los socios en ausencia de informe de experto independiente (art. 73.2 LSC). Pero si la Administración desempeñara el cargo de administrador de la sociedad aún en este caso habrá de responder solidariamente por la diferencia entre la valoración realizada por los socios y el valor real de las aportaciones (art. 72.3 LSC), lo que redundará en la conveniencia de someter al régimen de valoración previsto para las sociedades anónimas a las aportaciones no dinerarias al capital social de las sociedades autonómicas que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Cuando estas aportaciones no dinerarias consistan en títulos societarios autonómicos, el art. 140.6 LPtAr exige del deber de recabar el informe de expertos independientes previsto en la LSC para las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades anónimas 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 (65). 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 (66).

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.

(65) 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».

(66) 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.

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 de un supuesto de nulidad absoluta del negocio de aportación por falta de objeto aportado al negocio (art. 1.261 C.cv) (67).

Desde la óptica del Derecho público y con un planteamiento general, la RDGRN de 12 de septiembre de 1985 (68) 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 (69) 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 (70).

Además, recuerda la DGRN que es causa legal de disolución de las sociedades de capital la existencia de pérdidas que reduzcan patrimonio

(67) GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. p. 131, con cita de doctrina

(68) Resolución comentada entre otros por MENÉNDEZ GARCÍA, P. «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», *REDA*, 47, 1985, pp. 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, pp. 467-494. V. asimismo, MONTOYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal*, (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3ª ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2942-2945.

(69) Art. 80 LRBRL.

(70) 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.

neto a determinados porcentajes (71) (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 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 (72). De la adjudicación directa de

(71) 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 2008 y 2009, 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 2010 y 2011 Y a la vista de la persistencia de la crisis económica, el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, ha renovado su vigencia para el ejercicio social de 2012. Habrá que ver, si no se acomete una reestructuración eficaz del sector empresarial público aragonés, qué sucede en el primer trimestre de 2014, cuando hayan de elaborarse las cuentas anuales de las sociedades mercantiles autonómicas, siempre que, claro es, el Gobierno no acuerde continuar con la prórroga de este plazo de gracia, sobre cuya bondad carecemos, que nos conste, de datos empíricos, aunque se podría intuir que ha demorado numerosas solicitudes de concurso en el sector empresarial privado.

(72) Sobre esta cuestión v. GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. pp. 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.

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 (73) para permitirla 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 concurren 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 define a las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público como aquellas sociedades mercantiles en las que todas las participaciones 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

(73) 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).

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 aragonesa, 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 de la LSC en la materia (74). 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 (75). 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 (76).

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

(74) 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, pp. 294-295.

(75) 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).

(76) URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, «La sociedad unipersonal», en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, 2ª ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 1357-1370, p. 1360.

legal o estatutaria». 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) (77). 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). En alguna legislación autonómica se recoge expresamente la previsión de que es el Gobierno autonómico quien integra la Junta general de la sociedad autonómica unipersonal (78). En el caso de que fuera una filial al 100 por 100 de la matriz, sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público, la Junta general la compondrá el Consejo de administración de esta sociedad holding.

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

(77) Estas tesis ya en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. p. 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. p. 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. pp. 295-297 y URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, «La sociedad unipersonal», cit. p. 1363

(78) V. art. 67 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

TRLCSP (79); 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 (80). Dicho privilegio consiste en que, si la sociedad no ha transcrito en el libro-registro de contratos determinados contratos celebrados entre ella y el socio único, contratos que tampoco se referencian en la memoria anual depositada en el Registro mercantil, de producirse el concurso de la sociedad mercantil autonómica o de la sociedad mercantil autonómica que posea el cien por cien del capital de la sociedad en concurso, no son oponible 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 el socio en perjuicio de la sociedad 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 TRLCSP 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 (81). 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 (82).

(79) 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, 2º ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 209 y ss. y la bibliografía allí citada.

(80) HIERRO ANÍBARRO, cit. pp. 1297-1298

(81) 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, pp. 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.

(82) GIMENO FELLÚ, 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, pp. 25-40, p. 28.

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) (83). 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 (84).

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 reglamentariamente. A ello habrá de sumarse ya en el ámbito mercantil su 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 (art. 16.1 LSC).

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

(83) BERNAL BLAY, «Los encargos a Entidades de la casa...», cit. pp. 21-22, con abundante cita de jurisprudencia comunitaria.

(84) 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) .

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 (85). 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 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

(85) Similar previsión aparece en el art. 179 LPAAPP.

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 mercantiles 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 (la plena participación pública) 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 paraconcursales 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. Más discutible es el razonamiento que lleva al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería a declarar en concurso voluntario a la Empresa Mixta de Servicios Municipales de El Ejido, Sociedad Anónima mediante Auto de 22 de junio de 2011 (AC/2011/2002); se trata de una empresa de economía mixta concesionaria de determinados servicios municipales (agua, alumbrado, parques y jardines, conservación de la red viaria y de edificios públicos) en cuyo capital participa la Administración en un 30%. Entiende el Juez que «nos encontramos ante una empresa de servicios que no implica el ejercicio de autoridad, en la que el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación o requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo, según se desprende del art. 29 de los Estatutos»; la legitimada, en opinión del juzgador no es una corporación de Derecho público en el sentido del art. 1.3 de la Ley Concursal y por tanto concurre el presupuesto subjetivo para la declaración de concurso. Creemos que en este caso no se ha tenido en cuenta el criterio de la influencia dominante de la Administración a la hora de calificar a esta sociedad municipal de economía mixta como empresa pública, tal y como hemos expuesto en el epígrafe 2.1 del presente estudio.

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

Según los datos registrales, a 18 de noviembre de 2011, 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 (86), y que se eleva a rango de Ley su reconocimiento por el art. 3 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón (87), 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 (88).

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) (89).

(86) 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».

(87) 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».

(88) 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».

(89) 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.».

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 transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación Empresarial Pública de Aragón (BOA 18/11/2008) (90) (91).

«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.

(90) Decreto 215/2008 Artículo 1. Incorporación de títulos societarios a la Administración de la Comunidad Autónoma. 1. 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 e 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

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

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.»

(91) 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.

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 (92) 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 le 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

(92) 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».

la legislación administrativa (art. 136.2 LPrAr) 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 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 (93). 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.

VI. CONCLUSIONES

La crisis económica en la que nos vemos inmersos y los excesos producidos en la gestión del sector empresarial autonómico, han provocado la adopción de políticas autonómicas destinadas a la reestructuración del referido sector, políticas que persiguen la reducción de la presencia de la Administración en aquellas sociedades de economía mixta que se encuentran en dificultades financieras, así como la disminución del número de sociedades que integran los grupos empresariales autonómicos, ya por la vía de la fusión de sociedades mercantiles, ya por la disolución de aquellas claramente deficitarias que no guardan conexión directa con los fines de interés general que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración.

(93) 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).

Es preciso reconducir la actividad empresarial pública, legítima y adecuada en los casos en los que se trate de realización de servicios públicos o de inexistencia o fracaso del mercado en una determinada actividad económica, a sus justos términos. Ha de evitarse por esta vía la intervención pública en empresas privadas que de otra forma no podrían ser viables económicamente y que se sostienen de manera artificial contra la lógica de una economía de mercado. No puede ser éste el entendimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE).

El recurso por parte de los Gobiernos autonómicos a técnicas organizativas típicas del Derecho privado, como son las sociedades mercantiles, implica la confluencia de normas públicas y privadas en el régimen jurídico de las sociedades autonómicas; la tutela de la Administración en la gestión de estas sociedades puede provocar disfunciones en su régimen de derecho privado y problemas de interpretación de la norma mercantil ante actos administrativos que inciden en la legislación societaria emanada del Estado en uso de su competencia exclusiva (art. 149.1 ó CE).

La LPtAr establece un régimen para las sociedades mercantiles autonómicas que supone un claro avance respecto de la legislación anterior, al mejorar su régimen jurídico, ya desde el concepto mismo de sociedad mercantil autonómica. Sin embargo, permanece abierta la cuestión de la calificación como autonómica de aquellas sociedades en las que la Administración es titular del 50% del capital con derecho a voto en la sociedad en cuestión. Su consideración de sociedad privada evita su sometimiento a los controles públicos (Intervención general, Cámara de cuentas, TRLCSP) y de esta forma se evita la aplicación de la normas administrativas promulgadas precisamente para su sometimiento al control de la Administración.

Por otra parte, los privilegios que la LSC otorga a las sociedades públicas unipersonales (sean éstas estatales, autonómicas, provinciales o locales) ya desde la LSA de 1951 no creemos que deban mantenerse hoy, máxime cuando contamos con legislación administrativa sobre empresas públicas que, en el ámbito de su competencia introducen especialidades (por ejemplo, en materia de valoración de aportaciones no dinerarias al capital social) o las integran en el sector público para su control presupuestario.

La protección que el ordenamiento jurídico mercantil otorga a los acreedores sociales de las sociedades de capital puede verse minorada en las sociedades autonómicas al establecerse un régimen distinto del previsto en la LSC en determinadas materias, como son el régimen de valoración de aportaciones no dinerarias o la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles de capital íntegramente público que reciben instrucciones del departamento competente o de la sociedad matriz; las sanciones previstas en el derecho privado para la gestión, cuando menos, culposa de los administradores

sociales, rara vez serán aplicables a las sociedades autonómicas de capital íntegramente público si estos administradores han seguido las directrices de la CA o de la sociedad matriz del grupo autonómico empresarial. Cuando la Administración como socio único, directa o indirectamente, utiliza el recurso a estas empresas para eludir las normas administrativas sobre endeudamiento o cuando acude a las sociedades de economía mixta para otorgar subvenciones encubiertas al sector privado, esto es, cuando acude a la sociedad mercantil para fines espurios, es cuando se aprecian en mayor medida la necesidad de reformar el régimen de estas sociedades mercantiles autonómicas. La reciente aprobación del Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial y cuyo contenido se ha trasladado a la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, creemos que va en la línea adecuada para reconducir la situación de las sociedades públicas autonómicas desde el momento en el que establece una serie de medidas coercitivas aplicables a las sociedades mercantiles públicas que no actúan en el tráfico de acuerdo con una ordenada gestión empresarial; el recurso a los procedimientos concursales no puede ser la solución para estas sociedades mercantiles autonómicas precisamente por la naturaleza pública del socio único o mayoritario. La calificación del concurso como culpable podría acarrear la responsabilidad de la Administración en el pago del importe, total o parcial, de los créditos no satisfechos a los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa (art. 172 bis LC). De esta manera, la CA podría ser condenada a la cobertura, total o parcial, del déficit del concurso, ya que la sociedad mercantil autonómica actúa en el mercado como cualquier empresario privado.