

SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS: CLAROSCUROS, SOMBRAS Y NEGRURAS

MERCEDES FUERTES
Catedrática de Derecho Administrativo

Cómo citar/Citation

Fuertes, M. (2025).
Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas:
claroscuros, sombras y negruras.
Revista de Administración Pública, 226, 33-59.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.02>

Resumen

La utilización de sociedades públicas para muy diversas actividades ha conducido a introducir peculiaridades, particularidades y otras singularidades en el régimen jurídico aplicable. Esto está oscureciendo y embrollando algunas relaciones jurídicas como el otorgamiento de subvenciones, la suscripción de convenios o la exigencia de responsabilidad a los consejos de administración.

Palabras clave

Sociedades públicas; subvenciones; potestades públicas; convenios; responsabilidad de los administradores.

Abstract

The use of public companies for a wide range of activities has led to the introduction of peculiarities, particularities and other singularities in the applicable legal

regime. This is obscuring and confusing some legal relationships such as the granting of subsidies, the signing of agreements or the demand for liability of the boards of directors.

Keywords

Public companies; subsidies; public powers; agreements; liability of directors.

SUMARIO

I. A MODO DE OBERTURA. II. EL DESCONCIERTO DEL CLAROSCURO: SOCIEDADES MERCANTILES DADIVOSAS. III. SOMBRAS GRÁVIDAS DE PARADOJAS. IV. UN ÁMBITO ESPECIALMENTE TURBIO: LOS CONVENIOS. V. ¿SE QUIERE ASEGURAR LA IRRESPONSABILIDAD? VI. ¿PUEDE SER CLARO Y LIMPIO EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS?

I. A MODO DE OBERTURA

El título que anuncia este Seminario, «Sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del Derecho Administrativo», es bien expresivo porque, en el trato que el ordenamiento jurídico da a las sociedades públicas, se acumulan tantos interrogantes y tantas dudas que al final se tambalean principios, técnicas e instrumentos con los que convivíamos confiados al tenerlos por seguros. El peligro de los trueques y las sustituciones de palabras, las mutaciones de los regímenes jurídicos, el empleo de algún que otro retruécano nos trasladan a los juristas a un territorio de intranquilidad y aun de angustia, incompatibles con el sosiego que debe transmitir el derecho.

En el tiempo que me ha sido concedido voy a desvelar algunas deformidades que ofrecen esas sociedades en su tráfico jurídico y ya quiero acotar el ámbito de mi intervención de la que he excluido conscientemente los problemas que suscitan las empresas públicas que no tienen forma societaria.

Es una labor la mía que pretende ser de denuncia o crítica, la más comprometida que podemos hacer los juristas, y también —me permito decir— la más generosa porque, al menos en mi caso, dudo de su utilidad.

Empecemos por saber que, según el registro oficial del Ministerio de Hacienda, el Inventario de entes del sector público, hay, en el momento que escribo estas líneas, 1.857 sociedades mercantiles: 135 están vinculadas a la Administración del Estado, 326 a las comunidades autónomas, 1.263 a la Administración local y en otras 133 participan varias Administraciones. Unos números

que han de ponerse en el contexto de cada una de las Administraciones¹ y unas cifras que varían ante los constantes cambios de criterios de los gobiernos. Una anécdota: en las semanas previas a la celebración de este Seminario se han liquidado ocho sociedades, una de ellas INVERCARIA, cuyas actuaciones consulté porque se alojan en uno de los aspectos que pretendo analizar.

Pero más que esas cifras secas interesa la sustancia palpitante de las sociedades, su actividad efectiva. En este sentido, hay que recordar que algunas sociedades despliegan un negocio industrial o comercial (Navantia, Correos, Paradores de Turismo), de consultoría (INECO), otras enfocan sus esfuerzos al desarrollo local mediante la restauración de un territorio (SEIASA, sociedad de infraestructuras agrarias); o la urbanización y promoción de viviendas (existen más de cuatrocientas mercantiles públicas con este propósito)². Hay decenas de sociedades que gestionan servicios públicos (caso del tratamiento de residuos), televisiones y radios públicas (RTVE, además de muchas autonómicas), polígonos industriales, aeropuertos, estaciones de esquí, actividades deportivas (como la Ciudad del Motor S. A.) e, incluso, la situación de emergencia es atendida por una sociedad pública (GEIBSAU, gestión de emergencias de las Islas Baleares S. A.). Otras se han arropado con esa forma societaria porque un gobierno decidió aislar y segregar una actividad administrativa para la certificación de productos regionales de calidad (Galicia Calidad), la defensa ante los ciberataques (INCIBE), impulsar la investigación (sociedad instituto de sistemas fotovoltaicos), el apoyo financiero a iniciativas empresariales (CERSA, Compañía española de reafianzamiento; ENISA, empresa nacional de innovación) y así un largo etcétera.

Con el propósito de reflexionar sobre situaciones de penumbra, me he adentrado en la actuación de algunas de esas sociedades públicas, en una muestra suficientemente significativa. Pretendo señalar esas zonas sombrías que hacen fluctuar la seguridad jurídica, titubear la protección del interés público o tambalear el buen uso de caudales públicos, pues deberían reescribirse algunos renglones de este régimen jurídico para evitar una tosca redacción apartada de los finos parámetros que la jurisprudencia y la doctrina han ido enseñando durante décadas, así como impedir los riesgos de decisiones arbitrarias. Aunque, como señalaré al final, no tengo confianza en que estas consideraciones contribuyan a poner remedio.

¹ Por ejemplo, mientras las Islas Baleares tienen solo una sociedad pública y Castilla y León cuatro, Cataluña cuenta con 54 y el País Vasco con 41. Hace años Ángeles Ortega y Ángeles Sánchez publicaron «El sector público empresarial dependiente de las Comunidades Autónomas: un análisis comparativo», *Revista de gestión pública y privada*, 7, 2002, págs. 169 y ss., donde muestran un expresivo cuadro de la diversa actividad y, sobre todo, intervención pública en el mercado de las empresas autonómicas.

² La monografía de J. M. Cantera Cuartango (2023), *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales*, Civitas, contiene un minucioso estudio del casi medio millar de sociedades existentes.

II. EL DESCONCIERTO DEL CLAROSCURO: SOCIEDADES MERCANTILES DADIVOSAS

Una primera «singularidad» en el quehacer de algunas sociedades públicas es su actividad de proporcionar ayudas a empresarios privados. No me refiero a donaciones esporádicas ante situaciones trágicas o de necesidad³. Señalo la entrega ordinaria de fondos, recursos u otras modalidades de asistencia económica.

Que la Administración ayude y estimule a los empresarios privados es una función tradicional sometida a reglas estrictas y conocidas. Pero ¿por qué se utiliza una figura como la societaria? Otras personificaciones, como las fundaciones públicas, pueden justificar ese apoyo con dádivas u otras liberalidades, al perseguir un horizonte amplio de fomento del interés general. ¿Por qué una sociedad, cuya actividad ha de girar sobre pautas de mercado, altera el sentido de ese giro y se convierte en auxiliadora al facilitar fondos públicos? En estos casos: ¿siguen esas mercantiles las necesarias reglas de otorgamiento de ayudas públicas o existe el riesgo de que esa filantropía se deslice sin los raíles del interés público hacia un ámbito oscuro originando privilegios discriminatorios, enriquecimientos injustos u otras arbitrariedades?

Las sociedades públicas no aparecen en la descripción del ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones (en adelante, LGS). Su artículo tercero menciona a las Administraciones territoriales, a los organismos y a las «demás entidades de Derecho público». Estas últimas únicamente deberán garantizar los principios de gestión e información contenidos en la Ley, un extremo en el que han insistido los Tribunales de Justicia⁴. Pero al otorgar créditos sin interés o con interés inferior al mercado, las entidades de derecho público se regirán por su normativa específica y, solo en su defecto, se atenderá a los principios generales de la Ley de subvenciones. Con relación a las personificaciones privadas, se mencionan únicamente las fundaciones públicas, que deberán atender a determinadas previsiones específicas (disposición adicional sexta LGS). Ninguna alusión, por tanto, a las sociedades mercantiles⁵.

³ En tales casos habrán de superar el control económico del gasto público, como recuerda R. Cortell Giner (2009), «El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público», *Revista Española de Control Externo*, 32, págs. 89 y ss.

⁴ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:12896), con relación a la sujeción a los principios de gestión e información por parte del Centro para el desarrollo tecnológico y la innovación, entidad pública empresarial que depende del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. También la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:3305), se refiere al Instituto para la diversificación y ahorro de energía que, ahora como entidad pública empresarial (pues ha sido organismo autónomo y también sociedad pública), ha de garantizar los principios de gestión e información establecidos en la Ley de subvenciones.

⁵ Alude a estas cuestiones E. M. Álvarez González (2023), «El ámbito subjetivo de la Ley general de subvenciones», *RGDA*, 64.

No obstante, desde hace décadas, la Administración ha designado a sociedades públicas como «entidades colaboradoras» con el fin de agilizar la tramitación de subvenciones⁶. Tal facultad se recogía en la Ley general presupuestaria de 1988 (art. 81) y su contenido se ha ampliado en la vigente Ley general de subvenciones porque pueden realizar cualquier actuación de gestión en una convocatoria de subvenciones, no solo la entrega de los fondos o avales (art. 12 LGS). Esto es, «la recepción de solicitudes, verificación de los datos, tramitación, liquidación o pago de las ayudas y actividades de inspección o control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios» (sentencia del Tribunal Constitucional 79/1992, de 28 de marzo).

Un convenio con la Administración ampara y otorga legitimidad a estas situaciones. La Ley de subvenciones precisa el contenido mínimo de tales convenios: obligaciones derivadas de la colaboración, previsiones dirigidas a los beneficiarios, tales como el modo en que han de justificar el uso de las subvenciones o el compromiso de reintegro en caso de incumplimiento, el plazo... (art. 16 LGS)⁷. La sociedad pública habrá de ajustar su actuación a las bases fijadas por la Administración en la convocatoria de las subvenciones, en consecuencia, a todas las previsiones de la Ley general de subvenciones, y se someterá al control del orden contencioso-administrativo⁸.

Sin embargo, y aquí encontramos una singularidad, hay mercantiles públicas que otorgan de manera directa ayudas y subvenciones⁹. Y lo hacen sin aparecer como entidad colaboradora. Por ello, se abre el interrogante: ¿qué régimen

⁶ Aspecto que analizó J. C. Laguna de Paz (1991), *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo.

⁷ Entre otros ejemplos, sirva la remisión al Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, que establece las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la obtención de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria S. M. E. (SAECA) por titulares de explotaciones agrarias, de operadores económicos del sector pesquero o de industrias agroalimentarias que garanticen préstamos para su financiación, y que anuncia en su disposición adicional única la suscripción de un convenio entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y SAECA con el fin de que esta sociedad pública actúe como entidad colaboradora en el marco de varias ayudas financieras. Otro ejemplo: los convenios entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, el Instituto de Crédito Oficial, E. P. E., y la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria, S. M. E., para la gestión de ayudas del MAPA en la línea «ICO MAPA SAECA» en el marco de la línea «ICO Garantía SGR/SAECA» (Resolución de 9 de junio de 2022, de la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura).

⁸ En este sentido, ya la Audiencia Provincial de Madrid se declaró incompetente para analizar el conflicto derivado de la denegación de una subvención acordada por una fundación pública que actuaba como entidad colaboradora, Auto de 17 de diciembre de 2002, ECLI:ES:APM:2002:2273A.

⁹ Sin ánimo exhaustivo, y además de las que aparecerán *infra*, recuerdo ahora la sociedad pública Acción Cultural Española SME, S. A., que, dentro de su «programa de internacionalización de la cultura española», otorga ayudas económicas a creadores y artistas; la

jurídico han de seguir si no se mencionan dentro del ámbito de aplicación de la Ley de subvenciones?

Esa redacción, que procede del anteproyecto, se mantuvo inalterada a pesar de que el Consejo de Estado «no [la] consideró adecuada», todos los entes públicos debían quedar sometidos íntegramente «a una disciplina legal», a todas las previsiones de la ley de subvenciones por razones de seguridad jurídica (dictamen de 26 de junio de 2003). Cuando estamos hablando de la disposición de fondos públicos, un marco común ofrecería claridad y, con ello, seguridad jurídica. Del mismo modo que facilitaría el control y, en su caso, el procedimiento de reintegro a través del procedimiento de apremio.

Es más, tampoco fue modificada esa previsión durante la tramitación del procedimiento legislativo en las Cortes Generales y ello a pesar de que se presentó una enmienda que pretendió ampliar el ámbito de aplicación con el fin de acoger a todas las entidades del sector público, esto es, también a las compañías mercantiles¹⁰.

Desde un punto de vista puramente teórico, sin atender a la realidad existente, podría haberse admitido que la ley de subvenciones ignorara a las sociedades públicas por vincularlas a su concepto primigenio, esto es, a actividades industriales y empresariales, a actuar en el mercado de bienes y servicios, mostrando una nítida diferencia con las fundaciones, cuya actuación ha de perseguir el fomento del interés general y, en consecuencia, pueden facilitar dádivas, ayudas u otras liberalidades.

Tal apreciación peca de absoluta ingenuidad porque los gobiernos a la hora de asignar actividades al sector público han maleado las formas jurídicas. Existen numerosos ejemplos de sociedades públicas cuya finalidad nada tiene que ver con el tráfico mercantil, así como personificaciones que asumen la realización de actuaciones administrativas.

El reglamento que desarrolla la ley (Real Decreto de 21 de julio de 2006, en adelante RGS) despejó ciertas dudas al mencionar a las sociedades públicas dentro del ámbito de aplicación. Un precepto de carácter básico, el art. 6.3 RGS,

Agencia vasca de internacionalización S. A., que ofrece diversas modalidades de ayudas económicas; Centro de empresas e innovación de Álava SA.

¹⁰ Únicamente se presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda que podría haber exigido el cumplimiento de la ley por las sociedades mercantiles. La firmó el diputado del BNG Carlos Aymerich Cano, profesor de Derecho Administrativo. Propuso que se ajustaran a la ley «las entregas dinerarias sin contraprestación realizadas por los organismos y demás entidades de derecho privado, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, sea cual sea su forma jurídica, incluidas aquellas cuya actividad se halle mayoritariamente financiada por la Administración General del Estado o cuya gestión se halle sometida a un control efectivo por parte de esta, o cuyos órganos de administración, dirección o vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por la Administración General del Estado u otros organismos o entidades de ella dependientes».

establece la sujeción a los principios de la legislación de subvenciones en los mismos términos que se había establecido con relación a las entidades públicas que se rigen por el derecho privado¹¹.

Las sociedades han de redactar una guía de actuación para el otorgamiento de las subvenciones que deberá incluir, entre otras relevantes consideraciones, la precisión de la finalidad y de las condiciones de las subvenciones, los requisitos de los beneficiarios, los criterios para seleccionarlos, las cuantías máximas, qué trámites se realizarán, cómo justificará el beneficiario el uso de la ayuda... (art. 5 RGS)¹².

Que las sociedades mercantiles cuenten con tal guía permite intuir la existencia de un escenario acotado e iluminado por los principios de publicidad, transparencia de actuación, fomento de la concurrencia, objetividad en sus decisiones, respeto a la igualdad sin generar discriminación, eficacia, eficiencia... Pero ¿son suficientes tales luces para evitar la existencia de zonas oscuras?

Mantengo ciertas dudas. He anotado ya cómo el Gobierno andaluz hace unas semanas liquidó la sociedad INVERCARIA, inmersa en decenas de procesos penales por haber repartido ayudas «de manera arbitraria»¹³. Pero es que, incluso

¹¹ Sin ningún ánimo exhaustivo recuerdo algunas leyes autonómicas. En Aragón se establece su sometimiento a los principios de gestión e información (Decreto legislativo 2/2023, de 3 de mayo). La Ley de Castilla y León admite el otorgamiento de subvenciones por parte de fundaciones y empresas públicas. Tales ayudas han de garantizar los principios de gestión e información de la legislación de subvenciones, así como las previsiones que la propia entidad, que se inspiran en el reglamento estatal (disposición adicional quinta de la Ley 5/2008, de 25 de septiembre). También la legislación catalana establece que todos los entes creados o en los que participe de forma mayoritaria la Generalidad se someterán a los dictados de esa ley (Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, de finanzas públicas de Cataluña). Cosa que también recoge la ley gallega (Ley 9/2007, de 13 de junio). En Extremadura, es precisa una autorización y, además, las actuaciones que implican ejercicio de potestades son realizadas por la Administración (disp. adicional tercera de la Ley 6/2011, de 23 de mayo). En el Principado de Asturias, toda subvención con cargo a los presupuestos de esta comunidad ha de someterse a esa regulación y las sociedades públicas aparecen como entidades colaboradoras (Decreto 71/1992, de 29 de octubre).

¹² Adviértase la notable diferencia con las fundaciones públicas que están incapacitadas para aprobar las bases reguladoras. Ha de ser la Administración matriz quien precise tales reglas (disposición adicional 16ª LGS), esto es, el propio ministro en la Administración General del Estado y mediante Ordenanza en las Corporaciones locales (art. 17 LGS). Además, las funciones de control en el uso de la subvención, la exigencia de reintegro, la imposición de sanciones, en fin, aquellas que supongan el ejercicio de potestades administrativas solo pueden ser ejercidas por la Administración matriz o la que financie en mayor proporción la subvención.

¹³ Véanse, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2269) o 22 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5335). Esta mercantil ha estado inmersa en varios procesos penales y el Supremo ha dictado sentencia condenando a algunos de sus responsables a penas de privación de libertad, por

la propia normativa de subvenciones, permite bajar cortinas suficientemente opacas que dificultan advertir la correcta aplicación de tales principios.

Así, tales previsiones quedan desplazadas por la posible adjudicación directa «con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública» (art. 22.2 *c*) LGS)¹⁴. Unas locuciones («interés humanitario», «interés social») suficientemente amplias para acoger unas peticiones y rechazar otras.

¿No son puertas abiertas a la arbitrariedad?

Otro déficit notable es la falta de una suficiente motivación en la comunicación de la denegación de la ayuda, como es obligado en el régimen general (arts. 24.4 y 25.2 LGS). A lo sumo, alguna expresión común, pero sin explicitar las concretas razones que han llevado a desestimar la petición. Una carencia que se agranda cuando no se facilita el acceso a los expedientes e, incluso, se dificulta con la invocación de que puede afectar «a los intereses económicos o comerciales» de algunas empresas (art. 14.1 *b*) de la Ley de transparencia).

Es preciso dar publicidad a la concesión de ayudas públicas para facilitar el control externo que pueden promover tanto otros interesados como los ciudadanos en general. Pero la ley establece que «cuando la convocatoria supere la cantidad de 300.000 euros o cuando las entregas individuales a cada receptor puedan superar la cantidad de 100.000 euros, además de los medios de publicidad que habitualmente utilice la entidad, el acuerdo a que se refiere la letra anterior, se publicará en el diario oficial de la Administración Pública correspondiente» (art. 5.1 *c*) RGS). Si la propia regulación ya considera que solo resulta necesaria la publicidad oficial cuando se superen esas cantidades, ya sustanciosas, ¿qué cláusulas amplias y genéricas no se incluirán en tales guías que eclipsen la transparencia, la objetividad y la igualdad? Recordemos que es la mano de la propia sociedad la que redacta esas guías y, por ello, puede aludir a consideraciones que perfilen el retrato de unos agraciados, ya conocidos y cercanos.

Hay sociedades públicas que mantienen abierta de manera permanente la presentación de solicitudes de ayudas y, en consecuencia, la decisión no se produce en puridad en medio de un procedimiento acotado en el tiempo en el que concurren varios peticionarios. Cada solicitud de ayuda se analiza de manera

ejemplo, sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4450).

¹⁴ La concurrencia de la causa que dificulta la convocatoria del concurso ha de motivarse de manera suficiente. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 417/2020, 21 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCLM:2020:3330), declaró la nulidad absoluta del acuerdo de concesión directa de una subvención ante la inexistencia de justificación alguna sobre la excepcionalidad para eludir la convocatoria de un concurso público.

individual y aislada, de tal modo que la decisión sobre el otorgamiento o denegación de la concesión es independiente del resto de solicitudes¹⁵.

Un portal, el Sistema Nacional de publicidad de subvenciones y ayudas públicas, ofrece alguna información¹⁶. Sin embargo, quien haya dedicado unos minutos a examinar su contenido habrá advertido que aparentemente existen varios filtros para enfocar la búsqueda, pero no hay referencia alguna de las subvenciones otorgadas por sociedades públicas. Además, los resultados no se pueden trasladar y tratar con comodidad debido a los formatos informáticos establecidos. Ha sido el impulso privado ante la preocupación por el buen uso de los fondos públicos el que ha generado un sistema para la descarga de esa relevante información¹⁷.

Por tanto, un panorama con claroscuros.

Es cierto que hay una circunstancia que obliga a que las sociedades se sometan de manera íntegra a la regulación establecida en la ley. A saber, cuando ejerzan potestades públicas. El ejercicio de una potestad pública atrae el derecho administrativo, tal ejercicio constituye un potente imán que impide eludir el sistema jurídico administrativo.

Esa redacción proyecta de nuevo algunas sombras porque resulta extraño que una sociedad, a la que se le haya atribuido alguna potestad pública para la mejor satisfacción de su objeto social, despliegue al mismo tiempo una función de fomento y otorgue subvenciones¹⁸.

¹⁵ Este es el caso, por ejemplo, de la Empresa Nacional de Innovación (ENISA), una mercantil dependiente del Ministerio de Industria y Turismo cuyo objeto es la concesión de préstamos a empresarios. En su página web ofrece información sobre los préstamos concedidos, incluyendo un buscador que permite identificar a los beneficiarios, las líneas de financiación, sus importes. El Tribunal de Cuentas recomendó a esta sociedad que incluyera en el buscador también la finalidad u objetivo del préstamo como exige la Ley de transparencia y buen gobierno (Informe de fiscalización de 3 de agosto de 2020, relativo al grado de implementación de los modelos de prevención de delitos y de comportamientos contrarios a la ética en las sociedades mercantiles en el ejercicio 2018).

¹⁶ Este Sistema Nacional de publicidad se establece en el art. 20 de la LGS y ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo.

¹⁷ Así, por ejemplo, <https://is.gd/Pxm2TK>.

¹⁸ Mantengo una delimitación estricta del concepto de potestad administrativa referida a aquella posición de supremacía que permite constituir, modificar o extinguir situaciones y relaciones jurídicas de manera unilateral, que habilita para imponer conductas, que cambia la posición jurídica del destinatario que se encuentra en una posición de sujeción. Sirva la remisión a la obra de S. Romano (*Derecho público italiano o Fragmentos de un diccionario jurídico* (1947), EJE, 1964) que delimitó los contornos de la potestad pública sobre los que la doctrina posterior ha profundizado. Por todos, me remito a las explicaciones de E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2024), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 21ª ed., tomo I, pág. 507.

Lo que tiene que aclararse es que, si se atribuye a una sociedad la facultad de otorgar subvenciones, en ese caso, ha de procurarse que cuente con alguna potestad administrativa. El otorgamiento de subvenciones no es en puridad una potestad administrativa, es una técnica de la función de fomento. No obstante, para garantizar su eficacia, resulta necesario contar con potestades públicas como la ejecutoriedad para impulsar procedimientos de apremio en caso de reintegro de subvenciones o la potestad sancionadora, como reacción ante la comprobación de la comisión de infracciones¹⁹.

Esto nos conduce a una «petición de principio»: la posible atribución genérica a sociedades públicas de potestades administrativas. Otra «zona oscura» que exige un apartado especial. Pero antes de abrirlo, permítaseme una pequeña consideración.

Y es que desconcierta la inexistencia de un criterio coherente para saber por qué unas sociedades otorgan subvenciones y a otras se les ha negado tal capacidad. Cito un caso peculiar: INCIBE, el Instituto de Ciberseguridad, al que se le dio forma de sociedad mercantil.

INCIBE cumple una función extraordinariamente relevante: la protección de ciudadanos y empresas ante las amenazas y ataques cibernéticos. Ha sido designado, además, como el «centro de referencia español» dentro de una importante red de centros europeos que tienen como funciones extender el conocimiento especializado, la formación en habilidades tecnológicas, la incorporación de las nuevas herramientas en las prácticas empresariales... En otras palabras, canaliza ingentes ayudas públicas con el fin de fortalecer la ciberseguridad. Para ello, el derecho europeo exige —y comprueba a través de un examen riguroso realizado por la Comisión Europea— la capacidad para controlar el uso de los fondos y, sobre todo, las potestades atribuidas para exigir su reintegro. A diferencia de otros centros europeos similares, no se ha dotado al INCIBE de ninguna potestad pública y se ha mantenido en el seno del Ministerio la gestión de las subvenciones²⁰. De las subvenciones *stricto sensu* porque, como señalaré, INCIBE suscribe

¹⁹ F. Toscano Gil (2021), «Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones», en E. Gamero (dir.), *La potestad administrativa...*, cit., págs. 827 y ss., enuncia otras muchas funciones que giran sobre el otorgamiento de las subvenciones y que califica de «potestades»: la planificación, el propio otorgamiento, la inspección, el control... a mi juicio, no todas alcanzan la condición de potestades. Sobre el reconocimiento de potestades públicas a entidades privadas recordemos que ya G. Fernández Farreres (1983), en *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, analizó las subvenciones que otorgaba la Oficina de compensaciones de energía eléctrica, OFILE, que tenía una naturaleza privada y que, sin embargo, se le había dotado de potestades de inspección y control en el uso de los fondos entregados, págs. 137 y ss.

²⁰ La gestión de subvenciones en el ámbito de la ciberseguridad se han alojado en la Dirección General de Digitalización e Inteligencia artificial (art. 3.1 del Real Decreto 2210/2024, de 27 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transformación digital y de la Función pública).

con empresarios convenios de colaboración que incluyen una sustanciosa aportación económica.

No defiendo la atribución de potestades a INCIBE porque no comparto esa atribución a personificaciones privadas. A mi juicio, teniendo en cuenta las relevantes funciones que desempeña INCIBE, hubiera sido preferible otra forma jurídica, diferente a la societaria. Sin embargo, se mantiene a pesar de algunas propuestas. Lo que contrasta con otras decisiones frecuentes: para facilitar el ejercicio de potestades públicas se transforman las sociedades públicas en entidades empresariales²¹.

Por ello, formulo ya una primera inquietud: nos encontramos con que hay sociedades públicas que participan en la gestión de subvenciones como entidades colaboradoras, otras otorgan subvenciones según sus propias pautas, a otras sociedades se les ha negado tal posibilidad pero, a la vez, «colaboran» entregando cuantiosos fondos a empresarios, y otras se transforman en otra personificación pública para facilitar esas actuaciones. Criterios dispares, lo que en nada favorece la claridad y seguridad jurídica.

¿Alguien da más en punto a confusión?

Procede avanzar para adentrarse en otra zona oscura.

III. SOMBRAS GRÁVIDAS DE PARADOJAS

Las leyes reiteran la sujeción al derecho administrativo cuando las sociedades ejercen potestades públicas (art. 2 LPC o 113 LRJSP). Cosa que supone cierto contrasentido. Si la Administración quiere personificar una actividad con el fin de que actúe siguiendo las pautas del mercado, despojada de privilegios, ¿por qué luego se vuelve a recurrir al otorgamiento de singulares potestades?

Tal atribución se justifica señalando la larga tradición del ordenamiento jurídico a la hora de atribuir a una persona o a una empresa privada el ejercicio de alguna específica potestad pública. Ejemplos comunes que se citan son la colaboración para el desempeño de alguna función pública (como notarios, registradores o empresas certificantes...) o para garantizar mejor el desenvolvimiento de un servicio público como los concesionarios o las corporaciones públicas²².

²¹ El Real Decreto 1247/2024, de 10 de diciembre, ha aprobado la transformación de la sociedad SEPI Desarrollo Industrial S. A., en entidad pública empresarial justificando en la exposición de motivos que la naturaleza mercantil «dificulta el ejercicio de potestades públicas» y que resulta preferible esta forma jurídica porque permite «alargar la ejecución de proyectos más allá» de las fechas establecidas para aquellos financiados por la Unión Europea.

²² Ofrece una extensa explicación de estas situaciones M. Cueto Pérez (2008), *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Civitas.

Sin embargo, atribuir potestades administrativas a una sociedad pública resulta algo paradójico por su falta de lógica. Que una Administración, entre el amplio abanico de modalidades de personificaciones jurídicas que puede crear, elija una forma mercantil con el propósito de que se desenvuelva en el tráfico comercial sin prerrogativas, sin privilegios, que actúe en las relaciones jurídicas de manera similar a otras empresas, manteniendo relaciones de igualdad con otros empresarios y personas... y, a pesar de esa presentación formal, atribuya a la sociedad pública potestades, un poder que implica sujeción, que quiebra esa pretendida igualdad, rompe la lógica jurídica²³. Parece un juego de movimientos rotatorios: se presenta en el escenario como mercantil para luego actuar arropada con una potestad. Insisto: si la Administración puede crear otras modalidades de personificaciones a las que atribuir potestades administrativas, ¿para qué crear una mercantil?

Por ello, resulta satisfactorio leer sentencias del Tribunal Supremo donde se afirma que «la Administración no puede configurar arbitrariamente el estatuto jurídico de cualquier ente prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines perseguidos» (sentencia de 17 de mayo de 2012).

Este pronunciamiento es muy interesante²⁴. La semilla del conflicto se había sembrado al crear una sociedad pública para la gestión de determinados servicios portuarios. En el desenvolvimiento de esta actividad, la sociedad adjudicó alquileres de amarres en el puerto deportivo de Bermeo. Las liquidaciones de los precios exigidos fueron recurridas por los interesados y son las que anula el Tribunal Superior de Justicia, decisión que confirma el Supremo por que:

[...] se trataba de un servicio público portuario de atraque de embarcaciones deportivas, se ejercitaron potestades administrativas, se producía una utilización del dominio público portuario por unos usuarios cuya contraprestación la debía constituir una tasa, siendo por tanto actos sujetos al derecho administrativo, revisables en vía administrativa y contencioso-administrativa, lo que supone la plena competencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para conocer y fallar ese litigio, aplicando una adecuada normativa administrativa y sin exceso de jurisdicción alguno.

²³ Comparto, por ello, la opinión de otros autores como S. Muñoz Machado (2004), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, tomo I, pág. 1075 y C. Chinchilla (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica “privada” y su personalidad jurídica “diferenciada”. ¿Realidad o ficción?, *RAP* 203, págs. 17 y ss.; de ahí que disienta en este punto de E. Gamero (2021), «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», dentro de la obra que dirigió (*La potestad administrativa*, cit., pág. 110), donde apunta que lo paradójico es que se admita el reconocimiento de potestades a empresas privadas y se rechace tal atribución a las sociedades públicas.

²⁴ La referencia de esta sentencia es ECLI:ES:TS:2012:3634. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tiene fecha de 9 de marzo de 2009, ECLI:ES:TS-JPV:2009:545.

Una muestra de cómo la atribución de potestades a sociedades públicas crea y multiplica los problemas.

Otro ejemplo ofrece la sentencia de 29 de abril de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Resolvió el recurso presentado por la alcaldesa y dos concejales del Concejo de Murugarren condenados por el Tribunal de Cuentas al reintegro de cantidades en un juicio por alcance²⁵.

Hacía años que el Ayuntamiento había recibido subvenciones tanto de una Consejería del Gobierno de Navarra como de una sociedad pública dependiente de esa Administración (NILSA, Navarra de infraestructuras locales). La finalidad: la mejora del sistema de tratamiento de las aguas residuales. Esos corporativos habían certificado obras que no se realizaron. De ahí el procedimiento de responsabilidad por alcance y la obligación de reintegro.

Cuando la mercantil NILSA les requirió el reembolso de la cantidad adeudada, recurrieron ante la Administración, que inadmitió el recurso. Impugnaron esa decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra mencionando una larga lista de ilegalidades en las que, a su juicio, incurría la comunicación de reintegro: no se les notificó conforme a la ley de procedimiento, falta absoluta de algún trámite para dictar esa resolución, inexistencia de motivación, enriquecimiento injusto... El Tribunal estimó parcialmente su recurso porque anuló la inadmisión, pero confirmó la legalidad del reintegro fijado en una resolución firme del Tribunal de Cuentas.

Esta sentencia afirma que la comunicación de NILSA es un acto administrativo, al derivar de «una actividad sometida al Derecho Administrativo, financiando con fondos públicos una obra pública, por lo que está ejerciendo, en el cumplimiento del encargo efectuado por el Departamento de Administración Local, un poder público y por ello sus actos son actos administrativos revisables en vía administrativa y contencioso-administrativa». En consecuencia, estima parcialmente el recurso presentado con relación al acuerdo de inadmisión de la Administración autonómica que no había atribuido a la comunicación tal naturaleza jurídica.

Resulta algo forzado calificar las decisiones de las sociedades públicas como auténticos «actos administrativos», lo que derriba gran parte de su construcción doctrinal. Aun cuando se aluda a una especie de «maldición bíblica»²⁶ a la hora de delimitar tal concepto, considero que su extensión a las declaraciones de las mercantiles públicas²⁷ genera más problemas que soluciones. A mi juicio, resulta innecesaria porque la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de «actuaciones», por tanto, también de otras manifestaciones o acuerdos que no tienen la consideración rigurosa de acto administrativo.

²⁵ ECLI:ES:TSJNA: 2019:155.

²⁶ J. Santamaría Pastor (2023), *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 6ª ed., pág. 108.

²⁷ Por ejemplo, art. 41.2 LCSP.

La interpretación literal de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa presenta algunos obstáculos. Resulta innecesario recordar que esta ley enciende sus focos sobre las actividades de las «entidades de derecho público» quedando, en principio, fuera de esas luces las entidades que crea la Administración y que se someten a lo que englobamos bajo la locución de derecho privado. Esto es, las que ahora nos interesan, las sociedades públicas. Únicamente menciona, con el fin de acogerlas en su ámbito de jurisdicción, específicos conflictos de la mercantil Correos, así como actuaciones preparatorias o de adjudicación de determinados contratos con significativa cuantía de las sociedades públicas. También la Ley de aguas atribuye a este orden jurisdiccional las actuaciones de preparación y adjudicación de los contratos de obras hidráulicas que suscriban las sociedades públicas (art. 132.3 LA).

Sin embargo, la jurisdicción contenciosa conoce de algunas decisiones adoptadas por personas privadas: aquellas de los concesionarios de servicios públicos que haya precisado la legislación sectorial o los acuerdos de las corporaciones de derecho público siempre que deriven del ejercicio de funciones públicas. Adviértase la disparidad: se ha omitido el control de las sociedades públicas cuando ejercen alguna función pública.

A diferencia de las leyes de procedimiento administrativo o del sector público de 2015 que extienden su ámbito de aplicación a aquellos casos en que una sociedad pública ejerza potestades, la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa no contiene una regulación similar. La alusión incluida en el proyecto de ley a los acuerdos de «entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas», de cualquier tipo de entidad, que hubiera posibilitado el conocimiento y consiguiente control, se suprimió durante la tramitación parlamentaria²⁸.

Por ello, convendría que el legislador disipara estas sombras. La atribución de manera explícita de tales conflictos al orden contencioso resultaría coherente con la lógica actual²⁹. Si los tribunales contenciosos conocen ya de conflictos derivados de algunas decisiones de corporaciones de derecho público y de concesionarios, así como de ciertas cuestiones derivadas de algunos contratos de grandes empresas privadas cuyo negocio se engloba en los «sectores especiales»³⁰, ¿por qué

²⁸ Analiza el curso parlamentario de ese precepto L. Martín Rebollo (1998) en el número monográfico *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, REDA, 100, págs. 90 y ss.

²⁹ A. Descalzo (2019), «El acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las decisiones objetivamente administrativas de las Entidades de Derecho privado», en F. López Ramón y J. Valero, *Veinte años de la Ley de lo contencioso-administrativo*, INAP, págs. 316 y ss., apunta la posibilidad de configurar una alzada impropia, así como la necesaria reforma legislativa.

³⁰ Me refiero a las resoluciones de los recursos especiales en materia de contratación, art. 122 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva europea 2014/25, de 26 de febrero, sobre

no de las actuaciones de sociedades públicas cuando son manifestación de una función pública o del ejercicio de potestades?

La *vis atractiva* del contencioso ha sido defendida por la doctrina³¹. Abriría el portón de la justicia administrativa admitir que tales actuaciones surgen del ejercicio de potestades públicas. Y más lo abriría establecer un eficaz mecanismo de supervisión por la Administración tutelante³². En cualquier caso, si se quiere mantener la atribución de potestades a las sociedades públicas, sus acuerdos han de contar con unas mínimas pautas jurídicas que protejan la posición de los interesados, esto es, las básicas garantías del régimen de derecho administrativo.

Pero, personalmente, me inclino por evitar los sinsentidos, las incongruencias y los despropósitos. En otras palabras, no atribuir a las mercantiles públicas potestades administrativas. Las decisiones gubernamentales destinadas a atender una situación específica olvidándose de la coherencia del sistema jurídico, de la naturaleza de las instituciones, generan siempre más conflictos y sinrazones. Los parches para modificar la esencia de una personificación privada originan más problemas que soluciones.

IV. UN ÁMBITO ESPECIALMENTE TURBIO: LOS CONVENIOS

Zonas oscuras que reclaman las luces de claridad, mencionadas en el título de este Seminario, son los convenios. Ya aparecieron al inicio de este estudio, pues son el título a partir del cual algunas mercantiles colaboran en la gestión y distribución de subvenciones. No me referiré ahora a los mismos, pues, en tales situaciones, cualquier perjudicado por una actuación puede reclamar ante los jueces y tribunales contencioso-administrativos dirigiendo su recurso de manera conjunta ante la Administración y la sociedad pública.

Tampoco quiero transitar en este momento por aquellos que suscriben las sociedades públicas con las diversas Administraciones u otras entidades públicas de los que hay continuos ejemplos todos los días en los boletines oficiales y en los registros administrativos de convenios. Han sido un campo abonado para plantar especies singulares cuyo crecimiento generó densas sombras ocultando la aplicación de las leyes que rigen la actuación de los organismos públicos, como denuncian el Tribunal de Cuentas y los Consejos autonómicos de control de cuentas. A

los contratos en sectores calificados de especiales (agua, energía, transportes y servicios postales).

³¹ Recuerdo, por todos, el valiente trabajo de S. del Saz (1992), «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en el libro que publicó con C. Chinchilla y B. Lozano, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas.

³² Esta consideración viene siendo defendida hace años por algunos profesores. Sirva el recordatorio de M. Sánchez Morón (2020), *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, pág. 535.

ellos he dedicado otras páginas al hilo de los nuevos surcos que ha marcado la Ley del régimen jurídico del sector público³³.

En este momento únicamente pretendo señalar las sombras que proyectan aquellos convenios que suscriben entre sí sociedades públicas y aquellos que pactan con empresarios privados.

Y empiezo por estos últimos, pues ya anticipé —al citar a INCIBE— que se están utilizando para envolver cuantiosas ayudas públicas. La fórmula empleada: convenios de colaboración. La sociedad difunde una «invitación» para que empresarios o asociaciones presenten propuestas dirigidas a la consecución de una finalidad. La sociedad pública contribuye con una sustanciosa financiación y el empresario con su actividad. ¿Qué pautas jurídicas se siguen para estos convenios «privados»? Las que marque la sociedad pública. Depende, por tanto, de la decisión de sus directivos, que pueden precisar unas instrucciones inspiradas en el régimen público, que garanticen un cierto análisis objetivo en la selección de las propuestas de los empresarios, así como su publicidad. Máxime cuando esos dineros proceden de la Unión Europea, cuyas instituciones exigen medidas contra el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses y, además, revisan su adecuado uso³⁴.

No obstante tales previsiones, advierto de los riesgos por la amplia discrecionalidad que existe en la fase de análisis y selección de las propuestas de los empresarios.

Adentrémonos en los convenios entre sociedades públicas. Cuentan con unos márgenes amplios a la hora de redactar el contenido de los acuerdos: el res-

³³ Esa regulación fue impulsada, entre otras razones, por la gran repercusión que tuvo el Informe del Tribunal de Cuentas núm. 878, de 30 de noviembre de 2010. Insistió en la necesidad de precisar su marco normativo porque se suscribían sin normas habilitantes, en ámbitos fuera de la competencia de algunas Administraciones públicas, convenios a los que no se les daba ninguna publicidad, que eludían la normativa de contratación pública, que envolvían ayudas públicas sin someterse a las exigencias de la legislación de subvenciones, facilitaban la distribución de fondos públicos sin criterios objetivos; convenios genéricos que se estiraban y ampliaban para servir de invocación a la realización de otras actuaciones...; convenios cuyo cumplimiento no se supervisaba, y que el paso del tiempo conducía a que quedaran en el olvido sin constancia sobre su relevancia y cumplimiento... y que fue una de las causas de que se precisara el régimen jurídico en la Ley del régimen jurídico del sector público. Sin embargo, los informes de los órganos externos de control siguen denunciando ilegalidades de algunos convenios suscritos. Véase por todos, el Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía 1/20, de junio de 2022, que fiscalizó los convenios suscritos por el Servicio Andaluz de Salud con entidades sin ánimo de lucro que alude también al otorgamiento irregular de subvenciones. Analicé esta regulación en «Los consorcios y los convenios en la Ley del sector público», *Federación de Municipios de Cataluña*, 2015.

³⁴ Véase Instrucciones para la tramitación, aprobación y seguimiento de convenios, aprobadas por el Consejo de INCIBE el 29 de noviembre de 2021, así como la «Invitación pública para el desarrollo de convenios de colaboración para la promoción de la ciberseguridad con medios de información y comunicación».

peto al ordenamiento jurídico y al interés público. En principio, no han de seguir el papel pautado establecido en la Ley del régimen jurídico del sector público para los convenios interadministrativos, preceptos que se dirigen únicamente a entidades de derecho público (arts. 47 y ss). Como también quedan excluidos de la Ley de contratos del sector público, salvo que concurren específicos elementos y objetivos (art. 6 LCSP).

Proliferan convenios que aúnan compromisos de diversa naturaleza, que hilvanan prestaciones y gestiones, trenzando una colaboración significativa. Los caracteres particulares del acuerdo dificultan su reconducción a una concreta modalidad de contrato típico. De tales estipulaciones, cláusulas o pactos diversos y atípicos, pueden nacer discrepancias. Y aparecen las sombras porque, a pesar de tratarse de dos mercantiles y de convenios singulares, fuera del ámbito de aplicación de la ley de contratos, la jurisdicción civil se está declarando incompetente.

Como en ocasiones anteriores, recuerdo situaciones reales. En este caso, conflictos derivados de la ejecución de un convenio que enfrenta a dos sociedades públicas: Acuamed y Galasa³⁵.

Estas dos mercantiles públicas suscribieron un convenio de colaboración financiera el 19 de diciembre de 2003. En resumen, Galasa contribuiría a financiar la obra que estaba realizando Acuamed de una instalación desaladora en el municipio de Carboneras, así como la conexión a la presa de Almanzora. Acuamed reservaría un volumen significativo de agua a Galasa para el abastecimiento de las poblaciones. Varias cláusulas describían con cierta minuciosidad el marco de esa financiación, precisaban alternativas dependiendo de los fondos europeos recibidos y el régimen de abono de tarifas. La convicción de los responsables de estas sociedades de suscribir un convenio privado quedaba patente por la remisión al derecho privado, a la ley de las condiciones generales de contratación, a que el incumplimiento de algún compromiso permitía el ejercicio de las acciones previstas en el art. 1124 del Código Civil...

Las desavenencias llegaron por la falta de abono por parte de Galasa de las cantidades acordadas. Acuamed presentó una demanda civil ante el Juzgado de Primera Instancia que fue inadmitida por falta de jurisdicción. Como también se inadmitió su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial³⁶. En sendos autos judiciales se declaró que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa al entender que tales sociedades mercantiles públicas gestionan un servicio público como es el del abastecimiento de agua a las poblaciones, una materia propia del derecho administrativo y de ese orden jurisdiccional. Invocaron, además, la doctrina ya sentada en resoluciones anteriores por la Sala Especial de Conflictos

³⁵ Acuamed es el acrónimo de la sociedad Aguas de las Cuencas Mediterráneas, SME, SA. Esta sociedad absorbió a la sociedad pública ACUSUR, Aguas de la Cuenca del Sur, que fue quien suscribió con Galasa algunos convenios. Galasa de la mercantil Gestión de Aguas del levante almeriense, S. A., constituida por la Diputación de Almería y diecisiete ayuntamientos de la comarca del Levante almeriense.

³⁶ Auto de 5 de octubre de 2022, ECLI:ES:APAL:2022:386A.

de Competencia del Tribunal Supremo, que tenían también como uno de sus protagonistas a la sociedad Galasa³⁷.

Sin embargo, la Sala Especial de Conflictos había analizado la reclamación de una empresa aseguradora por las indemnizaciones que había tenido que abonar ante el mal funcionamiento del servicio, aspecto que, al girar sobre un contrato administrativo, conoce otros matices³⁸.

Ese mismo criterio, remitir el conocimiento del recurso al orden contencioso, es el que se ha mantenido ante otras cuestiones derivadas igualmente a raíz de la interpretación de convenios suscritos entre Acuamed y otras sociedades municipales. Así, el Auto también de la Audiencia Provincial de Almería 269/2020, de 27 de abril, desestimó por falta de jurisdicción la acción presentada por una mercantil municipal frente a la decisión de Acuamed de subir las tarifas del agua. La Sala señaló que la decisión de Acuamed era un «acto administrativo» que afectaba a la gestión de un servicio público y que, por ello, la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa.

Otra muestra es la discrepancia que resuelve la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAND:2024:2414). Enfrentaba nuevamente a Acuamed y Galasa con relación al citado convenio suscrito en 2003.

Las desavenencias generadas por la determinación de la tarifa en la comisión de seguimiento constituida condujeron, conforme se había acordado en el convenio, a la designación de un «árbitro» con el fin de que fijara la tarifa anual. Tras la determinación de esa tarifa, Galasa presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía una «acción de nulidad del laudo arbitral» (art. 8 LA). De manera didáctica la sentencia explica que la decisión impugnada nada tiene que ver con un laudo arbitral. Se trata de la decisión de un técnico, a quien se le ha atribuido la competencia de fijar la tarifa en caso de falta de acuerdo en la comisión. Y es

³⁷ En este sentido, Véase E. Arana (2022), «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos en torno a la ejecución de obras públicas hidráulicas al servicio del ciclo urbano del agua, aunque hayan sido materializadas por sociedades teóricamente sometidas al derecho privado», en *Observatorio del ciclo del agua*, Aranzadi, págs. 231 y ss.

³⁸ Me refiero al Auto 102/2007, de 20 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:15520A). Otras resoluciones de la Sala de Conflictos han dilucidado cuestiones de responsabilidad. El Auto 36/2008, de 18 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:13919A), indicó que era el orden contencioso el competente para conocer de la reclamación de un particular sobre la responsabilidad patrimonial por los daños originados en su vivienda derivados de filtraciones de las cañerías de suministro de agua. Otra impugnación distinta resolvió el Auto de esta Sala Especial 67/2009, de 19 de junio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:9688A). En este caso, varias comunidades de propietarios denunciaban a la empresa municipal de vivienda por responsabilidad decenal. La jurisdicción que debía conocer de tal recurso era la civil porque, como explicó esa Sala Especial, se requiere que la actuación de una empresa pública se dirija a satisfacer «una finalidad pública [porque eso] es lo que justifica la competencia de los Juzgados y Tribunales de lo contencioso administrativo».

que con tanto juego de regímenes jurídicos parece que se cae en cierta alucinación al dar distinto significado a figuras e instituciones jurídicas.

Hay que evitar tales conflictos de jurisdicción y alojar, en mi modesto entender, las discrepancias de dos mercantiles fruto de convenios privados en el orden civil de la misma forma que están en esa jurisdicción alojadas las disputas derivadas de similares convenios que suscribe Acuamed con particulares o asociaciones. Ello sería más acorde con el *criterium* de residenciar en los tribunales contenciosos los recursos relativos a las actuaciones de las Administraciones sujetos al derecho administrativo, aquellas actuaciones derivadas del ejercicio de funciones públicas o aquellas que, siguiendo la clásica expresión contenida en la legislación de contratos: «tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración... o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública» (art. 25.1.b LCSP). En consecuencia, los convenios suscritos entre mercantiles públicas, donde no se ejercen potestades ni atienden a actividades clara y directamente vinculadas con una finalidad pública, deben resolverse por la jurisdicción civil.

Y un último recordatorio con relación a los convenios. Aquellas sociedades públicas, a las que se han atribuido potestades administrativas para el adecuado cumplimiento de alguna función pública, podrán desplegar también tales potestades aun cuando hayan suscrito un convenio. Este aspecto ha sido muy bien analizado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con relación a los convenios entre Administraciones públicas y el ejercicio de la vía de apremio para el cobro de unas deudas. Porque, aunque las Administraciones que suscriben un convenio se colocan en una posición de igualdad en ese negocio jurídico, la Administración acreedora ha de poner en marcha el procedimiento de ejecución para cobrar las deudas firmes porque tal posibilidad, como se afirma en la sentencia, es independiente de la relación jurídica que ha generado la deuda, ya «sea un convenio administrativo, un contrato administrativo o incluso el pago de un tributo» y siendo un acto firme, «la Administración está obligada a ejecutarlo. En cuanto que potestad de ejecución, no es una opción admisible ejercitarla o no. Y esa obligación no decae cuando el acto firme afecte a otro ente público». Otra interpretación, como bien argumenta la Sala, cercenaría la potestad de autotutela de una Administración, implicaría un proceso de ejecución ante los tribunales que únicamente podrían habilitar la ejecución. Ejecución que debería llevarse a cabo por la misma Administración si no se pagase de manera voluntaria por la Administración deudora (sentencia de 19 de octubre de 2021)³⁹.

³⁹ La referencia de esta sentencia es ECLI:ES:TS:2021:4035. Un matiz al ejercicio de potestades administrativas por parte de una Administración que ha suscrito un convenio con otras Administraciones públicas es el que refleja la sentencia del Tribunal Supremo 357/2020, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:908), al señalar que «las potestades públicas han de ejercitarse de manera que se haga compatible las de todas las Administraciones que conciertan el convenio». En esta sentencia el Supremo confirmó la dictada por la Audiencia Nacional 110/2016, de 24 de febrero (ECLI:ES:AN:2016:752), que había estimado el recurso interpuesto contra el acuerdo municipal que, tras un procedimiento de

Tras estas consideraciones apunto hacia otra cuestión que me preocupa porque es una de las bases de nuestro sistema jurídico.

Un sistema logra mantenerse si atrae la confianza de los ciudadanos, de la sociedad, y esto no solo se consigue con la seguridad y claridad jurídica, con despejar sombras, evitar oscuridades, eludir contradicciones, sino fundamentalmente por el ejercicio adecuado de las funciones y, en su defecto, por la correspondiente exigencia de responsabilidad. De ahí que quiera abrir un breve apartado para aludir al «peculiar» marco jurídico de la responsabilidad de los consejeros de las sociedades públicas. No me referiré, por tanto, a la exigencia de posible responsabilidad patrimonial de la sociedad (art. 35 LRJSP)⁴⁰.

V. ¿SE QUIERE ASEGURAR LA IRRESPONSABILIDAD?

La separación de un negocio, de unas actuaciones fuera de la casa común del régimen administrativo, personificando una sociedad mercantil, contiene el propósito de facilitar una gestión autónoma, independiente. Ese es el criterio tradicional que con frecuencia recuerdan organismos internacionales. Por ejemplo, la OCDE, en sus directrices sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas, insiste en subrayar que los administradores de las sociedades públicas han de gestionar el negocio con la suficiente autonomía. Y añade: siendo personalmente responsables.

Tal consideración resulta lógica. Si se crea una mercantil pública para que profesionales con específicos conocimientos gestionen con cierta autonomía una actividad o negocio, estos han de asumir las consecuencias de su actuación. Es más, en algunos sectores económicos, ha de garantizarse un marco de «independencia» de los administradores, aunque se trate de sociedades públicas.

Lamentablemente tales exigencias de profesionalidad o de independencia se incumplen. La Comisión Europea ha abierto procedimientos de infracción del derecho de la Unión Europea y ha denunciado ante el Tribunal de Justicia nombramientos realizados por el Gobierno⁴¹. Otros estudios —como es el caso de los sucesivos «Dedómetros» elaborados por la Fundación Hay Derecho— dan cuenta de la falta de conocimientos, profesionalidad y experiencia de algunos directivos

revisión de oficio, había declarado la nulidad del convenio suscrito entre ese Ayuntamiento, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y también la sociedad pública de infraestructuras y equipamientos penitenciarios. En ese concreto supuesto no cabe utilizar una potestad administrativa para declarar de manera unilateral la nulidad de un negocio jurídico.

⁴⁰ Preocupación que ya señalé en 2018 «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP* 206, págs. 67 y ss.

⁴¹ Así, por ejemplo, la Comisión denunció en octubre de 2023 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea incumplimientos de la normativa sobre el espacio ferroviario, entre los que se encuentran los nombramientos de la sociedad RENFE (procedimiento de infracción 2014/4163).

de importantes empresas públicas⁴². En fin, se acumulan informaciones de graves casos de corrupción por el nepotismo y los lazos que se trenzan de clientelismo de algunos administradores de sociedades públicas.

En este momento dejo a un lado esos serios problemas de la carencia de profesionalidad y de la corrosiva corrupción para adentrarme en el ámbito de la responsabilidad.

El régimen jurídico cuenta con una estructura conocida. Por un lado está el elemento más contundente, el Código Penal, con el que pueden perseguirse aquellos comportamientos de administración desleal y de malversación de caudales públicos al ser la Administración el único accionista de estas sociedades⁴³. Por otro, también relevante, la normativa presupuestaria y contable permite exigir responsabilidad ante el menoscabo de caudales públicos u otras infracciones tipificadas. La actuación del Tribunal de Cuentas ha ido incrementándose en los últimos años, salvando algunas carencias al hilo de las propuestas señaladas por estudios rigurosos⁴⁴. A través de sus Memorias conocemos que inicia cada año alrededor de trescientos procedimientos. Pocos se refieren a sociedades públicas. Buceando por sus bases de datos y acotando mi búsqueda a los últimos cuatro años, me he encontrado con tres procedimientos relativos a mercantiles públicas y ninguno afecta a ningún miembro directivo o administrador⁴⁵. Si no he errado en tal búsqueda, el resultado parece satisfactorio: práctica inexistencia de procedimientos porque quienes tienen esa especial responsabilidad actúan con rigor jurídico en el manejo de los caudales públicos.

Sin embargo..., sin embargo, a pesar de ese aparente cumplimiento normativo, sabemos que los «negocios» de muchas mercantiles públicas ofrecen unos resultados económicos sonrojantes, enrojados. Así lo podemos comprobar, entre otras fuentes de datos, en las cuentas anuales de la SEPI con relación a los balances negativos de varias sociedades o en los informes del Banco de España

⁴² Véase <https://is.gd/6VtwM2>.

⁴³ Recuérdese en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los procesos que se conocen como Mercasevilla. Cito, por todas, la sentencia de la Sala Segunda del Supremo de 15 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3357).

⁴⁴ Véase J. A. Fernández Ajenjo (2011), *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, en especial, págs. 384 y ss.; G. A. Sánchez Lerma (2014), «Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas», *Auditoría Pública*, 64, págs. 105 y ss. Conviene saber igualmente que algunas sentencias del Supremo están limitando las facultades de enjuiciamiento del órgano de control, lo que podría conducir a una preocupante impunidad de ciertas autoridades públicas. Analiza dichas sentencias y ofrece interesantes propuestas José Ramón Chaves García (2017), «La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance», *El Consultor*, 6, págs. 730 y ss.

⁴⁵ Me refiero a las Memorias de los años 2021, 2022 y 2023. Con relación al año 2024 he buscado las resoluciones del tribunal al no haberse publicado todavía la Memoria.

que resaltan a cuánto asciende el ingente volumen de la deuda de las empresas públicas y cómo se está incrementando en los últimos años⁴⁶.

La exigencia por tales deudas correspondería a otro elemento de esta estructura, al de la responsabilidad en la llevanza del negocio, la responsabilidad mercantil. Es conocido que la ley que regula el régimen de las sociedades de capital precisa cómo puede actuarse ante los daños que causen los administradores a terceros acreedores, así como a la propia sociedad y a los accionistas, que en este caso es la Administración (arts. 236 y ss.). Aquí hay otra zona oscura que casi alcanza la condición de misterio. Tal régimen jurídico queda desplazado en las sociedades estatales (no para las autonómicas o locales⁴⁷). Para esas mercantiles estatales se han precisado unas reglas que generan, a mi juicio, más problemas que soluciones.

Se traslada a la Administración del Estado la responsabilidad cuando los consejeros han seguido las instrucciones remitidas por el ministro. Instrucciones que debería dar únicamente «en casos excepcionales», como precisan las leyes (arts. 179 LPAP y 116 LRJSP), lo que atenúa la singularidad. Pero también se ha extendido la asunción directa por la Administración del Estado de la responsabilidad que corresponda a los consejeros que sean empleados públicos (art. 115 LRJSP).

La exposición de motivos resalta que este precepto es una «novedad» que incorpora las garantías del régimen de responsabilidad administrativa de los empleados públicos a la actividad que desempeñan en las sociedades públicas y que se matiza con el ejercicio de la acción de regreso si se advierte dolo, culpa o negligencia grave (art. 115.2 LRJSP). Pero una «novedad» que nuevamente genera más problemas que soluciones⁴⁸.

Ya el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de esta ley destacó la contradicción que suponía dentro de un régimen «mercantil» la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁴⁹. La desazón que genera tal incoherencia se incrementa ante el cúmulo de interrogantes que esta «novedad» origina. Porque tal traslación de responsabilidad

⁴⁶ En el informe que publicó el Banco de España con relación al «pasivo de las Administraciones públicas» precisa que no incluye la deuda de las empresas públicas que, en el primer trimestre de 2024, alcanzó los 41.000 millones de euros, lo que supone un incremento de más de un 5% con relación al año anterior. Recuérdese que en estos informes del Banco de España se alude a «empresas públicas» que incluyen otras entidades además de las sociedades públicas. Las cuentas anuales de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales muestran millonarias pérdidas derivadas de Radio Televisión Española, Correos, la Agencia EFE, Navantía, Hunosa, etc.

⁴⁷ Algo que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 575/2022, de 5 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:12020).

⁴⁸ Algunos aspectos apunta I. Navarro Frías (2019), «Sociedades públicas: Derecho mercantil vs. Derecho Administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 56.

⁴⁹ Dictamen 274/2015, de 29 de abril.

se refiere ¿exclusivamente a la responsabilidad «extracontractual» o a cualquier exigencia de responsabilidad?, esto es, ¿también la que pueden exigir accionistas o terceros acreedores desplazando el régimen propio de las sociedades de capital? La redacción del artículo alude en términos generales al «régimen de responsabilidad», a «la responsabilidad que le corresponda» y la remisión a la ley de procedimiento administrativo se refiere solo a la acción de regreso.

Tal traslación de la responsabilidad menciona de manera exclusiva a los empleados públicos. Habrá que entender «empleados» de la propia Administración estatal, no, por ejemplo, un profesor universitario a quien se le nombre consejero de una sociedad pública. Quedan excluidos de tal redacción los altos cargos que no tengan la condición de funcionarios públicos, que son quienes con frecuencia integran el consejo de numerosas sociedades estatales, pues su estatuto jurídico siempre se ha diferenciado del de los empleados públicos.

Pero recordemos: todos los consejeros cuentan con una posición asegurada mediante las pólizas que asume, como es frecuente en el ámbito mercantil, la propia sociedad. Además, los empleados públicos tienen derecho a ser compensados por algunos gastos que genere el ejercicio de su actividad. Si eso es así, ¿para qué incorporar esta «novedad»?

Parece que se ha querido resolver la diferente posición en la que se colocaban los funcionarios que asumían responsabilidades de administración en una sociedad pública. Mientras actuaban en el seno de un organismo público, se encontraban con el burladero del régimen público de responsabilidad patrimonial en el que ha de reclamarse en primer lugar a la Administración. Burladero que no tenían en el consejo de administración de una sociedad pública.

Es cierto que, en principio, resulta contradictorio que los perjuicios originados por un funcionario sean reclamados en un supuesto ante el organismo público y en otro, cuando ejerce de administrador de una sociedad pública, haya de responder directamente. Pero es que el dilate está en personificar la gestión de unas actuaciones administrativas.

Me importa resaltar que, con relación a las sociedades netamente mercantiles, aquellas que están en el tráfico comercial e industrial, reconocer esa asunción directa de la responsabilidad conlleva notables riesgos, además de la discriminación que origina entre los consejeros. Riesgos de que los administradores incurran en actuaciones irreflexivas, que al distanciarse la exigencia de responsabilidad se deslice su gestión por el tobogán de la despreocupación, de reducir la prudencia en los negocios, de desentenderse de las consecuencias de sus decisiones, de ignorar los estropicios causados, de ofuscarse con desmesurados proyectos ante la facilidad del endeudamiento, de afrontar una expansión internacional extraña en una empresa pública...

¿Ha de cubrirse con los recursos del patrimonio público, a costa de la caja común esa mala gestión? Y si siempre se traslada la responsabilidad a la Administración, ¿para qué, entonces, se ha creado una sociedad mercantil, una personificación separada presumiendo que unos profesionales realizarán una gestión autónoma?

Urge aclarar el borrón de esta regulación que origina, más que sombras, un auténtico agujero negro, a saber: el riesgo de la irresponsabilidad de los administradores. Resulta preciso recordar que los consejeros de las sociedades públicas han de cumplir los deberes y obligaciones establecidos en la legislación mercantil, pero, es más, por tratarse de sociedades públicas, han de tener un exquisito cuidado con ese patrimonio público cuya gestión le han encomendado, que no puede hundirse en un pozo de deuda desatendiendo el interés público que ese negocio tiene.

Por ello hay que confiar —e insistir— en que los informes de la intervención pública y las auditorías privadas examinen si la gestión ha sido inadecuada o cuestionable, si las inversiones eran aventuradas o temerarias, si se han desenvuelto con negligencia, si han administrado ese patrimonio de manera arriesgada, cuál ha sido la causa de la devolución de fondos europeos por incumplimiento de condiciones establecidas como está ocurriendo en la actualidad...

Ante las elevadas deudas de una sociedad pública han de analizarse las decisiones adoptadas por los administradores para, en su caso, exigirles la correspondiente responsabilidad y que indemnicen los daños generados por su comportamiento. Y ello, no sólo mediante el ejercicio de una acción de regreso —poco utilizada como sabemos⁵⁰—, sino también mediante la incorporación, una vez que haya cesado de su cargo, del análisis conjunto de su gestión, de cómo ha llevado el negocio, si se han incrementado de manera notable las deudas; así como su responsabilidad en caso de que la sociedad pública entre en concurso⁵¹.

Procede precisar la responsabilidad de los consejeros de las numerosas sociedades públicas que acumulan tanta alegre deuda.

VI. ¿PUEDE SER CLARO Y LIMPIO EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS?

El hecho de que existan extensas zonas oscuras y sombrías abre el interrogante de si es posible que las sociedades públicas compongan una actuación con

⁵⁰ R. Rivero (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Iustel, recuerda algunos pronunciamientos, muy pocos, y que se alojan en el ámbito local.

⁵¹ Véanse las consideraciones de I. Fernández Torres (2015), *El concurso de las entidades públicas y sus contratistas*, Civitas; I. del Guayo Castiella (2004), *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, Marcial Pons; I. Calatayud Prats (2012), «Sociedades locales, servicio público e insolvencia», dentro del libro colectivo dirigido por L. Cosculluela y L. Medina, *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, págs. 347 y ss., donde muestra con claridad las tensiones y contradicciones existentes cuando sociedades municipales que prestan servicios públicos caen en insolvencia y defiende con valentía que no debería prestarse mediante estas fórmulas algunos servicios municipales. Recientemente N. Betoños Agrelo ha defendido su tesis doctoral, «Entes públicos y situaciones de insolvencia» en la que profundiza sobre la exigencia de responsabilidad, en Bolonia.

unos trazos claros, que sigan el papel pautado de un régimen jurídico nítido. Es más, ante las tensiones surgidas entre esa tendencia bautizada como «huida» de derecho administrativo y su contraria de «reconquista»⁵², ¿podemos precisar unos criterios diáfanos que permitan conjugar la actividad mercantil pública y el cuidado de los caudales públicos y del interés común?⁵³.

Apunto algunas consideraciones: los mayores problemas derivan de otra causa, a saber, cómo se mueve la tramoya en el escenario de actuación. Somos juristas, pero no somos niños ingenuos y advertimos que la designación de personas ignaras al frente de sociedades públicas, la extensión del nepotismo y del clientelismo, el despilfarro de fondos públicos y otras prácticas corruptas son las que despeñan a algunas sociedades públicas en el descrédito ciudadano.

Habría que insistir en la improcedencia y el desacierto de personificar y vestir con el atuendo de una mercantil actuaciones que nada tienen que ver con una actividad comercial o industrial, así como atribuirles el ejercicio de potestades o el otorgamiento de ayudas públicas. Hay otras modalidades de entidades que garantizan la aplicación del derecho administrativo.

Del mismo modo que no deberían proliferar los grupos de sociedades públicas salvo en aquellos casos que aunaran la cooperación de varias Administraciones y organismos públicos⁵⁴.

Con relación a las actividades mercantiles o industriales, habría que recordar a los administradores de sociedades públicas que «los tiempos cambian que es una barbaridad» y que, del mismo modo que se transformaron o, incluso, desaparecieron antiguas fábricas o monopolios, surgen también otras posibilidades en las comunicaciones electrónicas o en la generación de energía.

«Los tiempos cambian» y han impulsado a saltar las fronteras y varias sociedades públicas extienden su actividad a otros países (caso de INECO, Renfe, Canal Isabel II...). Una expansión que debería evitar embriagarse por algún mal de altura y perder el sentido de su deber que consiste en garantizar el interés público y cuidar el patrimonio.

Porque las empresas públicas han de acotar su negocio, han de respetar el marco común y general mercantil, han de acomodarse a las reglas del mercado y a los sinsabores y a las tensiones de la competencia. En este sentido, por ejemplo,

⁵² Son muchos los trabajos que insisten en ello, sirva la cita de M. Sánchez Morón (2018), «El retorno al Derecho Administrativo», *RAP*, 206, págs. 36 y ss.; E. Gamero Casado (2018), «¿El retorno al Derecho Administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», *REDA*, 189, págs. 13 y ss. o J. García-Andrade (2020), «Huida o expansión del Derecho Administrativo», *REDA*, 209, págs. 139 y ss.

⁵³ Una pregunta que nos acompaña desde hace décadas y que muchos estudios han tratado de responder. Evito una larga cita de trabajos que a lo largo de los años me han ilustrado y sirva el recordatorio de la monografía de E. Montoya (1996), *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons.

⁵⁴ Me remito a las consideraciones que recogí en mi libro *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, 2007.

Correos no puede armarse para plantar cara y emular a Amazon. El servicio postal de correos en España ha de tratar de competir con otras empresas de mensajería dentro del marco mercantil que ha adoptado. Sin privilegios ni prerrogativas que enturbien la competencia en ese mercado y, sobre todo, manteniendo atenta su mirada en la aguja imantada del servicio público que ha de prestar a todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español.

Tal marco ha de ser asumido con coherencia por los responsables públicos si deciden crear una nueva sociedad pública, entre el amplio abanico de opciones con el que cuentan para personificar una actividad o servicio⁵⁵.

Sin embargo, la estela de las sucesivas regulaciones del sector público muestra cómo se busca la «singularidad», un régimen «particular». Es cierto que ya no se dan casos de la tosquedad que suponía, al crear una nueva personificación, remitirse a que se regiría por el art. 5 de la Ley de entidades estatales autónomas. Esto es, la puerta que facilitaba esfumarse quedando excluida de la aplicación de esa ley. En la actualidad, el riesgo está en ir poniendo parches, transformando, según las exigencias de cada instante, el régimen jurídico.

Tantas peculiaridades, tantos disfraces que surgen de la panza oronda de las Administraciones me recuerdan la simpática opereta *El murciélago* de Johann Strauss (hijo), donde los intérpretes adoptan otro papel para acudir a un baile y no mostrar lo que realmente son: el protagonista, Eisenstein, se presenta como un marqués francés; su mujer, Rosalinda, se disfraza de princesa húngara; su doncella, Adele, se engalana como una elegante dama vienesa; el director de la cárcel, interpreta a otro caballero francés... y el Príncipe Orlofsky, el anfitrión, les insiste en su lema: *chacun à son goût*, que cada cual haga lo que quiera, cada uno a su gusto. Tal parece que ocurre con tantas entidades públicas, sociedades, fundaciones a las que inicialmente se les viste con un traje a medida para una ocasión, pero según se presentan otras circunstancias, el Gobierno con su «magia organizadora» canta *chacun à son goût*, y modifica su régimen jurídico y multiplica los problemas, como estamos viendo.

En la opereta, al final, se descubre el enredo y el protagonista pide disculpas porque el champán tuvo la culpa (*Champagner hat's verschuldet*). Tal disculpa —el champán o cualquier otro bebedizo que nuble la vista— no vale para el Gobierno cuando procrea y multiplica sociedades, suscribe convenios, utiliza de manera embrollada los términos jurídicos y, sobre todo, no exige responsabilidad a los directivos ante casos flagrantes de mala gestión y descalabros financieros.

Por ello hay que seguir reflexionando y deliberando en encuentros como este para denunciar la maleabilidad de las instituciones y los regímenes jurídicos. El derecho no puede ser algo dúctil en manos del poder... ha de escribirse con claridad, sin tachones, ni borrones. En eso consiste en la actualidad la lucha por el derecho.

⁵⁵ Aspecto en el que insiste M. Rebollo Puig (2019), «Acciones de competencia desleal contra la actividad pública empresarial», *RAP*, 210, págs. 139 y ss.

