

# **ESTUDIOS**

# ELEMENTOS PARA PERFILAR UN CONCEPTO ESTRICTO DE EMPRESA PÚBLICA(\*) (\*\*)

JUAN M. PEMÁN GAVÍN  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. EMPRESA PÚBLICA: UNA EXPRESIÓN POLISÉMICA.– II. ELEMENTOS PLASMADOS EN EL DERECHO POSITIVO EN VIGOR QUE CONFIGURAN UNA NOCIÓN ESTRICTA DE EMPRESA PÚBLICA: 1. La sujeción de la actividad económica que desarrollan las entidades públicas al Derecho de la Competencia y, en particular, al régimen restrictivo de las ayudas públicas a empresas. 2. La exclusión de las empresas públicas en sentido estricto de la sujeción a la legislación sobre contratación de los poderes adjudicadores. 3. Los títulos representativos del capital de las sociedades que desarrollan actividades económicas como patrimonio embargable de las Administraciones públicas. 4. Responsabilidad penal de las entidades del Sector Público. Plena sujeción a responsabilidad penal de las sociedades públicas que desarrollan actividades económicas. 5. La proyección de estos criterios sobre la realidad actual. Las reducidas dimensiones que tiene el sector público empresarial propiamente dicho en el momento presente. 6. Otras peculiaridades del marco jurídico aplicable a las empresas públicas en sentido propio que emergen de la doctrina y de la jurisprudencia. 7. Sobre la progresiva administrativización del régimen de las sociedades públicas y las dudas sobre la idoneidad del mismo para el ejercicio de actividades económicas.– III. EL CONCEPTO AMPLIO DE EMPRESA PÚBLICA EN SUS DIFERENTES VERSIONES.– IV. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE ALGUNOS GRUPOS DE ENTIDADES DE ADSCRIPCIÓN DUDOSA: 1. La confusa regulación de las Entidades Públicas Empresariales y las dificultades para una visión unitaria de la categoría. 2. Los denominados «Medios Propios personificados». V. Sobre las participaciones minoritarias del Sector Público en empresas privadas. 1. El marco legal. 2. Aproximación a la realidad existente en materia de participaciones minoritarias. 3. Tendencia expansiva. 4. Elementos de conexión con la empresa pública.– VI. CONSIDERACIONES FINALES.– VII. ABREVIATURAS UTILIZADAS.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 02/09/2025 y evaluado favorablemente para su publicación el 20/09/2025.

(\*\*) Trabajo realizado en el marco de las actividades del Grupo ADESTER reconocido por el Gobierno de Aragón (proyecto S22\_23R). Se cierra el 31 de julio de 2025. Agradezco las atinadas observaciones que me han hecho llegar los profesores G. García-Álvarez y J. Esteban Ríos en relación con la primera versión del texto que se publica.

Al final del trabajo incluyo un listado de las abreviaturas utilizadas. En cuanto a las denominaciones abreviadas de las entidades públicas que se mencionan, en el propio texto se indica su denominación completa en la primera cita que se hace.

**RESUMEN:** El trabajo pretende diferenciar con nitidez las acepciones amplia y restringida de la noción de empresa pública y, en particular, construir un concepto estricto de la misma, para lo cual el Derecho positivo en vigor ofrece materiales valiosos, aunque dispersos. También aborda y clarifica en qué medida encajan en este concepto estricto de empresa pública determinados grupos de entidades de adscripción dudosa, como son las Entidades Públicas Empresariales y los denominados Medios Propios. Por último, analiza la cuestión de las participaciones minoritarias del Sector Público en empresas privadas y sus elementos de conexión con la empresa pública.

**Palabras clave:** empresa pública en sentido estricto; empresa pública en sentido amplio; Sector Público Empresarial; patrimonio empresarial de la Administración; participaciones minoritarias.

**ABSTRACT:** *This paper aims to clearly differentiate between the broad and narrow definitions of the notion of a public enterprise and, in particular, to construct a strict concept of the same. For this purpose, current substantive law offers valuable, albeit disparate, material. It also addresses and clarifies the extent to which certain groups of entities of dubious affiliation, such as Public Business Entities and the so-called personified Own Media, fit within this strict concept of a public enterprise. It also addresses the issue of minority stakes by the Public Sector in private companies and their connections to the public enterprise.*

**Key words:** *public enterprise in the narrow sense; public enterprise in the broad sense; Public Business Sector; corporate assets of the Administration; minority stakes.*

## **I. INTRODUCCIÓN. EMPRESA PÚBLICA: UNA EXPRESIÓN POLISÉMICA**

1. El término «empresa pública» está plenamente asentado desde hace muchos años tanto en el lenguaje ordinario o coloquial como en el que se plasma en los textos legislativos y en las denominaciones oficiales.

Pero su entendimiento no resulta en modo alguno unívoco, sino que se utiliza con acepciones claramente divergentes. Y no siempre se aclara esta circunstancia, de manera que se pueden generar equívocos derivados de la diferente comprensión de esta expresión que hacen quien la utiliza y quien la lee o escucha.

La definición de empresa pública que incorpora el Diccionario Panhispánico del español jurídico —«empresa en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»— se centra en perfilar el adjetivo «pública» asumiendo al efecto la formulación contenida en la Directiva 2006/111/CE y en la Ley 4/2007 por la que se traspone dicha Directiva, las cuales se basan en un entendimiento amplio de la

noción de «influencia dominante» (1). Pero deja fuera de su foco de atención el elemento más complejo de la noción: el concepto de «empresa» a estos efectos, que es donde está la verdadera dificultad, pues no resulta en modo alguno sencillo distinguir, dentro del inmenso universo de las entidades públicas instrumentales, cuáles son verdaderas empresas y cuáles no.

2. En el lenguaje formalizado que se ha incorporado a los textos legales vigentes del Derecho público español ha tendido a consolidarse un concepto muy amplio de empresa pública —o expresiones análogas como «sector público empresarial», o «patrimonio empresarial de la Administración»— que tiene matices propios en lo que cada texto legal incluye dentro de tales expresiones, pero que está vinculado a criterios predominantemente formales, esto es, atiende a la forma jurídica de las entidades públicas que se incluyen bajo estas denominaciones. Así sucede con la noción de «sector público empresarial» que incorpora la LGP —la cual estructura el sector público estatal en tres grandes bloques: administrativo, empresarial y fundacional (art. 3.2)— o con la noción de «patrimonio empresarial de la Administración» que se plasma en la LPAP (Título VII, arts. 166 y ss.). En dichos rótulos, sobre los que más adelante tendremos que volver, se incluyen tanto entidades de Derecho privado (las Sociedades Mercantiles Estatales) como de Derecho público (entre ellas, las Entidades Públicas Empresariales).

De este modo, se ha consolidado legalmente en España un concepto muy amplio de empresa pública que, como consecuencia de dicha amplitud, carece de unidad interna al incluir realidades muy heterogéneas, tanto por la diversidad de las formas jurídicas de personificación —que conllevan la aplicación de regímenes jurídicos también diferenciados— como por la índole de las tareas o funciones que desarrollan tales «empresas públicas», que son también muy diversas entre sí.

Sucede no obstante que, si se analiza la realidad de lo que hacen y lo que son las entidades que se incluyen dentro de esta noción amplia de empresa pública, se observa que la mayoría de ellas poco o nada tienen que ver con lo que en otro tiempo constituyó el sector empresarial público, construido en torno a la idea del Estado-empresario, esto es, del Estado como productor de bienes y servicios destinados al mercado, como un actor ordinario de la economía productiva, que era incluso protagonista en no pocos sectores económicos (2).

---

(1) Art. 2. b de 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, y art. 2.1 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de la misma denominación.

(2) La teorización quizás más completa y representativa de esta idea del Estado-empresario, que alcanzó entre nosotros su etapa de máximo esplendor en las décadas centrales del siglo XX (1940-1985), es la que ofreció José Luis VILLAR PALASÍ en su estudio sobre *La*

Tales manifestaciones de la idea del Estado-empresario subsisten ciertamente en la actualidad, pero constituyen una parte claramente minoritaria del «sector público empresarial».

3. Esta situación puede resultar sorprendente a primera vista, pero se explica cabalmente si se tienen en cuenta dos circunstancias bien conocidas que han determinado una manifiesta divergencia entre el amplísimo sector público empresarial formalmente tal (cuyo número se sitúa actualmente en España en el entorno de las 2.000 entidades si se considera también el sector público de las CCAA y de las Entidades Locales junto al estatal) y el exiguo conjunto de empresas públicas propiamente dichas que hoy subsisten; exiguo en comparación con lo que en otro tiempo fueron y con lo que hoy se califican formalmente como empresas públicas. Apunto a continuación cuáles son tales circunstancias:

a) De una parte, la expansión del sector público empresarial en el sentido formal indicado no es sino el resultado de una larga etapa histórica dominada por la imparable tendencia de las AAPP a utilizar las personificaciones instrumentales, y en particular las sociedades de capital, para la gestión de específicas tareas o funciones que no son propiamente empresariales. Fenómeno habitualmente conocido como «huida al Derecho privado» que ha sido profusamente estudiado por la doctrina administrativista, la cual lo ha venido considerando no sin razón como uno de los fenómenos más característicos producidos en materia de organización administrativa durante la segunda mitad del siglo XX (3).

b) Y por otro lado, es también conocido el fenómeno de signo en cierto modo inverso al anterior consistente en la reducción del número de empresa públicas en sentido propio que en otro tiempo existieron como consecuencia de la privatización de una gran parte de las mismas. En efecto, sucedió que el nutridísimo grupo de empresas públicas activas en la economía española

---

*actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, publicado en el n° 3 de la RAP (1950). Como es sabido, en esta importante aportación el prof. VILLAR PALASÍ identificaba y acotaba una nueva categoría entre las formas de la acción administrativa, diferente de las tradicionales de policía, fomento y servicio público, que calificaba como *gestión económica de la Administración* consistente en una «dación al mercado» de bienes y servicios (en este segundo caso, diferentes de los calificados como servicios públicos).

(3) Valgan como botón de muestra las reflexiones que expone Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR en sus *Principios de Derecho Administrativo I* (Iustel, 2° ed., 2009, pp. 617-621), donde afirma que las sociedades de titularidad pública constituyeron la «auténtica estrella» de la organización administrativa durante la segunda mitad del siglo XX y que su utilización fue uno de los principales cauces por la que transcurrió la «huida del Derecho Administrativo». En este sentido, subraya su empleo como «instrumento de organización de la Administración clásica ya sea policial, de fomento o prestacional», sirviendo como «una técnica primordial para la organización de servicios y actividades genuinamente públicas».

durante los años ochenta del pasado siglo —que había ido creciendo tras varias décadas de dinámica expansiva (4)—, experimentó una drástica reducción, especialmente durante el período 1985-1999, como consecuencia de la ambiciosa política de privatizaciones que se llevó a cabo durante aquellos años, así como también como resultado de las crisis vividas en diversos sectores económicos que dieron lugar a no pocos procesos de reconversión y liquidación de antiguas empresas públicas (5). De modo que el importante sector público económico estatal existente en nuestro país durante las décadas centrales del siglo XX quedó fuertemente reducido hasta ocupar un espacio de carácter más bien residual y fragmentario en la Economía nacional.

Así las cosas, sucede que la concurrencia de las dos dinámicas evolutivas aludidas —una expansiva y otra menguante— ha abierto una brecha cada vez mayor entre las acepciones amplia y estricta del concepto de empresa pública. La empresa pública en sentido propio no ha dejado de existir entre nosotros, ni puede decirse que se haya convertido en un tema irrelevante. Pero no cabe duda de que ha dejado de ocupar la posición nuclear o principal que en otro momento tuvo entre las formas o modalidades de la acción administrativa (6).

---

(4) G. BEL y A. COSTAS («La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política», *Revista de Historia Industrial*, nº 19-20, 2001, pp. 105 y ss.) señalan que el trienio 1983-1985 marca el punto más alto de la significación de las empresas públicas en la economía española con un porcentaje de participación en el PIB que se mantuvo por encima del 8% durante los tres años indicados.

(5) La etapa álgida del proceso privatizador se produjo durante el primer Gobierno presidido por José María Aznar (1996-2000), si bien se habían realizado numerosas privatizaciones durante la década anterior (1985-1995) con Gobiernos presididos por Felipe González. Durante el presente siglo se han llevado a cabo actuaciones concretas de privatización, entre las cuales descuella sin duda la privatización parcial de AENA ejecutada en 2015, pero las mismas han tenido sin duda un carácter más esporádico. La pretendida privatización de Loterías y Apuestas del Estado impulsada por el Gobierno de Rodríguez Zapatero en 2011 no llegó finalmente a ejecutarse.

Para la cuantificación del fenómeno privatizador en España resultan elocuentes los datos que aporta A. CUERVO García en su trabajo «La empresa pública entre 1978 y 2003. De la justificación a la privatización», *Economía industrial*, nº 349-350, 2003, pp. 233 y ss., pp. 238, según los cuales las empresas públicas pasaron de representar el 10% de la economía española a finales de los años setenta del siglo pasado (medido a través de varios indicadores que incluyen el empleo y el valor añadido bruto) a situarse por debajo del 1% en 2002.

(6) La dualidad de conceptos de empresa pública —y la confusión que en ocasiones se produce en torno a los mismos— aflora en el tratamiento que se hace de la materia en las exposiciones doctrinales generales de Derecho público económico.

Así, L. COSCULLUELA MONTANER y M. LÓPEZ BENÍTEZ parten en su manual de *Derecho Público Económico* (3ª ed. Iustel, 2009, pp. 133-134) de una noción estricta de empresa pública (organización que opera en el mercado para la realización de actividades comerciales, industriales o financieras), pero a la hora de exponer los diferentes tipos de empresas públicas existentes (pp. 138 y ss.) adoptan un esquema puramente formal referido a las formas de personificación que incluye tanto las EPE, como las sociedades mercantiles públicas, e incluso

4. En el presente texto pretendo desarrollar algunas reflexiones de orden conceptual en torno a la noción de empresa pública, que es moneda habitual —como se ha apuntado— en el lenguaje ordinario y en la legislación vigente. Reflexiones que parten de una doble premisa, acaso ya implícita en lo que queda dicho:

a) La conveniencia, e incluso la necesidad, de clarificación y precisión terminológica en un tema que se desenvuelve dentro del profuso y confuso terreno de las personificaciones instrumentales del sector público. Un terreno en el que casi nada es lo que parece (7) y en el que, como expresiva y acertadamente ha subrayado Mercedes Fuertes, se produce un «variopinto baile

---

las fundaciones públicas. R. RIVERO ORTEGA (*Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, 2013, pp. 182-183) elude formular un concepto de empresa pública subrayando tan solo el carácter controvertido del mismo, así como la dificultad para diferenciar entre los servicios públicos y las manifestaciones de la iniciativa pública económica. J. C. LAGUNA DE PAZ (*Derecho Administrativo Económico*, Civitas, 1º ed. 2016, pp. 405 y ss.) opta por utilizar la expresión «empresa pública de mercado» para encabezar su exposición sobre la materia, referida a las empresas públicas en sentido estricto, en la que subraya su sujeción al Derecho de la competencia y al principio de paridad de trato con el sector privado; lo cual indudablemente da a entender de modo implícito que existe un concepto más amplio de empresa pública que incluye actividades que no son de mercado.

Por último, L. SALAMERO TEIXIDÓ («La iniciativa económica pública», en vol. col. dirigido por P. Menéndez y A. Ezquerro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Civitas, 2º ed., 2021, pp. 745 y ss.) encabeza su exposición sobre la materia con el rótulo indicado —iniciativa económica pública—, eludiendo en cambio el de empresa pública, y subraya la inexistencia de una regulación legal general de esta modalidad de la acción administrativa que vaya más allá de las escuetas previsiones constitucionales y de algunas reglas referidas específicamente al ámbito local.

(7) No son pocas las denominaciones equívocas que se utilizan para identificar a las entidades instrumentales, e incluso las pistas falsas que proporciona el legislador en las propias definiciones o caracterizaciones generales que formula sobre determinados grupos de entidades. Así, por poner algunos ejemplos elocuentes al respecto, sucede que los organismos autónomos no son realmente autónomos salvo con un alcance muy limitado, de manera que su denominación no resulta particularmente clarificadora; las entidades públicas empresariales no son empresas en sentido propio ni se financian mayoritariamente con ingresos de mercado en la mayor parte de los casos (pese a lo que puede leerse en los arts. 103.1 y 107.3 LRJSP); gran parte de las sociedades mercantiles públicas solo son mercantiles en un sentido puramente formal que no implica mercantilidad sustantiva; hay Consorcios que no lo son realmente (el Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad pública empresarial); hay entes públicos que se denominan Sociedades y no lo son realmente teniendo la condición de entidades de Derecho Público (caso de la SEPI —Sociedad Estatal de Participaciones Industriales— o de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima); el término «agencia» se utiliza para denominar a entidades que responden a las más variopintas formas jurídicas. La retahíla podría continuar, pero resulta suficiente para ilustrar sobre el galimatías terminológico y los enigmas a los que nos enfrentamos cuando nos aproximamos a las personificaciones instrumentales de las Administraciones Públicas. Y ello pese al loable intento sistematizador y clarificador que aportó la LRJSP —que sin duda hay que valorar positivamente— en una línea que luego han seguido diversas CCAA como Navarra, País Vasco o Aragón.

de disfraces» que no resulta fácilmente asimilable para los «sufridos alumnos» de nuestras Facultades de Derecho (8). Por mi parte añadiría que el tema no solo es dificultoso para los alumnos que se inician en el estudio del Derecho Administrativo, sino también para los profesionales y profesores vinculados con la materia, no necesariamente novatos, que buscan referencias y materiales de apoyo clarificadores que estén acomodados a la realidad presente (9).

b) La segunda premisa de la que parto viene dada por la observación de que el Derecho positivo en vigor ofrece materiales que permiten construir una noción estricta de empresa pública con cierto grado de precisión. De modo que, aun sin existir una definición legal propiamente dicha, podemos utilizar dichos materiales para identificar un perímetro que acota el alcance de lo que el Derecho positivo vigente considera empresa pública en sentido propio, de lo cual derivan no pocas consecuencias en cuanto al marco jurídico aplicable a las mismas. Así que no estamos ante consideraciones de carácter meramente teórico.

Sobre la base de estas premisas, el texto se estructura en los siguientes apartados. En primer lugar, se desgranán los elementos del Derecho positivo en vigor que sirven para construir la aludida noción estricta de empresa pública e

---

(8) Véase M. FUERTES LÓPEZ, «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», RAP 206 (2018), p. 85. Más recientemente ha vuelto sobre esta idea en su estudio «Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas: claroscuros, sombras y negruras», RAP 226 (2025), pp. 33 y ss., en el que se refiere a los numerosos disfraces «que surgen de la panza oronda de las Administraciones» (p. 59). En conexión con ello, se lamenta, a la vista de lo sucedido en los últimos años, de la «magia organizadora» del Gobierno que modifica según las circunstancias el régimen jurídico de las entidades creando nuevos problemas, «procrea y multiplica sociedades» y «utiliza de manera embrollada los términos jurídicos».

(9) De hecho, debo decir que las reflexiones que siguen nacen de una inquietud personal por aclararme a mí mismo en relación con conceptos que debo explicar a los alumnos de Grado, aclaración que resulta imprescindible por supuesto para conseguir transmitirlos con éxito. Existe como es sabido una copiosísima literatura académica sobre empresa pública en España producida sobre todo durante el periodo de máxima pujanza de la misma (años sesenta y setenta del pasado siglo, con prolongación también durante los ochenta) durante el cual se publicaron numerosos artículos y monografías sobre la materia desde diversos puntos de vista, así como no pocos libros colectivos. Sin embargo, aunque no pueda decirse ciertamente que la bibliografía aludida carezca de interés en el momento presente para conocer de dónde venimos —y en ocasiones también como muestra de buen quehacer doctrinal—, resulta patente su escasa virtualidad para explicar la realidad actual de la empresa pública en España y el marco jurídico-positivo en vigor, al que no se acomoda en modo alguno.

Como estudios representativos que reflejan lo que fue el sector público económico en España durante su etapa estelar cabe destacar los de R. MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Civitas, 1973), G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en el vol. col. dirigido por F. GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 9-231) y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1988, Capítulo IV.

identificar el régimen jurídico peculiar que las singulariza frente a las que solo lo son en un sentido formal (II). A continuación, se realiza una aproximación a las diferentes versiones del concepto de empresa pública en sentido amplio que están plasmadas en nuestra legislación (III). Y el análisis se completa con la consideración de algunos grupos de entidades de adscripción dudosa dentro de la dualidad de conceptos de empresa pública que distinguimos (IV) y con una referencia a las participaciones minoritarias del Sector Público en las empresas privadas (V) (10).

## II. ELEMENTOS PLASMADOS EN EL DERECHO POSITIVO EN VIGOR QUE CONFIGURAN UNA NOCIÓN ESTRICTA DE EMPRESA PÚBLICA

Como ha quedado apuntado, nuestro Derecho positivo incorpora regulaciones que permiten identificar con cierta precisión una noción estricta de empresa pública, si bien su plasmación se hace de manera dispersa, pues aparece en bloques normativos diferentes, e incluso alejados entre sí, que

---

(10) El predominio de la perspectiva jurídico-conceptual en el presente trabajo hace que tengamos que dejar fuera de nuestra atención otros puntos de vista para abordar la materia, que serían también de indudable interés, pero que deben quedar para otra ocasión. Es el caso, en particular, de la consideración de la *empresa pública* (sentido estricto) como *política pública en el marco del intervencionismo estatal en la Economía*; perspectiva que conllevaría indagar sobre el sentido que en los momentos actuales tiene el Estado-empresario —esto es, qué objetivos debe cumplir la empresa pública, en qué situaciones se justifica y en cuáles no— así como contrastar las coordenadas generales identificables sobre la materia con la realidad concreta actualmente existente en España.

También deben quedar fuera de nuestra atención las cuestiones vinculadas a la *gestión* y el *gobierno corporativo de las empresas públicas* (aquí es el sentido amplio de la expresión el que se impone sin lugar a dudas). Cuestiones de notoria relevancia sobre las que se vienen detectando deficiencias o disfunciones muy arraigadas y extendidas entre nosotros (entre ellas, la excesiva rotación de los altos cargos de dirección de las entidades como consecuencia de su vinculación a los cambios de Gobierno o de Ministro, el predominio de las afinidades políticas en su selección por encima de la profesionalidad y preparación para el cargo, o una permanencia en los cargos desvinculada de mecanismos efectivos de rendición de cuentas). Deficiencias que en los últimos años han llegado a niveles esperpénticos que han hecho encenderse todas las alarmas (baste mencionar al efecto la pertenencia de Koldo García Izaguirre, protagonista de la trama Koldo-Ábalos-Cerdán, al Consejo Rector del organismo Puertos del Estado y al Consejo de Administración de Renfe Mercancías durante la etapa en la que José Luis Ábalos fue Ministro de Transportes). Lo cual no debería servir para contaminar a todos los altos directivos de las empresas públicas, ni para esconder que pueden encontrarse ejemplos de buenas prácticas (quizás no muchos) en la selección de los mismos, pero sí para evidenciar un gravísimo problema de nuestro sistema institucional —no exclusivo por desgracia de las empresas públicas— que se configura en la práctica como un «Estado clientelar de partidos» en el que estos tienden a expandir al máximo su control de las instituciones. Y en esta dinámica no cabe duda de que los Gobiernos de P. Sánchez han llegado a unos niveles especialmente preocupantes.

abordan problemáticas muy diversas. De modo que no se formula en términos explícitos y visibles, sino que su hallazgo requiere una cierta labor de indagación de los significados concretos de determinadas expresiones legales y de sus consecuencias.

Sobre la base de este punto de partida, entiendo que es preciso tener en cuenta cuatro regulaciones que afectan a otros tantos aspectos del régimen de las entidades que integran el Sector Público: las dos que vamos a considerar en primer lugar forman parte del Derecho de la UE —resultando en consecuencia comunes a todos los Estados miembros (11)— y se refieren como veremos a cuestiones nucleares del marco jurídico de las entidades públicas. Y las otras dos tienen un alcance más «doméstico» en el sentido de que se plasman en normas de Derecho español que no constituyen trasposición del Derecho europeo.

### **1. La sujeción de la actividad económica que desarrollan las entidades públicas al Derecho de la Competencia y, en particular, al régimen restrictivo de las ayudas públicas a empresas**

Como es bien sabido, el Derecho de la UE establece un marco general regulador de la competencia en el mercado que resulta aplicable a cualquier actividad que tenga un carácter económico, con independencia de la configuración subjetiva de la entidad que la realiza, esto es, incluyendo tanto a las entidades privadas como a las públicas, y tanto a las que tienen ánimo de lucro como a las que no lo tienen.

Ello conlleva la plena sujeción de la actividad económica que desarrollan las entidades públicas al Derecho europeo de la Competencia, esto es, a las normas del TFUE que se refieren a la materia (arts. 101 a 109) y a las numerosas disposiciones de Derecho derivado que se han dictado como complemento de las mismas. En particular, interesa destacar dos preceptos nucleares incorporados al Tratado:

---

(11) Esta derivación del Derecho europeo de cuanto vamos a exponer en los apartados II. 1 y II.2 implica la existencia de un sustrato común en la materia aplicable a todos los Estados miembros de la UE y, por tanto, un marco de homogeneidad conceptual al respecto. Pero incluso más allá del espacio comunitario europeo es posible encontrar marcos compartidos internacionalmente sobre el concepto de empresa pública. En este sentido cabe aludir a la definición de empresa pública que incorpora el documento, calificable como *soft law*, aprobado por la OCDE *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, Edición 2015, pp. 15-16, que viene a coincidir con el concepto estricto de empresa pública al que nos vamos a referir en el presente Epígrafe. En dicho documento, la definición de empresa pública se vincula al ejercicio de actividades económicas por el Estado o poderes públicos; actividades económicas que consisten en «ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado» que en principio pueden «llevarse a cabo por un operador privado para obtener beneficios». Y se subraya que tales actividades tienen lugar «en mercados en los ya existe competencia con otras empresas o en los que, dada la normativa existente, podría existir» competencia.

En primer lugar, procede recordar que el art. 106.1 prohíbe a los Estados —en lo que ahora interesa— adoptar o mantener respecto a las empresas públicas cualquier medida que sea «contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive». De manera que se hace referencia explícita al principio general de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18) y a las disposiciones del propio TFUE sobre competencia (arts. 101 a 109), que se aplican por tanto plenamente a las empresas públicas. Concepto este último que hay que entender en el sentido material o sustantivo apuntado, esto es, referido a las entidades públicas que desarrollan actividades económicas, las cuales quedan sujetas al principio de paridad de trato inherente al Derecho de la Competencia.

En segundo lugar, es también conocido que el art. 107.1 TFUE establece un régimen restrictivo de las ayudas públicas a empresas. Con no pocos matices y excepciones cuya mención no viene ahora al caso, se excluyen como «incompatibles con el mercado interior» las ayudas públicas que, bajo cualquier forma, falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas. De modo que se formula una cláusula general de gran alcance que se ha venido interpretando de manera inequívoca como comprensiva no solo de las ayudas a las actividades económicas privadas sino también a las empresas públicas que lo sean en un sentido estricto o material.

En efecto, conforme a lo que resulta de la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, el concepto de empresa a estos efectos pivota en torno a la naturaleza de las actividades que desarrolla la entidad de que se trate, con independencia de cuál sea su estatuto jurídico. De modo que se incluye dentro de dicho concepto a cualquier entidad que ejerce una *actividad económica*, esto es, que *ofrece bienes y servicios en un determinado mercado* (12).

Así las cosas, estaremos ante una empresa en el sentido del art. 107 del Tratado en aquellas situaciones en las que las entidades públicas ofrezcan bienes y servicios en un escenario que quepa considerar como «mercado», lo que conlleva la importantísima consecuencia de la aplicación a las mismas del

---

(12) Véanse en este sentido los párrafos 6 a 37 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el art. 107, apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (216/C 262/01), DOUE de 19 de julio de 2016, en los que se resume la doctrina fijada por numerosas sentencias del Tribunal de Justicia y por decisiones de la propia Comisión. En esta Comunicación se subraya que la existencia de un mercado en un determinado servicio puede variar de un Estado a otro y puede cambiar a lo largo del tiempo, por lo que no se puede hacer una lista cerrada de actividades que son económicas y las que no lo son. No obstante, excluye del concepto de empresa las actividades que implican «ejercicio de la autoridad pública» o en las que las entidades públicas actúan «en calidad de Administraciones públicas» y fija criterios para deslindar, dentro de las actividades públicas que no implican ejercicio de autoridad (como la asistencia sanitaria, la educación o la cultura), las que tienen naturaleza económica y las que no la tienen.

Derecho de la Competencia y la entrada en juego del principio de paridad de trato respecto a las empresas privadas y la prohibición de ayudas que falseen la competencia (13). Razón por la cual existe una regulación *ad hoc* en el Derecho europeo que impone un régimen de transparencia a las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas entendidas en este sentido estricto o material (14).

Hay por tanto un concepto estricto de empresa pública derivado de esta acotación del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia que exige que estemos ante una «empresa» en el sentido material o sustantivo indicado —actividad consistente en el ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado— y además obviamente que resulte encuadrable en el Sector Público, pues en otro caso estaremos ante una empresa privada (15).

---

(13) Dentro de la abrumadora bibliografía sobre Derecho de la Competencia —que en el Derecho español gira en torno a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal— un excelente resumen respecto a las reglas que rigen la competencia desde el punto de vista del Derecho público se encuentra en el libro de J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo Económico* (Civitas, 2016, pp. 317-361), en el que se incluye también una exposición sobre su aplicación a las actividades económicas que llevan a cabo las Administraciones Públicas (337-341).

(14) Se trata de la Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre de 2006, que contiene la versión codificada de la anterior Directiva 80/723/CE. La trasposición en España de la Directiva 2006/111 se llevó a cabo mediante la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas. Sus disposiciones exigen que las empresas públicas —tanto las estatales como las autonómicas y locales— elaboren un anexo a sus cuentas anuales con información sobre la puesta a disposición de fondos efectuada a su favor por las AAPP. Anexo que se remite a la IGAE Estado y quedan a disposición de la Comisión Europea. Pero dicho anexo no forma parte de las cuentas anuales ni es objeto de publicación, de modo que la transparencia exigida se proyecta solo respecto al ejercicio del control de las ayudas públicas por la Comisión, sin implicar el escrutinio público de las mencionadas relaciones financieras.

(15) La condición de pública de una empresa puede derivar de que las entidades del Sector Público participen mayoritariamente en su capital o bien de situaciones en las que, aun no alcanzándose dicha participación mayoritaria, la sociedad participada sea dependiente de una entidad pública por tener ésta una posición de control sobre la misma en los términos que establece el art. 42 del Código de Comercio. Véase en este sentido la noción de «sociedad mercantil estatal» que consagra el art. 166.1.c LPAP, cuya remisión al art. 4 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 hay que entenderla referida hoy al artículo citado del Código de Comercio. E idéntica noción de sociedad mercantil estatal se plasma en la LRJSP (art. 111.1).

En la misma línea de identificación de las posiciones de dominio efectivo se mueve el Derecho de la UE cuando define la empresa pública 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» (art. 2.b de la Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre de 2006). Definición que se incorpora a nuestro Derecho por el art. 2.1 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, sin perjuicio de que, en relación con la AGE la mencionada Ley se remita al art. 166.1 LPAP, que fija el perímetro del «patrimonio empresarial» de la Administración del Estado.

Sobre esta base conceptual, si uno repasa la nómina de las entidades que vienen calificadas formalmente como «empresas públicas» o «sector público empresarial» en nuestro país, llega a la conclusión de que la mayor parte de ellas no lo son en el sentido material indicado, pues se trata de entidades que llevan a cabo diversas tareas de gestión pública en sectores específicos que no consisten precisamente en ofrecer bienes y servicios en mercados competitivos.

Por lo que se refiere al ámbito estatal, así sucede en primer lugar con las denominadas Entidades Públicas Empresariales que constituyen brazos ejecutivos de la AGE en ámbitos determinados vinculados a un determinado Ministerio, como es el caso, entre otros muchos, de la FNMT (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre), el CDTI (Centro para el Desarrollo Tecnológico y la Innovación), SASEMAR (Entidad de salvamento marítimo), ENAIRE (control del tráfico aéreo), el Consorcio de Compensación de Seguros, el IDAE (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía), la entidad Red.es (entidad para la sociedad de la información y agenda digital), o el ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias).

Pero así sucede también con gran parte de las entidades estatales con formato societario —las Sociedades Estatales—, que mayoritariamente se configuran como entidades instrumentales para la ejecución de políticas públicas de diversa índole sin actuar como operadores de mercado. Piénsese, por ejemplo, en las Sociedades que se dedican a tareas públicas tan sensibles como los equipamientos penitenciarios y de la seguridad del Estado, la ciberseguridad o la ingeniería de sistemas para la defensa nacional (16). O también en la que se ocupan de la proyección cultural de España en exposiciones y eventos internacionales (Acción Cultural Española SA), de las infraestructuras agrarias (SEIASA), de las obras hidráulicas (Aguas de las Cuencas de España, ACUAES) o de las infraestructuras del transporte terrestre (SEITT) (17). En otros casos en

---

(16) Sociedades Estatales son en efecto la SIEPSE (Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios y de la Seguridad del Estado), el INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad de España) y la entidad ISDEFE (Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España).

(17) Conviene advertir de la existencia de entidades estatales que utilizan la denominación de *Sociedad* pero que no son Sociedades Estatales de acuerdo con la noción de las mismas que incorpora la legislación vigente (art. 166.1.c LPAP y art. 111.1 LRJSP). Es el caso de la citada Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) que en su momento fue creada en el marco de lo previsto en la Ley General Presupuestaria vigente durante los años noventa (Texto refundido de 1988), cuyo art. 6.1 establecía un concepto muy amplio de Sociedad estatal que incluía no solo a las sociedades mercantiles con participación mayoritaria del Estado, sino también (letra b) a «las Entidades de derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado». De modo que la utilización de este marco conceptual ya derogado explica la calificación como Sociedad de una entidad que actualmente se configura como Entidad Pública Empresarial y no como Sociedad Mercantil, lo que ciertamente puede dar lugar a equívocos. Otro tanto puede decirse de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), creada en su momento al amparo del precepto

cambio —los menos— las Sociedades Estatales sí actúan como empresas en el sentido material indicado, pues ofrecen bienes y servicios en mercados competitivos, como sucede con Paradores de Turismo (servicios turísticos), Navantia (construcción naval), Correos (mercado postal) o CETARSA (Compañía Española de Tabaco en Rama) (18), o como sucedía con Bankia con anterioridad a su absorción por CaixaBank (19). Y salta a la vista que son muy marcadas las diferencias de estas últimas sociedades respecto a las anteriormente aludidas desde un punto de vista sustantivo, con independencia de que su forma jurídica sea exactamente la misma.

Y por lo que se refiere al ámbito autonómico y local, es todavía más excepcional encontrar entre las sociedades públicas algunas que encajen en el concepto de empresa pública en sentido propio (20).

---

citado de la Ley General Presupuestaria de 1988 por la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de diversas entidades de Derecho Público: la SEPI no es tampoco una Sociedad Mercantil Estatal (sí que lo son las diversas sociedades participadas mayoritariamente por la misma) sino una entidad de Derecho público.

(18) El marco económico y jurídico en el que se desenvuelven algunas de las empresas públicas mencionadas se ha transformado significativamente en las últimas décadas. Así, CETARSA se creó en 1987, en el marco de la liberalización del sector tabaquero consecuencia de nuestra incorporación a la CEE, lo que condujo a la supresión del antiguo monopolio de tabacos. Y Correos tiene una dilatada existencia a sus espaldas, pero su marco legal se transformó por completo con ocasión de las Directivas europeas que impusieron la liberalización progresiva de los servicios postales en la UE. De manera que lo que era una entidad gestora de un monopolio estatal pasó a convertirse en una empresa de servicios que se desenvuelve en un mercado competitivo.

(19) También cabe incluir en este grupo a ENSA (Equipos Nucleares SA, dedicada a la fabricación de componentes nucleares) y a Enusa Industrias Avanzadas SA (anteriormente denominada ENUSA, Empresa Nacional del Uranio SA), que son sociedades estatales de capital íntegramente público.

(20) Por ejemplo, en el caso de Aragón, si observamos las sociedades autonómicas englobadas en la denominada *Corporación Empresarial Pública*, las cuales se califican globalmente como «empresas públicas», vemos que todas ellas asumen la ejecución de políticas públicas en ámbitos concretos (suelo y vivienda, gestión agroambiental, apoyo a la internacionalización de las empresas, gestión de grandes polígonos industriales, logísticos o tecnológicos, etc.) pero no son empresa en sentido estricto. Dicha Corporación sí participa en empresas que lo son propiamente, pero lo hace de forma minoritaria, de modo que se trata de empresas privadas con una participación minoritaria del sector público.

Para el ámbito municipal, puede ser ilustrativo el caso del Ayuntamiento de Madrid, que ha creado diversas sociedades para gestionar determinados servicios a las que califica en muchos casos como «empresas municipales», pero que no operan en mercados competitivos y por tanto no son empresas en sentido estricto (Empresa Municipal de Transportes, Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, Calle 30 S.A., etc.), salvo en el caso de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios, que actúa en un sector actualmente liberalizado. Lo mismo sucede con las sociedades municipales del Ayuntamiento de Zaragoza, que operan como brazos ejecutivos del Ayuntamiento en áreas concretas de su competencia (vivienda, cultura, deporte o servicios de abastecimiento y saneamiento del agua).

Por lo demás, debe advertirse que no pocas de las entidades aludidas que no son empresas en sentido estricto desarrollan actividades directamente relacionadas con el fomento de la actividad económica en sus diferentes facetas: son *entes públicos de gestión en el área económica*, formando parte de lo que puede calificarse como «Administración económica», pero no son operadores de mercado. Este es el caso, en el ámbito estatal, de determinados organismos especializados como el ICO (el Instituto de Crédito Oficial, que opera como agencia financiera del Estado), el ICEX (Instituto de Comercio Exterior), el Consorcio de Compensación de Seguros, Puertos del Estado, el ADIF o la propia SEPI (entidad tenedora de participaciones accionariales del Estado), así como de las numerosas agencias de desarrollo regional que existen en las CCAA ya sea con forma de entidad de Derecho público o de sociedad autónoma (21). Todas ellas tienen una vocación marcadamente económica en el sentido de que ejecutan políticas públicas en el ámbito de la Economía e impulsan su crecimiento, pero su objeto no consiste en ofrecer bienes o servicios en mercados competitivos.

Nos quedamos por tanto con dos ideas centrales como corolario de lo expuesto:

a) El Derecho europeo de la Competencia somete a todas las actividades económicas privadas y públicas a una disciplina común plasmada en los preceptos del TFUE sobre la materia y en el denso *corpus* normativo y jurisprudencial que los complementa. Ello ha propiciado la acotación de un concepto material o sustantivo de empresa pública vinculado a la naturaleza de la actividad que desarrollan las entidades del Sector Público: estaremos ante una empresa pública cuando su actividad merezca el calificativo de «económica» en el sentido expuesto, además de que la titularidad o el control de la misma sean públicos.

b) La gran mayoría de las entidades que en España se vienen incluyendo bajo el rótulo de «empresas públicas» o también dentro del «sector público empresarial» o del «patrimonio empresarial» de la Administración no son empresas en el estricto o material aludido y quedan fuera por tanto de la aplicación de las reglas del Derecho de la Competencia y, en particular, del régimen restrictivo de las ayudas públicas a empresas.

---

(21) Este es el caso de entidades como el Instituto Aragonés de Fomento, Aragón Exterior SA, la Sociedad para el desarrollo regional de Cantabria, el Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León, el Instituto Gallego para la Promoción Económica, la Agencia de Desarrollo Económico de la Rioja, el Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial o la Sociedad para la transformación competitiva del País Vasco. Pero hay también CCAA en las que las tareas de impulso al desarrollo económico regional se atienden desde el propio Departamento o Consejería competente sobre Economía. Ello ilustra sobre la pluralidad de opciones organizativas que se utilizan para el ejercicio de las políticas públicas de fomento económico.

## **2. La exclusión de las empresas públicas en sentido estricto de la sujeción a la legislación sobre contratación de los poderes adjudicadores**

Un segundo elemento que aporta el Derecho positivo en vigor para acotar el concepto estricto o material de empresa pública viene dado por la fijación del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación sobre contratación pública.

Es bien sabido que la creación de un mercado abierto de compras públicas en la UE se ha proyectado sobre unos determinados contratos objeto de armonización comunitaria y sobre un círculo de entes públicos —los denominados «poderes públicos adjudicadores»— cuya determinación no se hace depender de calificaciones formales o nominales sino de nociones de carácter material o sustantivo (22). Lo cual se justifica por el hecho de que la delimitación de lo que es Administración pública dentro de la organización interna de los Estados miembros varía entre unos y otros, de modo que podrían utilizarse versiones restrictivas de este concepto para eludir las exigencias comunitarias.

De esta manera, las Directivas europeas y la legislación de los Estados miembros que las trasponen vienen delimitando su ámbito de aplicación en base a un concepto —«poder adjudicador»— que responde a criterios sustantivos. Concretamente, es sabido que las Directivas europeas regulan no solo la contratación de los Estados, las autoridades regionales y las locales, sino también la de todas aquellas entidades que, con independencia de su forma o calificación, hayan sido creadas «específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» (23) y estén bajo el control público en los términos que establecen también las Directivas (24). De manera que sólo en el caso de que desarrollen actividades que tengan carácter industrial o mercantil las entidades públicas quedan fuera del ámbito de aplicación de las Directivas.

Sobre esta base, nuestra LCSP (art. 3.3) asume el concepto europeo de poder adjudicador incorporando como cláusula genérica y abierta la men-

---

(22) Dejamos ahora fuera de nuestra atención la fijación por las Directivas europeas de unos determinados umbrales cuantitativos mínimos en el valor económico de los contratos públicos para que queden sujetos a regulación armonizada.

(23) Esta es en efecto la fórmula que incorpora la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública en su definición del concepto de poder adjudicador (art. 2.1), como también lo hacían sus antecesoras en el marco de la doctrina establecida por el TJUE. En los mismos términos se expresa la Directiva 2014/23/UE sobre adjudicación de contratos de concesión (art. 6.4).

(24) Tal control público se da cuando su financiación mayoritaria se realiza por una entidad que sea poder adjudicador, así como en el caso de que los poderes adjudicadores supervisen su gestión o designen a más de la mitad de su órgano de administración o dirección (Art 2.1.4 de la Directiva 2014/24).

cionada definición plasmada en las Directivas (lo son las «entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» a las que alude el apartado d) de dicho art 3.3). De modo que quedan incluidas en dicho concepto de poder adjudicador no solo las Administraciones públicas definidas en el art. 3.2, sino también otras entidades públicas que sin ser Administraciones respondan a dicho criterio, si bien el grado de sujeción a la Ley se hace en unos términos muy diferentes para las Administraciones y para los demás poderes adjudicadores que no sean Administración (25). Respecto a los entes públicos que no encajan en el concepto de poder adjudicador, quedan sujetos a un nivel de regulación por la LCSP que es en realidad limitado (26), lo cual es consecuencia de que el Derecho europeo no aborda la contratación de tales entes y deja libertad a la legislación de los Estados miembros en relación con los mismos. De modo que hay tres niveles de regulación en la contratación pública por parte de la LCSP: el más exhaustivo que es propio de los contratos que celebran las Administraciones Públicas, el intermedio de los contratos que celebran los demás poderes adjudicadores, y el de contenido limitado que caracteriza a la regulación de los contratos de las demás entidades del Sector Público.

En cualquier caso, lo importante a nuestros efectos es detenerse a considerar el alcance de la fórmula que se utiliza para delimitar las entidades que son poderes adjudicadores a efectos de la legislación contractual y las que no lo son; fórmula que, como hemos apuntado, responde a criterios sustantivos (creadas para satisfacer «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil»).

---

(25) Este diferente nivel de sujeción se plasma en la propia estructura sistemática de la Ley, que dedica su extensísimo Libro Segundo (arts. 115-315) a regular de manera exhaustiva los contratos de las AAPP, que son los únicos que califica como «contratos administrativos» (art. 25). En cambio, dedica tan solo unos pocos preceptos (los arts. 316-320, que integran el Título I de su Libro Tercero) a regular los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administración, si bien no puede pasarse por alto el hecho de que esos pocos preceptos contienen amplias remisiones a las disposiciones del Libro Segundo; especialmente, en lo relativo a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (art. 317). Por otro lado, es preciso tener en cuenta la aplicación al conjunto de los poderes adjudicadores de diversos preceptos contenidos en el Título Preliminar y en los Libros Primero y Cuarto de la Ley. Lo que sucede también, aunque de manera más limitada, en relación con la contratación de las entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador.

(26) Véanse los arts. 321 y 322 LCSP (Título II del Libro Tercero), que se limitan a fijar unas reglas mínimas sobre el procedimiento de contratación de dichas entidades y a remitir a las correspondientes *instrucciones* publicadas en el respectivo perfil del contratante en las que cada entidad debe regular los procedimientos de contratación. Existe por tanto en estos casos un amplio margen de flexibilidad para que cada entidad fije las pautas que considere convenientes dentro del respeto a los principios generales al que alude el art. 321.1 (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, e igualdad y no discriminación).

En realidad, la definición comunitaria de poder adjudicador dista de ser acertada en su formulación y clara en su alcance, lo cual se ha manifestado en las no pocas dudas y controversias que se han planteado en su aplicación. Así, puede dar lugar a entender que las entidades públicas con forma mercantil (sociedades de capital público) quedan fuera de dicho concepto, lo cual vendría a quedar corroborado por el hecho de que las Directivas utilicen la expresión de «organismos de Derecho público» para referirse a los poderes adjudicadores (27). Pero no es esta ni mucho menos la línea interpretativa que ha prevalecido, pues hay una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que se ha decantado por un concepto amplio de poder adjudicador que en modo alguno excluye a las entidades públicas por el mero hecho de estar sujetas al Derecho privado y que va mucho más allá de lo que una comprensión literal de la definición contenida en las Directivas podría dar a entender.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria ha venido manteniendo que el concepto de poder adjudicador debe interpretarse «de manera funcional y en sentido amplio», lo cual implica que dicha calificación no queda excluida por el estatuto de Derecho privado que se atribuya a las entidades públicas y, por otro lado, que existe en la práctica una clara predisposición jurisprudencial favorable a identificar la existencia de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil» (28). Requisito para cuya apreciación deben tenerse en cuenta «todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes», esto es, «las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad», entre las que el

---

(27) En efecto, esta es la expresión que figura en el art. 2.1 de la Directiva 2014/24 y en el art. 6.4 de la Directiva 2014/23, la cual es manifiestamente equívoca si se tiene en cuenta la prevalencia de un criterio sustancial en la delimitación del concepto de poder adjudicador, según exponemos en el texto a continuación, en base al cual las entidades públicas de Derecho privado pueden ser poderes adjudicadores.

(28) Tengo en cuenta en particular los siguientes pronunciamientos del TJUE: Sentencia de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannesman*), Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, *BFI Holding*), Sentencia de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, Comisión/España), Sentencia de 22 de mayo de 2003 (asunto C-18/01, *Korhonen y otros*), Sentencia de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00, Comisión/España) y Sentencia de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15, *VLRD*, sociedad filial de los ferrocarriles lituanos). En esta jurisprudencia se subraya (por ejemplo, apartado 31 de la última sentencia citada) que la interpretación amplia y funcional del concepto de poder adjudicador se fundamenta en la propia finalidad de las Directivas sobre contratos públicos, las cuales persiguen evitar el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales por las entidades financiadas o controladas por los Estados que se guíen por «consideraciones que no sean económicas».

La doctrina se ha ocupado ampliamente del concepto de poder adjudicador; véase por ejemplo recientemente, J. M. GIMENO FELIÚ, *Hacia una buena administración desde la contratación pública*, Marcial Pons, 2024, pp. 41 y ss.

Tribunal de Justicia menciona expresamente —como circunstancias que revelan necesidades de interés general no meramente mercantiles— que la actividad no se desarrolle en un contexto de competencia en el mercado, que el ánimo de lucro no sea el objetivo principal, o que no se asuman realmente los riesgos económicos vinculados a la actividad. De modo que solo si se dan las circunstancias opuestas —la entidad en cuestión opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro como objetivo principal y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad—, habrá que concluir que tiene carácter industrial o mercantil quedando fuera del concepto de poder adjudicador (29).

Con ello se viene a dibujar por la legislación contractual un concepto estricto o restringido de empresa pública referido a las entidades públicas que quedan fuera de la noción de poder adjudicador acuñada por el Derecho europeo; concepto estricto de empresa pública que viene a ser sustancialmente coincidente con el delimitado en el apartado anterior desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

En efecto, gran parte de las entidades instrumentales que en España se vienen calificando como empresas públicas o como integrantes del sector público empresarial quedan incluidas en el concepto de poder adjudicador y, por tanto, sujetas a las Directivas europeas y a la legislación española que regula su contratación. Y solo las que desarrollan su actividad en mercados competitivos asumiendo los riesgos correspondientes quedan excluidas de esta noción y se sujetan a un marco contractual mucho más flexible.

Así, tienen la condición de poderes adjudicadores no solo las Entidades Públicas Empresariales y formas autonómicas equivalentes a las que más atrás hemos aludido —incluyendo las que ejecutan políticas públicas en el área económica como el ADIF o el ICO, la SEPI o el Consorcio de Compensación de Seguros—, sino también las numerosas sociedades públicas que asumen tareas específicas de gestión en el marco de las competencias de la Administración matriz, como es el caso de las antes mencionadas INCIBE, Acción Cultural Española S.A., ISDEFE, o SIEPSE (30), entre otras muchas. Tan sólo quedan fuera del concepto de poder adjudicador una parte relativamente pequeña de

---

(29) En rigor lo que se afirma es que si se dan tales circunstancias (competencia, lucro, asunción de riesgos) «es poco probable» que la entidad no tenga carácter industrial o mercantil. De manera que incluso en estos casos el Tribunal ha preferido evitar la rotundidad. Véase en este sentido apartado 51 de la STJUE de 22 de mayo de 2003, apartado 82 de la STJUE de 16 de octubre de 2003 y apartado 44 de la de 5 de octubre de 2017.

(30) Precisamente, sobre esta Sociedad (anteriormente denominada SIEPSA, Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA) versó la STJUE antes citada de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00, Comisión/España) en la que se declaró que España había incumplido las Directivas de contratación pública al no considerar Poder Adjudicador a dicha Sociedad.

las formalmente calificadas como empresas públicas o «sector público empresarial»: aquellas que actúan como operadores de mercado (como es el caso de Navantia, Paradores o Correos) (31).

Tenemos por tanto un segundo elemento que coincide sustancialmente en su alcance con el expuesto en el apartado anterior: las empresas públicas en sentido estricto quedan excluidas del concepto de poder adjudicador y, en consecuencia, tienen un grado de sujeción limitado a la legislación de contratos públicos. De esta manera, tales empresas públicas se caracterizan no solo por estar sujetas al Derecho de la competencia y al correspondiente régimen restrictivo de las ayudas de Estado, sino también por desenvolverse en un marco contractual más flexible que el propio de las entidades que son empresas públicas solo en el sentido amplio y formal de la expresión.

### **3. Los títulos representativos del capital de las sociedades que desarrollan actividades económicas como patrimonio embargable de las Administraciones públicas**

Otra aproximación que conduce a resultados básicamente concurrentes nos la proporciona la legislación sobre patrimonio de las AAPP al fijar el ámbito de aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos que integran los patrimonios públicos. Un principio en virtud del cual las Administraciones se benefician de una prerrogativa que excluye a una gran parte de su patrimonio de la posibilidad de embargos acordados por Juzgados y Tribunales, o por cualquier autoridad administrativa, en pago de deudas no satisfechas por la correspondiente Administración.

El punto de arranque de esta cuestión hay que situarlo en un concreto pronunciamiento del Tribunal Constitucional (la STC 166/1998, de 15 de julio) que vino a matizar o corregir el tradicional privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos, que venía siendo aplicado al conjunto del patrimonio de las entidades públicas. Por tanto, no solo a los bienes de dominio público o demaniales, sino también a los de dominio privado o patrimoniales.

De acuerdo con la doctrina sentada por el TC en dicha Sentencia, el privilegio de inembargabilidad no puede extenderse a todos los bienes y derechos de los que son titulares las AAPP, sino que tal privilegio solo se justifica en el caso de los bienes de dominio público y en los bienes y derechos de dominio privado que, aun sin afectación formal a un uso o servicio público, de hecho

---

(31) Son por supuesto poder adjudicador las entidades instrumentales que integran el denominado «sector público administrativo» (normalmente serán Administraciones públicas conforme al art. 3.2 LCSP) así como el «sector público fundacional» (el art. 3.3.b LCSP dispone expresamente que las fundaciones públicas son poderes adjudicadores).

se utilizan como soporte material para la prestación de servicios o funciones públicas. Solo en tales casos entendió el TC entran en juego los principios de eficacia en la acción administrativa y de continuidad en los servicios públicos para justificar un límite al derecho a la tutela judicial frente a las AAPP (32).

Esta posición del TC sobre el alcance del principio de inembargabilidad se incorporó posteriormente, como no podía ser de otra manera, a nuestro Derecho positivo, no solo a la legislación de Haciendas Locales —que era la directamente concernida por la Sentencia (33)— sino también a la legislación general presupuestaria y patrimonial de las AAPP. Y, en particular, interesa resaltar lo que se ha establecido en dicha legislación general respecto a la posibilidad de embargo de los títulos representativos del capital de las sociedades públicas, cuya naturaleza de dominio privado o patrimonial está expresamente reconocida dentro de la bipartición básica entre dominio público y dominio privado de la que parte la legislación patrimonial (art. 7.2 LPAP).

La posibilidad de que tales títulos representativos de capital sean objeto de embargo no queda vedada con carácter general, dada su configuración como «dominio privado», pero tanto la LGP como la LPAP excluyen de esta posibilidad a los títulos representativos del capital de las sociedades estatales «que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general» (34),

---

(32) Véase el FJ 12 de la Sentencia citada, en el que se afirma que la inembargabilidad solo se justifica en la medida en que «un bien está materialmente afectado a un servicio público o a otra función pública específica» sirviendo a «la realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración». En otro caso, consideró el TC que este privilegio no queda justificado, conclusión que viene a corroborarse (FJ 13) teniendo en cuenta las propias características de los bienes patrimoniales (que no son *res extracommercium* y están sujetos al Derecho privado) así como sus finalidades, entre las que cabe incluir, además de la obtención de rendimientos económicos, la de responder del cumplimiento de las obligaciones contraídas por su titular (art. 1911 del Código Civil). En base a estas consideraciones, la Sentencia declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley de Haciendas Locales de 1988 que extendía el privilegio de la inembargabilidad a todos los bienes patrimoniales de las entidades locales.

(33) El artículo 173.2 de la Ley de Haciendas locales (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo) dispone que «los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, *excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público*».

(34) Véase art. 23.1 LGP y art. 30.3 LPAP. Este último precepto establece concretamente lo siguiente:

«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinado, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

lo que implica, *a sensu contrario*, que sí pueden ser objeto de embargo las participaciones en sociedades que estén fuera de tales situaciones (35).

De esta manera, constituyen patrimonio inembargable de las Administraciones Públicas las participaciones en sociedades que desarrollan tareas de gestión pública en sectores específicos por cuenta de la Administración matriz a las que antes hemos aludido; y son en cambio embargables las participaciones en sociedades que operan en mercados competitivos sin ejecutar políticas pública ni prestar servicios públicos (36). Grupo este segundo que viene a coincidir *grosso modo* con las empresas públicas en sentido estricto a las que antes hemos aludido (como Paradores, Navantia o CETARSA).

De nuevo se dibuja por el legislador un concepto estricto de empresa pública que corresponde sustancialmente —no sin algunas excepciones— con la noción de empresa pública en sentido material que antes hemos apuntado, en una regulación que añade otro elemento a la configuración de su marco jurídico. Las empresas públicas en sentido estricto se caracterizan también —además de por su sujeción al Derecho de la competencia y su exclusión de la noción de poder adjudicador— por el hecho de que los títulos representativos de su capital constituyen un patrimonio embargable de la correspondiente entidad pública tenedora de los mismos (37).

#### **4. Responsabilidad penal de las entidades del Sector Público. Plena sujeción a responsabilidad penal de las sociedades públicas que desarrollan actividades económicas**

Todavía hay otra regulación legal que asume implícitamente una noción estricta de empresa pública, alojada esta vez en un lugar que es ajeno por

---

(35) La misma formulación que recogen la LGP y la LPAP ha sido asumida por la Ley del Patrimonio de Aragón (Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2023, de 20 de febrero), cuyo art. 18 declara inembargables los «valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». En cambio, Madrid (art. 10.1 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid) utiliza la fórmula «bienes y derechos patrimoniales materialmente afectos a un uso o servicio público» para definir el alcance de la inembargabilidad.

(36) Entiendo que la referencia a los servicios de interés económico general que contienen la LGP y la LPAP debe interpretarse en sentido amplio y englobar también a los servicios «no económicos» de interés general. Su exclusión carecería de sentido y no sería conforme con la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 166/1998.

(37) Como excepción al respecto cabe aludir a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos que es indudablemente una empresa sujeta al Derecho de la Competencia al operar actualmente en un sector completamente liberalizado y que no constituye poder adjudicador a efectos de la legislación contractual, pero cuyas acciones quedan amparadas por el privilegio de la inembargabilidad, dada su condición de entidad prestadora de un servicio de interés económico general.

completo a la legislación administrativa. Se trata del tratamiento que lleva a cabo el Código Penal de la responsabilidad penal de las entidades públicas, en el que viene a utilizarse una formulación literalmente coincidente con la expuesta en el epígrafe anterior.

Como es bien sabido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no formaba parte de nuestra tradición hasta que se abrió paso en España a través de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, que incorporó dicha responsabilidad en relación con determinados delitos, si bien estableciendo un sistema específico de penas que no contempla obviamente las penas privativas de libertad, pero sí multas y diversas penas privativas de derechos que incluyen la suspensión de actividades y la disolución de la persona jurídica acordada por la autoridad judicial (art. 33.7 CP).

Dentro de este contexto, el CP ha venido incorporando determinaciones específicas sobre la sujeción o no a responsabilidad penal de las Administraciones Públicas y demás entidades del Sector Público. La regulación vigente, que data de 2015 (reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), distingue tres grupos de entidades públicas a estos efectos (art. 31 quinquies):

a) *Las que están exentas por completo del régimen de responsabilidad penal.* Entre ellas se incluyen las «Administraciones públicas territoriales e institucionales» y las entidades que «ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas» (apartado 1 del art. 31 quinquies) (38). De modo que se utiliza el concepto de Administración pública a estos efectos; concepto que, de acuerdo con la legislación administrativa general (arts. 2.2 a y 2.3 de la LPAC y de la LRSP), incluye a todos los organismos públicos y entidades de Derecho público (39).

b) *Las que quedan sometidas a un régimen de responsabilidad singular y atenuado,* que no excluye su responsabilidad penal, pero limita las penas

---

(38) Reproduzco aquí, para comodidad del lector, el contenido del apartado 1 del art. 31 quinquies CP:

«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas».

(39) No se incluyen por tanto en este grupo ni las sociedades ni las fundaciones públicas, que son entidades de Derecho privado, salvo el supuesto excepcional de que ejerzan potestades públicas. No obstante, respecto a las fundaciones públicas, la Circular de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Circular 1/2016, de 22 de enero) entendió que debían considerarse incluidas entre las entidades públicas exentas de responsabilidad (apartado 4). Opinión que no es compartida por J. BAUCELS LLADÓS («Las empresas del sector público empresarial responsables penalmente», *Estudios penales y criminológicos* 42, 2022, p. 11), quien sostiene que las fundaciones públicas quedan sujetas al régimen común de responsabilidad de las personas jurídicas.

que se les pueden imponer, pues solo pueden ser sancionadas con multa o intervención judicial; no en cambio con las demás penas privativas de derechos, como el cierre de locales o establecimientos, la suspensión de actividades o la disolución de la entidad acordada por la autoridad judicial. Dicho régimen resulta aplicable a las «Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general» (apartado 2 del art. 31 quinquies), de manera que se utilizan expresiones literalmente coincidentes con las vigentes a efectos de inembargabilidad de los títulos representativos del capital (40). Inicialmente (año 2010), el Código Penal incluyó a este grupo entre las entidades que estaban totalmente exentas de responsabilidad penal (apartado 5 del art. 31bis), pero la reforma de 2015 optó por someterlas a responsabilidad penal si bien en los términos limitados que hemos señalado (41).

c) *Las demás entidades públicas* que no encajen en ninguno de estos dos grupos, de las cuales el CP no dice nada. Lo cual implica *que quedan sometidas al régimen común de responsabilidad de las personas jurídicas*, incluyendo la posibilidad de aplicar cualquiera de las penas previstas por el CP para las personas jurídicas, sin excluir la suspensión de actividades y su disolución. De nuevo, como sucedía en cuanto a la embargabilidad de los títulos representativos del capital, hay que incluir aquí a las sociedades de capital público (total o mayoritario) que operan en mercados competitivos sin ejecutar políticas públicas ni prestar servicios públicos (42). Esto es, a las empresas públicas en sentido estricto a las que nos venimos refiriendo, que se caracterizan por tanto, además de todo lo indicado anteriormente, por

---

(40) El CP matiza no obstante al respecto que este régimen limitado de responsabilidad no resulta aplicable «cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal» (arts. 31 quinquies.2), aplicándose por tanto en tal hipótesis el régimen común de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(41) La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 no indicó las razones que fundamentan este cambio, pero debe notarse que el mismo obedece a una recomendación formulada por un Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la aplicación en España de la Convención anti-soborno en un informe emitido en 2012. Informe en el que dicho Grupo de Trabajo mostraba su preocupación por la exclusión de las empresas propiedad del Estado de la responsabilidad penal, lo que ciertamente no sucedía con las empresas públicas en sentido estricto que no ejecutan políticas públicas ni prestan servicios de interés económico general, que ni antes de la reforma de 2015 ni después de ella quedan excluidas del régimen común de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(42) De nuevo entiendo que la expresión servicios de interés económico general hay que interpretarla en un sentido amplio, que incluye también los servicios no económicos de interés general (sociales, sanitarios o educativos). Considero por ello que hubiera sido más adecuado la utilización de nociones más genéricas como la de *servicios públicos* o *servicios de interés general*.

estar sujetas a la responsabilidad penal común de las personas jurídicas en nuestro Derecho.

La praxis judicial en torno a la responsabilidad penal de las entidades públicas es todavía escasa, pero contamos ya con algún dato que apunta claramente hacia una interpretación jurisprudencial amplia de lo que debe entenderse por sociedades públicas que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés general a estos efectos. Una interpretación amplia que conduce a entender que la gran mayoría de las sociedades públicas encajan en este rótulo y que solo las del grupo minoritario de las que desarrollan actividades económicas en mercados competitivos quedan sujetas al régimen común de responsabilidad penal.

En este sentido es interesante dar cuenta de la posición adoptada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2023, a propósito de un caso importante de corrupción en la exportación de bienes y servicios en el ámbito de la defensa y seguridad (43), en la que la Sala entendió que la Sociedad estatal DEFEX, dedicada a la promoción del comercio exterior en la materia, era precisamente una de las sociedades que ejecutan políticas públicas excluidas del régimen común de responsabilidad penal, lo cual fundamentó el fallo absolutorio en relación con dicha Sociedad (44). Al respecto debe notarse que DEFEX, cuya disolución fue acordada por el Gobierno en 2017 como consecuencia de las investigaciones penales abiertas en las que estaba involucrada, era una sociedad estatal con amplia participación de empresas privadas del sector de armamento (la participación privada alcan-

---

(43) Dicha Sentencia, dictada por la Sección 3 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Roj: SAN 819/2023), resolvió una de las piezas separadas en las que se dividió un asunto muy complejo y con muchas ramificaciones. Pieza referida a las prácticas corruptas realizadas en diversos contratos formalizados con el Gobierno de Camerún (suministro de buques, así como vehículos y material de diversa índole, sistemas de vigilancia costera, etc.). El fallo contenido en dicha sentencia sería confirmado posteriormente (octubre de 2023) por la Sala de Apelación de la AN.

(44) Dado que los hechos enjuiciados se produjeron antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, la sentencia entiende que DEFEX SME SA no estaba sometida al régimen de responsabilidad penal limitada establecido por la mencionada Ley, sino que se le aplicaba el régimen de exención total establecido anteriormente por el CP. De aquí que se opte por su absolución en contra de lo solicitado por el Ministerio Fiscal. En cambio, la sentencia condena a dos personas físicas y a una empresa privada subcontratista por delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. De haberse aplicado a DEFEX el régimen de responsabilidad penal restringida prevista en el art. 31 quinquies.2, tan sólo hubiera sido factible aplicarle la pena de multa (habida cuenta de que su intervención judicial ya no tenía sentido, pues la Sociedad estaba disuelta desde 2017). Pena de multa que era justamente la que pedía el Fiscal para DEFEX con una cuantía elevada: solicitaba la imposición a la Sociedad Estatal de una multa que superaba los 72 millones de euros, además de un decomiso que rebasaba los 24 millones.

zaba el 49%, frente al 51% propiedad de la SEPI), dato que no se considera determinante para atraerla hacia el régimen de responsabilidad común propio de las empresas públicas en sentido estricto (45).

Se impone por tanto la conclusión de que la mayor parte de las entidades que se incluyen en el concepto amplio o formal de empresa pública que hemos venido considerando quedan excluidas del régimen común de responsabilidad de las personas jurídicas: algunas quedan exentas por completo del mismo (entre ellas, las EPE y demás entidades de Derecho público) y otras quedan sujetas al régimen penal limitado propio del segundo grupo al que hemos aludido (sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas o prestan servicios públicos). Solo las empresas públicas en sentido material o estricto a las que nos venimos refiriendo quedan sometidas al régimen común de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **5. La proyección de estos criterios sobre la realidad actual. Las reducidas dimensiones que tiene el sector público empresarial propiamente dicho en el momento presente**

Proyectando los perímetros delimitados en los cuatro apartados anteriores —que son sustancialmente coincidentes (46)— sobre la realidad institucional actualmente existente en España, obtenemos un conjunto relativamente reducido de entidades del sector público que son calificables como auténticas empresas públicas. Un conjunto reducido —aunque en modo alguno insignificante— en el sentido de que son muchas menos que las que en otro tiempo existieron y que, por otro lado, constituyen un porcentaje claramente minoritario de las que hoy se califican formalmente como empresas públicas. Tales entidades se caracterizan por estar sujetas al Derecho de la competencia y al principio de paridad de trato con las empresas privadas, así como a un régimen de

---

(45) Como hemos apuntado, la Sentencia mencionada resolvió solo una de las piezas separadas que se formaron en el complejo caso DEFEX, referido a presuntas prácticas corruptas en la actividad de exportación de armamento y material de defensa a varios países (Angola, Egipto, Arabia Saudí y Brasil, además de Camerún). Algunos pormenores sobre dicho caso pueden encontrarse en mi trabajo *La lucha contra el soborno transnacional en la contratación pública. Sobre la aplicación en España de la Convención de la OCDE*, en J. M. Gimeno Feliú – C. De Guerrero Manso (dirs.), *Observatorio de los contratos públicos 2020*, Aranzadi, 2021, pp. 351 y ss., 377-382.

(46) La coincidencia no es total, en la medida en que hay alguna entidad que excepcionalmente no encaja en los cuatro criterios sino sólo en una parte de ellos. Es el caso ya apuntado de Correos, que en la actualidad se desenvuelve en un marco de competencia con los demás operadores postales (tras la plena liberalización del sector) y no es poder adjudicador, pero, en la medida en que presta un servicio de interés económico general, sus acciones quedan fuera de la posibilidad de embargos y se sujeta al régimen de responsabilidad penal atenuado que se ha expuesto.

contratación más flexible que el propio de los poderes adjudicadores. Adicionalmente, sus acciones constituyen activos que hipotéticamente podrían ser embargados y quedan sujetas al régimen común de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por lo que se refiere al ámbito estatal, tales entidades son tan solo una parte de las que están participadas por la SEPI como socio único o mayoritario (47), a las que hay que añadir alguna otra participada directamente por la AGE a través de la Dirección General de Patrimonio (Paradores de Turismo) (48). Lo cual nos da un conjunto disperso de empresas en cuanto a las concretas actividades económicas desarrolladas (construcción naval, uranio y energía nuclear, tabaco, hostelería) que tiene un carácter residual y fragmentario respecto a lo que fue en su momento álgido el sector público industrial del Estado, cuya gestión estuvo protagonizada durante muchos años como es bien sabido por el INI (49).

En el ámbito autonómico son todavía más excepcionales los supuestos de empresas públicas en sentido propio o de mercado, lo cual resulta perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que el período de consolidación institucional de las CCAA —durante los años ochenta y noventa del siglo pasado— coincidió con la etapa de crisis y adelgazamiento drástico del sector

---

(47) Quedan fuera de este grupo de auténticas empresas públicas las sociedades de la SEPI que no son operadores de mercado y tienen la condición de poderes adjudicadores como es el caso de Cofivacasa (que gestiona los procesos de liquidación de entidades del sector público estatal) o la propia Corporación de RTVE. Obviamente quedan también fuera las sociedades participadas minoritariamente por la SEPI (como Airbus, Indra, o Telefónica), que son empresas privadas con una participación pública en las mismas. Sobre las Sociedades que constituyen Medios Propios personificados véase lo que se indica más adelante (IV.2)

(48) Conviene dejar constancia de que, como oportunamente destacó M. Fuertes López (*Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, 2007, pp. 102 y ss.), aunque se hable de «Grupo SEPI» o «Grupo Patrimonio» para aludir al conjunto de sociedades participadas por la SEPI o la Dirección General de Patrimonio respectivamente, en rigor tales «Grupos» no constituyen verdaderos grupos de sociedades en el sentido propio de la expresión. Sí que forman grupo en cambio no pocas de las Sociedades estatales, autonómicas y locales que han creado diversas filiales en su área de actuación, como es el caso, en el ámbito estatal, de Navantia, Tragsa, la Agencia EFE, o SEPIDES, entre otros muchos ejemplos que se mencionan en la monografía citada, en la cual puede encontrarse un completo análisis de toda la compleja problemática que plantean los grupos públicos de sociedades.

(49) Como indicamos en la introducción, el pujante sector público empresarial del Estado desarrollado durante las décadas centrales del siglo XX —que fue protagonista en muchos sectores económicos como la siderurgia y la minería, la industria automovilística, las construcciones navales y aeronáuticas, la energía y los hidrocarburos, el transporte aéreo y marítimo, la telefonía, la banca oficial, etc.— experimentó una drástica reducción a partir de 1985 a través de muchas operaciones de privatización y de reconversión o liquidación de empresas a resultas de las cuales quedó un sector público económico disperso y sin presencia en la mayor parte de los sectores de la Economía española.

público económico en nuestro país. Se utiliza ciertamente de manera habitual la denominación de «empresas públicas» también en el ámbito autonómico, pero con ella se suele aludir a las diversas personificaciones instrumentales creadas para ejecutar servicios y políticas públicas de competencia autonómica, y no a empresas públicas en sentido propio (50). Existen ciertamente participaciones autonómicas en sociedades que son verdaderas empresas, pero las mismas suelen tener carácter minoritario.

Y por lo que se refiere al ámbito de las entidades locales, su actividad económica tiene sin duda relevancia y tradición —especialmente en la esfera municipal—, pero no suele plasmarse en la creación de empresas en sentido estricto, esto es, de entidades dotadas de sustancia y personalidad propia, sino que se traduce mayoritariamente en el desarrollo de actividades económicas concretas de forma directa por la correspondiente Administración municipal o por entidades personificadas creadas para desarrollar servicios públicos de competencia local. Existen ciertamente numerosas sociedades mercantiles locales (arts. 85.2 y 87 ter LBRL) a las que a veces se alude como «empresas públicas locales» pero suele tratarse de sociedades municipales creadas para gestionar determinadas políticas públicas en ámbitos concretos (como la vivienda, la cultura o el deporte) o para prestar servicios públicos, en no pocos casos con carácter reservado, esto es, en régimen de monopolio (abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida y tratamiento de residuos, y transporte colectivo urbano), de modo que no constituyen habitualmente empresas públicas en sentido estricto (51).

---

(50) Véase al respecto el estudio de M. A. ORTEGA ALMÓN y M. A. SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, «El sector público empresarial dependiente de las Comunidades Autónomas: un análisis comparativo», *Revista de Gestión Pública y Privada*, 7, 2002, pp. 169 y ss., que contiene una aproximación de conjunto sobre las «empresas públicas» autonómicas a principios del presente siglo. El estudio concluye (pp. 186 y 187) constatando la amplia utilización que hacen las CCAA de las personificaciones instrumentales no sujetas al Derecho público para desarrollar actividades muy diversas de su competencia, pero también destaca el carácter excepcional que tienen las empresas públicas autonómicas dedicadas a la producción de bienes y servicios en mercados competitivos.

(51) J. ORTEGA BERNARDO («Servicios públicos e iniciativa económica local» en el vol. col. dirigido por F. Velasco Caballero, *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, 2017, pp. 73 y ss.) insiste con acierto en la necesidad de distinguir dos tipos de situaciones: a) las actividades municipales que encuentran cobertura en el ejercicio de competencias o servicios atribuidos legalmente a los Ayuntamientos (actividad física y deporte, guarderías o cursos de inglés, exhibición pública de películas, etc.), lo que permite restringir la aplicación de las reglas de la competencia en tales casos, permitiéndose, por ejemplo, la prestación de servicios gratuitos o a precios inferiores a los de mercado; y b) las actividades que no tienen otra cobertura jurídica que la habilitación general para la iniciativa pública económica (art. 128. 2 CE y art. 86.1 LBRL), en las que deben aplicarse de manera estricta las reglas de la competencia en el mercado.

## 6. Otras peculiaridades del marco jurídico aplicable a las empresas públicas en sentido propio que emergen de la doctrina y de la jurisprudencia

Expuestos los diversos aspectos en los que el Derecho positivo en vigor establece elementos diferenciales para las empresas públicas en sentido propio, procede hacer una referencia a otros aspectos peculiares de las mismas que se afirman por la doctrina y la jurisprudencia, pero que no están plasmados por el momento en la legislación vigente. Son concretamente tres las cuestiones a considerar en este apartado: la responsabilidad de las Administraciones matrices por las deudas contraídas por las sociedades que de ellas dependen (A), la inclusión de las entidades públicas de carácter instrumental dentro del ámbito de aplicación del concurso de acreedores (B), y el alcance de la extensión de determinados delitos propios de autoridades y funcionarios públicos (como la prevaricación y malversación) a los administradores y directivos de las entidades instrumentales de Derecho privado (C). Temas de no poca complejidad en los que simplemente pretendo ofrecer algunas breves notas que reflejen el *status quaestionis*, dejando para otra ocasión un desarrollo pormenorizado de las mismas.

A) La primera de las cuestiones apuntadas —la responsabilidad de las Administraciones matrices por deudas contraídas por las sociedades en las que participan como accionistas únicos o mayoritarios— no tiene una respuesta clara en nuestro ordenamiento jurídico, pues la legislación vigente guarda silencio sobre el tema —silencio que en principio habría que interpretar a favor de la irresponsabilidad también del accionista público aplicando las reglas generales sobre limitación de responsabilidad en las sociedades— y la jurisprudencia producida al respecto no ofrece una posición unánime sobre el tema, ni siquiera mayoritaria, como ha puesto de relieve Carmen CHINCHILLA (52). A la vista de esta situación confusa, la autora propone abordar esta cuestión partiendo de la inexistencia en nuestro Derecho de una separación o independencia real de personalidades y de patrimonios en el caso de las

---

Véase asimismo M. REBOLLO PUIG, «Acciones de competencia desleal contra la actividad pública empresarial», RAP 210 (2019), pp. 139 y ss., especialmente 141-147, en las que se refiere a la frecuente situación en la que una misma organización pública realiza simultáneamente actividades de servicio público y otras de carácter meramente económico, lo que plantea el problema de las «subvenciones cruzadas», esto es, de la aplicación a las segundas de las ventajas que se pueden tener lícitamente para el desarrollo de los servicios públicos.

También L. SALAMERO TEIXIDÓ (2021: 754-761) subraya la necesidad de distinguir entre prestación de servicios públicos, en su caso reservados al sector público, y actividades económicas públicas, sujetas necesariamente a las reglas sobre libre competencia.

(52) Véase C. CHINCHILLA MARÍN, «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿Realidad o ficción?», RAP 203 (2017), pp. 17 y ss., especialmente, pp. 48-56.

sociedades creadas por entidades públicas, lo que le lleva a defender un principio general de comunicación de responsabilidades, esto es, la responsabilidad de las entidades matrices por deudas contraídas por sus sociedades filiales. Pero entiende que este sería solo un principio general de partida que debería excepcionarse en todos aquellos casos en los que las circunstancias concurrentes revelen la existencia de una tal separación (53). En particular, C. CHINCHILLA subraya que tal excepción (irresponsabilidad de la Administración matriz) debería aplicarse en el caso de las sociedades mercantiles que realmente realizan actividades de mercado, dado que las mismas deben actuar en condiciones de igualdad con las empresas privadas. Es decir, sostiene que en el caso de las deudas contraídas por las empresas públicas en sentido estricto no debe responder la respectiva Administración matriz.

B) Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones apuntadas —la concursabilidad de las entidades públicas instrumentales—, existe un expreso pronunciamiento legal al respecto (art. 1.3 de la Ley Concursal (54)) que solo excluye del concurso a «las entidades que integran la organización territorial del Estado, a los organismos públicos y demás entes de derecho público». Lo cual implica en principio la posibilidad de aplicar la institución del concurso a cualquier entidad de Derecho privado, entre ellas las sociedades públicas.

No obstante, hay algunas cuestiones controvertidas en torno al alcance de esta excepción que han dado lugar a diversos pronunciamientos jurisprudenciales y aportaciones doctrinales. Entre estas últimas me parece remarcable la línea de pensamiento que distingue a estos efectos, dentro de las sociedades públicas, entre aquellas que asumen la gestión de servicios o funciones públicas y las que desarrollan actividades de mercado (55). Las primeras quedarían excluidas de la posibilidad de concurso, en base a una interpretación amplia y funcional de la expresión «entes de derecho público» plasmada en el art. 1.3 de la Ley concursal, pero no así las segundas, en las que tendría sentido aplicar el Derecho concursal, cuyo objetivo principal no es otro que solucionar los conflictos de intereses entre las partes implicadas dentro del sistema económico de mercado (56). Un planteamiento éste que, por lo demás, encuentra

---

(53) Entre tales circunstancias incluye las siguientes: que el capital social no sea íntegramente público, que no haya financiación pública de la sociedad, o que las personas que integran los órganos de dirección de la sociedad no sean las mismas personas titulares de los órganos de la Administración matriz (C. CHINCHILLA MARÍN, 2017: 55).

(54) RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

(55) Véase en este sentido D. SANTIAGO IGLESIAS, «Las empresas locales», en F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, 2017, p. 153 y ss., 185-188.

(56) Así lo subraya D. SANTIAGO IGLESIAS (2017: 185). Por su parte I. FERNÁNDEZ TORRES mantiene una posición ampliatoria respecto a la aplicación de la institución del concurso a las entidades públicas en su monografía sobre la materia (*El concurso de las entidades del sector*

apoyo en las recomendaciones sobre la materia formuladas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (57).

C) Respecto a la tercera cuestión apuntada, es conocida la tendencia expansiva que tienen en la jurisprudencia penal la nociones de funcionario público y de patrimonio público a efectos de la aplicación de los delitos de prevaricación (art. 404 CP) y de malversación del patrimonio público (arts. 432 y ss. CP). Tendencia expansiva que ha llevado a aplicar dichas figuras delictivas a conductas cometidas por administradores y directivos de entidades públicas de Derecho privado y, en particular, de sociedades mercantiles públicas (58).

Merece la pena reparar en los argumentos que, para justificar una interpretación tan amplia del concepto penal de funcionario público (59), utiliza la STS de 14 de octubre de 2022, relativa a la responsabilidad penal de los administradores de una sociedad pública de la Junta de Andalucía denominada Invercaria dedicada al fomento empresarial (60). Aduce por un lado la Sala

---

*público y sus contratistas*, Civitas, 2015), formulando una propuesta legislativa que conlleva la concursabilidad también de las entidades de Derecho público en ciertos casos (*ob. cit.* p. 99). Respecto a las sociedades públicas, FERNÁNDEZ TORRES defiende que deben ser susceptibles de declaración de concurso con carácter general, pero en sus razonamientos se trasluce que está pensando en las que desarrollan actividades económicas, esto es, en las empresas públicas en sentido propio: «en definitiva, una sociedad [pública] de derecho privado concurre en el mercado al igual que las demás y debe quedar sometida a la normativa concursal entendiendo que aplicar cualquier privilegio supondría una vulneración de los más elementales principios y normas del Derecho de la competencia»( I. FERNÁNDEZ TORRES, 2015: 95).

(57) Véase CNUDMI, *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, cuyo apartado 8 afirma que el régimen de la insolvencia puede ser aplicable «a todo tipo de deudores que desarrollen actividades económicas, tanto privados como públicos, particularmente las empresas públicas que compitan en el mercado realizando operaciones económicas o mercantiles concretas». A lo cual añade (apartado 9) que «el hecho de que una empresa sea de propiedad pública no constituye, de por sí, una base para excluirla del régimen de la insolvencia».

(58) Véanse en este sentido la STS de 28 de febrero de 2014 (Roj: STS 974/2014) relativa a la responsabilidad penal del Gerente de la sociedad autonómica Bitel (Baleares Innovación Telemática SA), la STS de 13 de julio de 2017 (Roj: STS 2739/2017) sobre administradores de Plaza SA (Plataforma Logística de Zaragoza, participada mayoritariamente por el Gobierno de Aragón), la STS de 15 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3357/2021) sobre los administradores de Mercasevilla SA (participada por el Ayuntamiento de Sevilla en un 51,25% y por Mercasa en un 48,20%) y las SSTs de 14 de octubre de 2022 (Roj: STS 3703/2022) y 22 de octubre de 2024 (Roj: STS 5335/2024) relativas ambas a los administradores de la sociedad Invercaria, cuyo accionista único era la Junta de Andalucía.

(59) Recuérdese que, de acuerdo con el art. 24.2 del CP se considera funcionario público a efectos penales a todo aquel que «por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

(60) Su denominación completa era *Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía SAU*, cuyo único accionista era el Instituto de Fomento de Andalucía, luego transformado en la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía. El objeto social de Invercaria se centraba

Penal del TS que para dilucidar si estamos o no ante un funcionario público a efectos penales «hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado» y subraya también que la huida del Derecho Administrativo,

«no puede ir acompañada de una “huida del Derecho Penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material».

Por otro lado, acogiendo los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla recurrida en casación, afirma que Invercaria «participa en el ejercicio de funciones públicas» a través de sus actividades de fomento empresarial y debe ajustarse «a los principios propios de la actividad administrativa, particularmente en el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad, lo que afecta y determina a todas aquellas resoluciones que se adopten por la misma» (61).

Si destaco tales argumentos esgrimidos por la Sala Segunda del TS es porque resulta claro, a la vista de los mismos, que el concepto de funcionario público a efectos penales, por mucha que sea su *vis* expansiva, no puede extenderse tanto como para incluir a los gestores de *todas* las sociedades públicas y, en particular, no parece que pueda llegar a incluir a estos efectos a las sociedades que desarrollan actividades económicas, esto es, a las empresas públicas en sentido estricto. De ninguna manera puede hablarse en estos casos de que se produzca una «huida» —ni del derecho Administrativo ni del Derecho Penal— puesto que lo que se hace es simplemente utilizar la forma de personificación y los cauces que son propios de tales actividades económicas, y en modo alguno se pretende eludir el marco jurídico relativo al ejercicio de las funciones administrativas. Pues no cabe sostener que las sociedades públicas que actúan en mercados competitivos desarrollan funciones públicas, ya sean de fomento empresarial o de cualquier otra índole. De modo que lo procedente en tales casos es aplicar el marco general de la responsabilidad penal de administradores y directivos de las sociedades mercantiles, esto es, el mismo régimen de responsabilidad penal que en las empresas privadas.

---

en la promoción y participación en fondos y entidades de capital riesgo y el desarrollo de instrumentos para mejorar la financiación de las empresas andaluzas.

(61) Fundamento 3 de la citada Sentencia de 14 de octubre de 2022, cuya ponente fue la Magistrada Carmen Lamela Díaz.

## 7. Sobre la progresiva administrativización del régimen de las sociedades públicas y las dudas sobre la idoneidad del mismo para el ejercicio de actividades económicas

En los apartados anteriores hemos visto desfilar una serie de peculiaridades que se aplican a las empresas públicas en sentido propio y que las diferencian de las que solo lo son en un sentido amplio o meramente formal (62). Lo cual implica establecer elementos que matizan y se añaden al régimen jurídico que resulta aplicable a tales entidades en razón de su forma de personificación, que suele ser obviamente la sociedad de capital como fórmula inicialmente incorporada a la esfera pública para servir de soporte al desarrollo de actividades económicas por las AAPP.

Pero es importante subrayar que la legislación vigente en nuestro Derecho público que se ocupa de las sociedades mercantiles públicas —que ha ido adquiriendo una densidad progresivamente mayor en las últimas décadas hasta el punto de configurar un régimen mixto entre el Derecho público y el Derecho privado (63)— no incorpora en modo alguno tal distinción, esto es, somete a todas las sociedades públicas a un mismo régimen con independencia de la índole de sus actividades y, en particular, sin distinguir si constituyen verdaderas empresas que operan en mercados competitivos o si, por el contrario, solo son empresas públicas en sentido amplio o formal, cosa que sucede en la mayoría de los casos, como hemos venido subrayando.

En efecto, así ocurre con los textos legales que de manera más transversal y nuclear han abordado en las últimas décadas el régimen de las sociedades públicas como son la LPAP (64) o la LRJSP (65), o también con la normativa presupuestaria (66) y sobre contabilidad y control financiero, que no establecen

---

(62) El más nuclear sin duda es su plena sujeción al Derecho de la Competencia y al principio de paridad de trato con los demás competidores, lo que implica prohibición de privilegios y exclusión de ayudas públicas, salvo las que puedan justificarse por las obligaciones de servicio público que se impongan a un determinado operador.

(63) Un régimen mixto que tiene sin duda gran importancia, dado que la sociedad mercantil constituye la forma de entidad pública instrumental más habitual, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y el local, por delante de otras también muy relevante como el organismo autónomo o la fundación pública.

(64) Véanse en este sentido las disposiciones sobre adquisición y enajenación de acciones y sobre administración de títulos valores que se contienen en los arts. 171 a 175 LPAP. Dicha Ley distingue en su regulación entre las sociedades estatales cuyo capital pertenece íntegramente al Estado —sujetas a las reglas específicas contenidas en los arts. 176 a 182— y aquellas otras en las que el Estado es accionista mayoritario, las cuales no quedan sujetas a las reglas aludidas. Pero no hace distinciones en función de la índole de las actividades que desarrollan.

(65) Véanse los arts. 111 a 117 LRJSP.

(66) Recuérdese cómo la LGP (art. 3.2) parte de un concepto muy amplio de «sector público empresarial», en el que se incluyen tanto las sociedades estatales (todas ellas) como determinadas entidades de Derecho Público.

en modo alguno peculiaridades respecto a las sociedades públicas que operan en mercados competitivos. Y lo mismo cabe decir de la legislación sobre empleo público (67), sobre retribuciones de administradores y directivos de las sociedades públicas (68) o sobre transparencia en el Sector Público y estatuto de los altos cargos (69). Ni tampoco la normativa de régimen local relativa a las sociedades locales incorpora la distinción al respecto. Tan solo lo hace la legislación de contratos del sector público, como ya nos consta (70).

Esta expansión del Derecho público en la conformación del régimen de las sociedades mercantiles públicas es el resultado de una reacción legislativa frente al conocido fenómeno de la «huida al Derecho privado» al que apuntábamos más atrás (Epígrafe I), esto es, frente a la tendencia a la utilización de la forma societaria como marco para el desarrollo de actividades administrativas de diversa índole no propiamente económicas con la pretensión de eludir la aplicación del Derecho Administrativo. Se ha producido con ello una suerte de «reconquista» o recuperación por parte del Derecho público del régimen de las entidades públicas que actúan con formato societario que, en consecuencia, no es ya estrictamente de Derecho privado, sino que constituye una suerte de *híbrido* en el que concurren numerosos aspectos de Derecho Administrativo (71). Un Derecho Administrativo en el cual el concepto de Sector

---

(67) Aunque las normas del EBEP no son en principio aplicables al personal de las sociedades públicas, su Disp. Ad 1<sup>o</sup> ha venido extendiendo a dicho personal la aplicación de algunos principios generales sobre empleo público, entre ellos los principios rectores del acceso al empleo público que fija el art. 55 EBEP.

(68) Véase el RD 451/2012, de 5 de marzo, «por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades», el cual establece límites retributivos en el marco de una clasificación de entidades que se realiza en función de diversos indicadores de tamaño (volumen de negocio, número de trabajadores, etc.).

(69) Vid. art. 1.1.g) de la Ley 18/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y art. 1.2 d) de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(70) En efecto, de las Directivas europeas sobre contratos públicos y de la LCSP se desprende que las sociedades públicas quedan sujetas a un régimen contractual diferente según sean empresas que actúan en mercados competitivos (en cuyo caso no constituyen poderes adjudicadores conforme al art. 3.3. d LCSP) o bien sean entidades «mercantiles» tan solo en un sentido meramente formal (en cuyo caso, que son la mayoría, serán poderes adjudicadores de acuerdo la cláusula general que incorpora el art. 3.3.d)

(71) Véanse en este sentido las consideraciones expuestas por C. CHINCHILLA MARÍN (2017: 25-35), donde identifica diversos aspectos en los que se ha impuesto un régimen jurídico-administrativo de las sociedades mercantiles públicas, hasta el punto de configurar un marco legal que, a su juicio, «está a medio camino entre una Administración pública y una empresa privada, pues no siendo ni lo uno ni lo otro, tienen elementos característicos de ambas». Por su parte, M. Fuertes López (2018: 67 y ss.) ha cuestionado esta desnaturalización de la esencia mercantil de las sociedades que se puede producir por este camino: «si reforma tras reforma, el legislador va encorsetando ese régimen jurídico de tal modo que

Público ha venido a jugar un papel cada vez más relevante en la delimitación de su ámbito de aplicación.

Esta reacción es perfectamente comprensible y está plenamente justificada desde el punto de vista del respeto a las garantías y principios propios del Estado de Derecho que consagra la Constitución y se desarrollan por el Derecho Administrativo, los cuales no deben quedar desvirtuados por la utilización de opciones que atañen a las formas de personificación. Pero vistas las cosas desde la óptica del régimen de las verdaderas empresas públicas, cabe plantearse si no se ha ido demasiado lejos en esta «recuperación» de espacios por parte del Derecho público. Quizás hubiera debido preverse por parte de la legislación aludida (en particular la LPAP, la LRJSP y la LGP) un mayor margen de flexibilidad para el ejercicio de actividades económicas por la Administración (por ejemplo, en las previsiones sobre el ejercicio de las funciones de tutela por los Ministerios correspondientes, sobre control por la IGAE y sobre régimen del personal a su servicio) o incorporar una mera remisión a la legislación mercantil en relación con determinados aspectos de tales actividades (por ejemplo, en materia de responsabilidad de los administradores) (72).

No puede dejar de tenerse en cuenta a estos efectos que el régimen societario-mercantil tiene su propia dinámica de control a través de herramientas muy consolidadas, entre las cuales ocupan un lugar destacado el sometimiento de las cuentas anuales a un régimen riguroso de auditoría externa y de publicidad en el Registro Mercantil y la aplicación de las reglas del Derecho de la Competencia sobre conductas prohibidas y prácticas desleales cuya inobservancia abre vías de impugnación y reclamación para los competidores afectados. A lo cual debe añadirse, respecto a las sociedades públicas con accionistas minoritarios, que en tales casos operan con plenitud las fórmulas de gobierno corporativo que protegen a tales accionistas —como la figura de los consejeros independientes— o las previsiones sobre exigencia de responsabilidad a los administradores sociales. Y más todavía en el caso —ciertamente excepcional en el momento presente— de las sociedades públicas cotizadas, sujetas a un escrutinio público especialmente intenso y a un marco de protección del accionista particularmente exigente. Todo lo cual puede hacer, por un lado, que

---

resulte irreconocible su esencia mercantil, entonces es mejor que desaparezca la posibilidad de crear sociedades públicas. ¿Para qué tanta reproducción y multiplicación si han de seguir el tradicional régimen administrativo? A mi entender, este final carece de sentido».

(72) Diríase que el régimen actual de las sociedades mercantiles públicas en España está pensado más para las que gestionan servicios y actividades administrativas de diversa índole que para las que desarrollan actividades económicas en mercados competitivos. Lo cual se explica por el hecho de que la mayor parte de ellas encajen en el primer grupo: la sociedad pública de capital, utilizada inicialmente como marco para la presencia directa del Estado en la Economía como productor de bienes y servicios, ha pasado a tener hoy una utilización muy polivalente y un régimen jurídico que en gran medida está determinado por el Derecho público.

sean innecesarios o redundantes ciertos controles propios del Derecho público y, por otro lado, que las regulaciones aplicables a las sociedades públicas resulten entorpecedoras para las actividades sujetas a la gran dinamicidad que es propia de los mercados en muchos ámbitos.

Así las cosas, no puede sorprender que haya algún administrativista (Julio GONZÁLEZ GARCÍA) que sostiene abiertamente la inadecuación del régimen actual de las sociedades públicas en España para el ejercicio de actividades económicas en un marco competitivo (73) lamentando que se haya producido una «administrativización excesiva del Derecho mercantil público», habida cuenta de que, según apunta también este autor, la lucha contra la huida del Derecho Administrativo se ha hecho «sin la suficiente precisión conceptual», de modo que algo que resulta razonable para las sociedades que gestionan políticas públicas de diversa índole se aplica también, de manera absurda, a las empresas públicas en sentido propio (74) .

Y también cabe enmarcar en este contexto determinadas situaciones que podemos observar últimamente y que suscitan no poca perplejidad como es el caso de la búsqueda de subterfugios para evitar la aplicación del régimen legal propio de las sociedades públicas —no siempre exitosos (75)— o el

---

(73) La posición de este autor se apoya sin duda en lo que ha sido su experiencia personal en la gestión de la Sociedad Estatal Correos, de la que ha sido Secretario General durante algunos años. Véase en este sentido su artículo «El Derecho Administrativo y la gestión pública» en el *Anuario del buen gobierno y de la calidad en la regulación*, 2021, pp. 63 y ss., o sus participaciones en foros de opinión «Derogación de los artículos 321 y 322 de la Ley de Contratos del Sector Público: una propuesta» en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de febrero de 2022, y «Sociedades Estatales: un régimen inadecuado para la empresa pública», en el blog *globalpoliticsandlaw*, 14 de noviembre de 2023.

(74) J. GONZÁLEZ apunta diversos aspectos que a su juicio lastran la gestión de las empresas públicas en España y les impiden competir en igualdad de condiciones con otros operadores no sujetos a las mismas cargas, subrayando en particular las desventajas que tiene la Sociedad Estatal Correos frente a sus competidores directos, como SEUR (dependiente de La Poste Francia), DHL (dependiente de Deutsche Post) o Amazon. Entre otros aspectos, destaca los siguientes: 1) las limitaciones existentes para la propia creación de nuevas sociedades estatales, para la modificación de sus estatutos o para la adquisición de sociedades; 2) la lentitud que implica el ejercicio de las facultades atribuidas a los Ministerios de tutela, que se traducen en la práctica en «un régimen de cogestión»; 3) la sujeción a un régimen de contratación inadecuado, tanto por el tenor literal de los preceptos de la LCSP que imponen expresamente la aplicación de algunas reglas de dicha Ley a los entes del sector público que no son poderes adjudicadores (arts. 321 y 322) como por la tendencia interpretativa a expandir esta aplicación que predomina en los órganos de asesoramiento y control en materia de contratación; 4) las rigideces en el régimen del personal aplicable a las sociedades estatales (ralentización de la gestión de personal derivada del régimen de autorización previa, limitaciones para establecer sistemas de retribución vinculados a la consecución de objetivos, restricciones para la cobertura de vacantes vinculadas a necesidades de carácter coyuntural, etc.).

(75) Lo acaecido con la SAREB (Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria) es muy ilustrativo al respecto. En un primer momento se evitó que

hecho de que quepa detectar recientemente una preferencia gubernamental por las participaciones públicas minoritarias en empresas relevantes; participaciones que, siendo significativas, permiten ejercer alguna influencia sin llegar a configurar una situación calificable como de *control* en los términos del art. 42 del Código de Comercio, o como *influencia dominante* de acuerdo con la Directiva 2006/111/CE y el art. 2.1 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transposición de dicha Directiva (76). De este modo, parecería que —una vez desactivada en gran medida la huida del Derecho Administrativo mediante las regulaciones a las que nos hemos referido— emerge entre nosotros otra forma de «huida»: la tendencia a eludir el régimen de las sociedades públicas, hoy ya parcialmente administrativizado.

### III. EL CONCEPTO AMPLIO DE EMPRESA PÚBLICA EN SUS DIFERENTES VERSIONES

En el extremo opuesto se encuentra un concepto amplio de empresa pública que también tiene presencia en nuestro Derecho positivo, tanto en la legislación sobre el Sector Público estatal como en la de algunas CCAA respecto a su respectivo Sector Público. No aparece reflejado en cambio dicho concepto amplio en la legislación de otras CCAA ni en la legislación local, sin perjuicio de que en la práctica se utilice también en dichos ámbitos aun sin ese respaldo explícito del legislador. Vamos a verlo.

1. En el ámbito estatal, la aludida plasmación legal se refleja en la definición de «sector público empresarial» (SPE) que incorpora la LGP (art. 3.2),

---

formara parte del Sector Público, al quedar la participación estatal en una cuota inferior al 50% del capital social (45,9%), lo que permitió su clasificación a efectos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales como institución financiera privada. Pero en el año 2021 se cambió esta clasificación por entenderse que la SAREB estaba bajo el control de la Administración Pública. Lo cual ha dado lugar a un nuevo marco jurídico en el que, por un lado, el FROB es titular de la mayoría de su capital, pero la legislación *ad hoc* en vigor (Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero) opta por excluir expresamente la consideración de la SAREB como sociedad estatal, impone su sujeción al ordenamiento jurídico privado *a todos los efectos* y declara que sus acciones no forman parte del Patrimonio empresarial de la AGE (art. 52.6 de la Ley 11/2015, de 18 de enero, en la redacción dada por el Decreto-ley citado). Es decir, la SAREB es una sociedad participada mayoritariamente por el Estado a través del FROB, pero, de manera sorprendente, se declara legalmente que no tiene la consideración de sociedad estatal (otra manifestación más de que en materia de personificaciones instrumentales, las cosas no suelen ser lo que parecen, como decíamos más atrás en el apartado I). Y lo mismo se prevé que suceda con cualquier otra sociedad sobre la que el FROB ejerza el control como consecuencia del ejercicio de sus facultades de resolución. Véase lo que se indica respecto a la SAREB más adelante en el apartado V.

(76) Respecto a las participaciones públicas minoritarias en empresas relevantes, véase lo que se expone más adelante (Epígrafe V).

substancialmente coincidente con la noción de «patrimonio empresarial» de la Administración del Estado que consagra la LPAP (art. 166) (77).

La definición del SPE tiene un carácter predominantemente formal en la medida en que incluye las Entidades Públicas Empresariales (EPE) y las Sociedades Mercantiles Estatales (SME) (78) en todo caso —con independencia de la índole de las funciones que desarrollan— a la cuales se añaden otras entidades de Derecho público distintas de las EPE si concurren una serie de circunstancias de orden material que impidan situar tales entidades de Derecho público en el escenario natural de las mismas que es el del sector público administrativo (SPA). Concretamente, de la dicción literal del art. 3.2 LGP, puesto en relación con el apartado anterior de ese mismo artículo, se deduce que para formar parte del SPE tienen que concurrir en dichas entidades de Derecho Público los siguientes requisitos, alguno de ellos formulado en términos negativos: que su actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios, que no efectúen operaciones de redistribución de la renta y la riqueza, que tengan ánimo de lucro y que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales (79). Lo cual resulta del todo excepcional, pues huelga decir que en la mayoría de las entidades de Derecho público que no son EPE falla alguno de estos requisitos o varios de ellos, e incluso todos (80).

Este planteamiento legal que opta por una lista de entidades identificadas por su forma jurídica —EPE y SME—, a la que se añade una cláusula general

---

(77) Tanto el art. 3.2 LGP como el art. 166.1 LPAP (cuya versión inicial data de 2003) fueron modificados por la LRJSP (2015) para ajustar su contenido a la clasificación de entidades del Sector Público Institucional que incorporó dicha Ley (arts. 85 y ss. LRJSP).

(78) Recuérdese que conforme al art. 111 LRJSP, son SME las sociedades en las que la participación accionarial de la AGE y entidades del sector público estatal supere el 50% del capital social o bien aquellas que, sin darse esa circunstancia, se encuentran bajo la dependencia de la AGE u organismos vinculados en los términos que se establece por la legislación mercantil a efectos de formulación de cuentas consolidadas (actualmente, art. 42 del Código de Comercio).

(79) Conforme al art. 3.1.b LGP, si falla cualquiera de estos requisitos (por ejemplo, su actividad principal no consiste en la producción de bienes y servicios en régimen de mercado o carecen de ánimo de lucro) tales entidades de Derecho público se integran en el SPA.

(80) Además de las peculiaridades del régimen presupuestario de las entidades que integran el SPE frente al SPA, es importante dar cuenta de los diferentes regímenes de contabilidad que se aplican a los tres grandes bloques del Sector Público estatal que contempla la LGP. En este sentido, debe repararse en que los principios contables públicos y el Plan General de Contabilidad Pública y sus normas de desarrollo se aplican sólo al SPA (art. 121. 2 LGP). A las entidades que integran el SPE les resultan de aplicación las reglas sobre contabilidad del empresario del Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad de la empresa española (art. 121.3.) Y, por último, a las entidades que integran el Sector Público Fundacional les resulta aplicable el Plan General de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos y normas que lo desarrollan (art. 121.4).

de carácter abierto para otras entidades de Derecho público, se utiliza también por la LPAP para fijar el perímetro del «patrimonio empresarial» de la Administración del Estado, con la diferencia de que se incluyen en dicho concepto todas las participaciones en el capital de cualquier sociedad mercantil, incluyendo por tanto las de carácter minoritario en sociedades privadas (81). En efecto, a las EPE y SME como tipos de entes que se incluyen necesariamente en el aludido patrimonio empresarial, se añaden otras entidades de Derecho público que cumplan un criterio de carácter material que en este caso se formula con mayor simplicidad: que sus ingresos provengan de operaciones realizadas en el mercado en un porcentaje que alcance al menos el 50% (82), una circunstancia cuya concurrencia será de nuevo muy excepcional. De modo que será también excepcional que tales entidades de Derecho público formen parte del patrimonio empresarial del Estado.

A la vista de ambas formulaciones, sustancialmente equivalentes, resulta notorio, tanto el *elevado número* de entidades que se incluyen en estas nociones como su *variedad funcional*, dada la diversidad de los cometidos que asumen. Y no menos notoria es su *heterogeneidad* tanto desde el punto de vista de la forma y del régimen jurídico aplicable (diferente para EPE, SME y, en su caso, otras entidades de Derecho público que puedan incluirse en el grupo) como por su consideración o no de empresas públicas en sentido estricto, lo que no será el caso en la gran mayoría de las entidades. De modo que las mismas quedarán mayoritariamente fuera de los elementos que singularizan a tales empresas públicas en sentido material, como son la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado o la exclusión del concepto de poder adjudicador a los efectos de la legislación sobre contratación pública.

En todo caso, debe subrayarse que el carácter predominantemente formal de las definiciones legales expuestas comporta elevadas dosis de claridad y certidumbre a la hora de su aplicación. Así, podemos saber con alto nivel de seguridad si una entidad del Sector Público estatal forma parte del SPA, del SPE, o del SPF conforme a los criterios que incorpora el art. 3 LGP. Lo cual se ve reforzado por la exigencia impuesta por la LRJSP de que conste en la propia denominación de cada entidad la indicación de su naturaleza (OA, EPE, SME, FSP, etc.) ya sea de forma completa o abreviada.

---

(81) El tenor literal del art. 166.3 LPAP es de gran amplitud pues incluye dentro del patrimonio empresarial de la AGE tanto los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles (acciones) como los títulos de deuda emitidos por ellas (obligaciones) así como instrumentos de carácter híbrido (obligaciones convertibles en acciones o créditos participativos).

(82) Requisito éste que se exige con carácter general por la LRJSP para las EPE por sus artículos 103.1 y 107.3, si bien con las excepciones que derivan de tales preceptos y de las Disp. Ad. 23 a 29 de la Ley.

2. También en la legislación de algunas CCAA es posible ver plasmado un concepto amplio y formal de empresa pública. Es el caso de Aragón, cuya legislación patrimonial define el «sector empresarial del patrimonio de Aragón» en términos que incluyen a todas las sociedades autonómicas (83), cualquiera que sea la índole de las funciones que desarrollan (84). Y también sucede así en Cataluña, cuya legislación incorpora un concepto de empresa pública de grandísima amplitud, pues incluye en el mismo no solo a todas las sociedades mercantiles con participación mayoritaria de la Generalidad, sino también, entre otras, a las entidades de Derecho público que ajusten su actuación al Derecho privado (85).

En cambio, en otras CCAA no se produce esta plasmación legal de un concepto amplio de empresa pública autonómica, lo cual no excluye que se utilice en la práctica con un alcance que puede variar según los casos, bien limitado al conjunto de las sociedades con participación mayoritaria de la respectiva Comunidad o bien incluyendo, en términos más amplios, a entidades de Derecho público o incluso a las Fundaciones públicas de la Comunidad.

3. Por lo que se refiere al ámbito local, la legislación de régimen local no incorpora tampoco, como hemos apuntado, un concepto de empresa pública, lo que no es óbice asimismo para que tal expresión se utilice en la práctica, bien para aludir al conjunto de las sociedades mercantiles locales (reguladas por el art. 85 ter LBRL) o incluso en términos más amplios que incluyen al conjunto las entidades instrumentales existentes en la esfera local. Entidades instrumentales que tienen una amplia presencia en los Municipios grandes y en las Diputaciones provinciales como formas de gestión directa de los servicios públicos, y que en la práctica se circunscriben a dos tipos: el organismo autónomo local y la sociedad mercantil local, dado el escaso éxito que ha tenido la figura de la EPE local prevista en la LBRL (arts. 85.2.A y 85 bis).

4. En síntesis, cabe concluir en el presente apartado que las nociones amplias de empresa pública a las que nos venimos refiriendo tienen un marcado *carácter formal*, en la medida en que se basan fundamentalmente en la forma de personificación de las entidades, y comprenden entidades muy heterogé-

---

(83) Artículos 136 y 138 de la Ley del Patrimonio de Aragón (Decreto Legislativo 1/2023, de 22 de febrero).

(84) Suele tratarse de entidades cuyo objeto es el fomento del desarrollo económico regional o la gestión de grandes polígonos logísticas o industriales, o que se configuran como Medios Propios personificados de la Administración autonómica.

(85) En este caso, el concepto de empresa pública se formula en una Ley *ad hoc* cuya versión inicial data de 1985. Se trata de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana (Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre) cuyo art. 1 incorpora una definición de empresa pública de gran amplitud.

neas en cuanto al régimen jurídico aplicable y a las tareas que desempeñan. Diversidad que es también detectable incluso si se utiliza la versión más restringida de tales conceptos, referida únicamente a las sociedades mercantiles con participación mayoritaria del Sector Público.

De este modo, la empresa pública en sentido amplio no puede considerarse ni estudiarse como una modalidad de la acción administrativa que responda a un contenido identificable y determinado, sino que debe abordarse en el marco de las formas de personificación de las AAPP, al margen de cualquier clasificación material de la actividad administrativa.

#### **IV. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE ALGUNOS GRUPOS DE ENTIDADES DE ADSCRIPCIÓN DUDOSA**

Hechas las acotaciones que preceden respecto a las diversas acepciones —estricta y amplia— con las que se utiliza la expresión «empresa pública», resulta oportuno detenerse a considerar dos situaciones específicas que merecen atención, bien porque se prestan a confusión y procede intentar su clarificación (las denominadas «Entidades Públicas Empresariales»), o bien porque puede decirse que se ubican en un espacio en cierto modo intermedio, a mitad de camino entre los dos conceptos expuestos de empresa pública (los denominados «Medios Propios personificados»).

##### **1. La confusa regulación de las Entidades Públicas Empresariales y las dificultades para una visión unitaria de la categoría**

Creadas con esta denominación por la LOFAGE de 1997 (86) como una subcategoría dentro de los «Organismos públicos» dependientes de la AGE —en los que se incluyen también los Organismos Autónomos (OA)—, fueron posteriormente introducidas en el ámbito local por la reforma de la LBRL llevada a cabo en 2003 (87) e incorporadas también a la legislación de algunas CCAA.

En la base del diseño legal de estas entidades realizado por la LOFAGE estaba la idea de que las EPE realizarían actividades de «prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica» —frente a las actividades «fundamentalmente administrativas» propias de los OA— sin

---

(86) Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

(87) Se trata de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que modificó el art. 85 LBRL y añadió un nuevo art. 85 bis a dicho texto legal.

perjuicio de que aquéllas pudieran ejercer también potestades administrativas. Y en coherencia con ello, se disponía que las EPE quedaban sujetas genéricamente al Derecho privado si bien con algunas excepciones, entre las cuales se citaba expresamente lo relativo al ejercicio de las potestades administrativas que les fueran atribuidas (88).

En la práctica sin embargo la diferenciación de las EPE respecto a los OA se ha movido en un terreno más bien borroso (89), tanto en la identificación de los cometidos que son propios de cada una de estas dos formas de personificación, como en la pretendida sujeción al Derecho privado de las EPE; sujeción que, al margen de las excepciones que contemplaba ya la LOFAGE, se ha ido vaciando progresivamente de contenido como consecuencia de la propia evolución de nuestra legislación administrativa general en lo que llevamos de siglo. En efecto, las leyes generales que se han ido promulgando en las últimas décadas han ido incluyendo a las diversas entidades de Derecho público de carácter instrumental —entre ellas, las EPE— en el círculo de las Administraciones públicas sujetas a dichas Leyes; no solo en el más amplio concepto de «Sector público» delimitado por las mismas, sino en el más estricto de «Administraciones públicas» que conlleva un grado de sujeción mayor al Derecho público. Así sucedió en particular con la LJCA (1998), la LPAP (2003), la LGSub (2003), el EBEP (2007), la legislación de contratos del sector público, la LOEPSF (2012), la LTBG (2013), y las Leyes de procedimiento común y

---

(88) Véanse especialmente las explicaciones contenidas en el punto XI de la Exposición de Motivos de la LOFAGE, así como lo dispuesto en su art. 53. Asimismo, debe notarse que se establecía un marco legal diferente en cuanto a la financiación (art. 65 LOFAGE), puesto que las EPE, a diferencia de los OA, debían financiarse con ingresos derivados «de sus operaciones» y de la gestión de su patrimonio, y solo excepcionalmente, si así lo preveía su Ley de creación, podían recibir transferencias corrientes o de capital de las Administraciones públicas

(89) Entre los tratamientos doctrinales sobre la categoría de las EPE, cabe mencionar la posición marcadamente crítica expresada en su momento por A. BETANCOR RODRÍGUEZ («Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa», *Documentación Administrativa* n° 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 429 y ss.) quien censuró la «aberración» que a su juicio conllevaba la confluencia en unas mismas entidades de la doble condición de Administración y de empresa; entendía que las primeras deben sujetarse al Derecho Administrativo y, en cambio, para la iniciativa económica de las entidades públicas debe acudir a las formas societarias de Derecho privado. Por su parte, G. FERNÁNDEZ FARRERES llamó la atención sobre la imprecisa delimitación entre OA y EPE en la LOFAGE («Administraciones instrumentales», en el vol. col. dirigido por F. SAINZ MORENO, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, pp. 341 y ss., 351-353). Y por lo que se refiere al ámbito local, E. MONTOYA MARTÍN puso de relieve algunos desajustes producidos en la traslación de esta figura a la esfera local llevada a cabo por la Ley 57/2003 en su monografía sobre *Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

régimen jurídico promulgadas en 2015 (90). De manera que este elemento diferencial vinculado a la sujeción al Derecho Administrativo o al Derecho privado de OA y EPE respectivamente se fue difuminando progresivamente (91).

Pese a esta escasa nitidez de la diferenciación entre OA y EPE, tanto en la índole de las tareas encomendadas como en el régimen jurídico aplicable, es bien sabido que la categoría a la que nos referimos en el presente epígrafe se mantuvo en la reordenación del Sector Público estatal llevada a cabo por la LRJSP en el marco de las reformas impulsadas por la CORA (Comisión para la Reforma de la Administración Pública creada en 2012). Y lo hizo con una regulación básicamente continuista con la plasmada en su momento en la LOFAGE, pues mantiene su inclusión en el concepto de «organismo público» —en el que se integran también los OA—, contempla el ejercicio por las mismas de potestades administrativas, y mantiene asimismo la genérica declaración de sujeción al Derecho privado (art. 104 LRJSP), si bien, como no podía ser de otra manera tras la evolución aludida, lo hace en unos términos muy diferentes de los que incorporaba la LOFAGE. Unos términos que certifican la desactivación de cualquier pretensión de utilizar esta vía como «huida» al Derecho privado, pues viene a reflejar de forma resumida los múltiples aspectos en los que las EPE quedan sujetas al Derecho público (92).

---

(90) Véase en este sentido lo dispuesto por el art. 1.2 LJCA, los arts. 2 y 167 LPAP, el art. 3.2 LGSUB, el art. 2.1 del EBEP (tanto en su versión inicial de 2007 como en el texto refundido actualmente en vigor), el art. 2 de la LOEPSF (que descansa en la noción económica de «administración pública» plasmada en el Sistema Europeo de Cuentas), el art. 2.2 ITBG, el art. 2.3 LPAC y el art. 2.3 LRJSP. Respecto a la legislación contractual, debe notarse que el Texto Refundido de la LCSP de 2011 excluía a las EPE del concepto de Administración Pública a efectos de contratación (art. 3.2.e), de modo que dichas entidades quedaban en la órbita de los poderes adjudicadores no Administración Pública (art. 3.3.b). Pero la versión vigente de la LCSP (2017) comporta un mayor grado de sujeción a la normativa de contratación pública para las EPE, en la medida en que las viene a incluir entre las Administraciones Públicas si no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado (art. 3.2.b), cosa que como tendremos oportunidad de subrayar, sucede en la mayoría de los casos.

(91) Permanece no obstante el elemento diferencial consagrado en la legislación presupuestaria (art. 3 LGP) que incluye a los OA en el SPA y a las EPE en el SPE, lo cual conlleva un marco normativo diferente a efectos presupuestarios y de contabilidad. En este último aspecto, debe recordarse el dato más atrás apuntado de que las EPE no están sujetas a las reglas de la contabilidad pública sino a las generales aplicables a las empresas (Código de Comercio y Plan General de Contabilidad).

(92) Lo cual se aprecia especialmente en la genérica remisión a las normas de Derecho Administrativo que contiene el citado art. 104, similar a la que realiza el art. 99 respecto a los OA. Una remisión en la que además de la LPAC, la LCSP y la LPAP, se alude al «resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación», lo cual desvirtúa por completo la declaración de sometimiento al Derecho privado con la que se inicia el art. 104. Y resulta notoria también la mayor densidad de la regulación que contiene la propia LRJSP del conjunto de los organismos públicos respecto a la realizada en su momento por la LOFAGE (véanse los arts. 88 a 97 LRJSP).

Se introdujo no obstante un importante elemento novedoso en la definición de las EPE consagrada por la LRJSP, al establecerse (art. 103.1) que tales entidades «se financian mayoritariamente con ingresos de mercado», quizás con el objetivo de trazar una línea de delimitación clara con los OA, en los que obviamente no se incluye una mención semejante. Y tal requisito se reitera y desarrolla en el art. 107, en el cual se matiza lo que se entiende por financiación mayoritaria con ingresos de mercado: se incluyen las entidades que tengan la condición de «productor de mercado» conforme al Sistema Europeo de Cuentas, tomándose en consideración a tal efecto la clasificación de entidades que realiza el Comité Técnico de Cuentas Nacionales y que se incorpora al Inventario de Entidades del Sector Público (93). De modo que la noción misma de EPE se hace descansar en una clasificación económica que no depende de voluntades políticas sino de un dato objetivo apreciable por un órgano técnico; un dato objetivo que en rigor ni en ese momento (2015) ni ahora (2025) se cumple por una buena parte de las entidades acogidas a esta forma de personificación.

Así las cosas, hubiera sido esperable que no pocas de las EPE existentes a la entrada en vigor de la LRJSP hubiera sido transformadas en OA al amparo de lo previsto en la Disp. Ad. 4<sup>o</sup> de dicha Ley, cosa que no sucedió. Lo cual dio lugar a un claro desencaje entre la definición legal de las EPE y la clasificación de buena parte de las mismas a efectos de la contabilidad nacional, que no son productores de mercado sino «administración pública» en los términos económicos que incorpora el Sistema Europeo de Cuentas.

Este desencaje explica las modificaciones de la LRJSP que en este punto introdujo la Ley de Presupuestos de 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre), en virtud de las cuales se «remendó» la definición de EPE (art. 103 y 107) y se añadieron algunas disposiciones adicionales referidas específicamente a diversas EPE. A través de estas últimas (Disp. Ad. 23<sup>o</sup> a 29<sup>o</sup>) se dispuso que las aludidas EPE preservarían su condición de tales y se les aplicaría la LRJSP

---

(93) La noción de «productor de mercado» es uno de los muchos conceptos contables que se formulan en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales plasmado en el Reglamento (UE) 549/3013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. Conforme a las pautas fijadas en dicho Reglamento, es productor de mercado aquella entidad que vende la mayor parte de los bienes y servicios que produce a «precios económicamente significativos», para lo cual se exige que cubran al menos el 50% de los costes de producción. Y es «productor no de mercado» la entidad que suministra a otras bienes o servicios de forma gratuita o a «precios económicamente no significativos». Si estamos ante un productor de mercado, las correspondientes entidades se clasifican como «sociedades no financieras» que pueden ser públicas (Sector 11001). En cambio, se incluirán en el sector «administraciones públicas» (Sector 13) aquellos productores no de mercado que se financian «mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional» (apartado 2.111 del Reglamento).

pero con la excepción expresa de la exigencia de financiación mayoritaria con ingresos de mercado. Y en la definición legal de EPE (arts. 103 y 107) la citada exigencia queda difuminada al exceptuarse genéricamente de la misma a las entidades que tengan la condición de Medio Propio de acuerdo con la LCSP o reúnan las condiciones para ser declaradas como tales.

A la vista de todo ello puede colegirse que la categoría de las EPE queda de hecho desdoblada en dos bloques diferenciados:

a) uno mayoritario, integrado por las que se mencionan en las aludidas Disp. Ad. de la LRJSP (Salvamento Marítimo, CDTI, ADIF, SEPES, ICEX, etc.) a las que hay que añadir otras no mencionadas en dichas disposiciones pero que tienen la condición de Medio Propio (caso de la FNMT) o bien están clasificadas por la contabilidad nacional como «administración pública» por no ser productores de mercado (caso del Consorcio de Compensación de Seguros);

y b) otro formado por las EPE que son productores de mercado de acuerdo con las definiciones que se plasman en el Sistema Europeo de Cuentas y se reflejan en el INVENTE (94), grupo que en la práctica es minoritario pese a que la LRJSP sigue incluyendo la financiación con ingresos de mercado como una característica general de las EPE.

Y esta distinción en dos grupos (95) resulta determinante a efectos de su régimen contractual puesto que la vigente LCSP considera Administración Pública a las entidades de Derecho público que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado (art. 3.2 b), lo que incluye al grupo mayoritario de las EPE al que se ha aludido (a), y sitúa en cambio en el terreno de los poderes adjudicadores no Administración Pública —e incluso fuera del concepto de poder adjudicador— al grupo minoritario de las EPE en las que concurre esa circunstancia de financiación con ingresos de mercado (aludidas en el punto b anterior) (96). Asimismo, la distinción es relevante a efectos de disciplina

---

(94) Quizás la más importante de las que se adscriben a este grupo sea Renfe-Operadora, EPE que encabeza un grupo de SME que gestionan el transporte ferroviario en un contexto que se está abriendo progresivamente a la competencia con operadores privados.

(95) A la misma conclusión —carácter minoritario de las que constituyen operadores de mercado— conduce la consideración de la información que ofrece el INVENTE (Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local) sobre las muy escasas EPE existentes en el ámbito local, dedicadas a cometidos muy variados, buena parte de las cuales se clasifican como «Administración pública» a efectos de la Contabilidad Nacional.

(96) Fuera del concepto de poder adjudicador se encuentra Renfe-operadora, a la que se aplica el régimen contractual de los entes del Sector Público que no son poder adjudicador. Y también es el caso del ICEX, en el que se ha entendido —de manera discutible a mi juicio— que no tiene la condición de poder adjudicador (en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sus dictámenes de 14 de diciembre de 1995 y de 27 de noviembre de 2014), quedando en consecuencia sujeto al régimen contractual de las entidades del Sector público que no son poderes adjudicadores. Así las cosas, coexisten hasta tres regímenes contractuales diferentes

presupuestaria, dado que Ley de Estabilidad Presupuestaria (LO 2/2012, de 27 de abril) descansa (art. 2) en la definición estrictamente económica de Administración pública consagrada por el Sistema Europeo de Cuentas y, por tanto, incluye en la misma al primer grupo aludido de EPE (las que no son productores de mercado) pero no al segundo.

De este modo, la categoría queda privada de unidad y marcada por una notoria heterogeneidad en las actividades que desarrollan y en el régimen al que se someten: buena parte de las EPE podrían encajar en el formato de OA y para otras en cambio la forma societaria puede resultar perfectamente válida. Quizás la única justificación para su mantenimiento se encuentre en la conveniencia de ofrecer una fórmula que contempla la atípica confluencia de actividades prestacionales o de servicios con el ejercicio de potestades administrativas, como se ha puesto de relieve con la reciente transformación en EPE de la Sociedad Mercantil Estatal SEPIDES llevada a cabo mediante RD 1247/2024, de 10 de diciembre (97).

\* \* \*

Desde la perspectiva de nuestro estudio, procede concluir, a la vista de cuanto queda dicho, que la gran mayoría de las EPE existentes están lejos del concepto estricto de empresa pública al que hemos aludido y solo lo son en el sentido más amplio de esta expresión. Es importante remarcarlo porque el propio legislador induce a error con su desconcertante regulación de las EPE. Pero las cosas no son lo que parecen, si se observa atentamente la realidad institucional de estas entidades. Ni la utilización del adjetivo «empresarial» para designarlas, ni su inclusión en el «sector público empresarial» (LGP) o en el «patrimonio empresarial» de la Administración (LPAP) implica que sean verdaderas empresas (gran parte de ellas no lo son). Su presunta sujeción al Derecho privado está claramente desmentida por el conjunto de la legislación administrativa vigente. Y su financiación mayoritaria con ingresos de mercado

---

para las EPES: a) el de las que tienen la condición de Administración Pública a estos efectos (por ejemplo, Salvamento Marítimo, el ADIF o el CDTI), b) el de los poderes adjudicadores no Administración Pública (por ejemplo, el ADIF-Alta Velocidad o el ICO), y c) el del resto de las entidades del Sector Público (el caso aludido de Renfe). De modo que la dispersión del marco jurídico contractual aplicable a las EPE no puede ser mayor. Lo cual es síntoma elocuente tanto de la debilidad de los contornos de esta figura como de las dudas y sorpresas que deparan las cláusulas abiertas que contiene el art. 3 LCSP en sus apartados 2.b y 3.d.

(97) Dicho RD ha convertido a SEPIDES (Sociedad Mercantil Estatal SEPI Desarrollo Empresarial) en una EPE que se adscribe orgánicamente a la SEPI y depende funcionalmente del Ministerio de Industria y Turismo. Según explica el Preámbulo de esta disposición, la transformación tiene como finalidad posibilitar que dicha entidad ejerza potestades públicas y, concretamente, pueda actuar como gestora de las ayudas públicas al sector industrial contempladas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

no es en rigor una característica propia de estas entidades sino un mero desiderátum que no se cumple en la mayoría de los casos.

En definitiva, aunque no es posible aquí alcanzar una conclusión generalizable, es claro que la mayoría de las EPE no desarrollan actividades económicas en mercados competitivos, lo que sucede solo en algunas de ellas. Solo estas últimas quedan en consecuencia incluidas en el régimen restrictivo de las ayudas públicas a empresas y fuera del concepto de poder adjudicador establecido por la legislación contractual, pero debemos insistir en que se trata de una situación de carácter excepcional.

## 2. Los denominados «Medios Propios personificados»

1. Frente a lo que sucede con las EPE, los Medios Propios personificados (en adelante MP) no constituyen una forma concreta de personificación de las entidades públicas sino una noción acuñada por la legislación de contratos públicos a efectos de regular una determinada modalidad de colaboración entre entidades públicas que se encuentran jerarquizadas entre sí para ofrecer una opción alternativa a los contratos regulados en dicha legislación. Una opción consistente en que las Administraciones se sirven de entidades instrumentales creadas por ellas mismas para proveerse de los servicios, las obras o los bienes que necesitan para el desarrollo de su actividad (98).

2. Como es bien sabido, la legislación de contratos ha venido sometiendo a esta forma de colaboración entre entidades públicas (a la que califica como *encargos* a MP personificados) a unas estrictas condiciones que pretenden evitar un uso inadecuado o abusivo de la misma que pudiera erosionar el sistema legal de contratación pública derivado de las Directivas europeas sobre la materia y —con ello— el principio de concurrencia competitiva entre operadores económicos que está en su médula.

Por lo que se refiere la legislación española en vigor, tales requisitos están plasmados hoy en el extenso art. 32 LCSP, sin perjuicio de que otros preceptos de dicha Ley se refieran a diversos aspectos de estos «encargos», los cuales no tienen la consideración de contrato conforme a lo establecido por el artículo citado. Tales requisitos son en síntesis los siguientes (99): que la Administración

---

(98) El orden en el que enumero los tipos de prestaciones que pueden ser objeto de encargo (servicios, obras y suministro de bienes) corresponde al de su mayor o menor utilización en la práctica. Solo en casos muy excepcionales el tipo de las prestaciones que se encargan a MP corresponde a una concesión de servicios o de obras.

(99) Expreso de forma resumida los requisitos contenidos en el precepto mencionado (art. 32 LCSP) —que se refiere a los poderes adjudicadores— y remito al mismo los detalles de su formulación. Respecto a las entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador, véase lo que se dispone en el artículo 33 de la Ley, que establece requisitos sustancialmente análogos.

o poder adjudicador para el que se realiza el encargo ejerza sobre el MP un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios y unidades; que más del 80% de la actividad del ente destinatario del encargo consista en el ejercicio de cometidos confiados por el respectivo poder adjudicador; que en el caso de que el MP sea de naturaleza jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública; y que la condición de MP personificado se recoja expresamente en los respectivos estatutos o actos de creación de la entidad (100).

Como pago por la ejecución de los encargos se contempla por el precepto citado el abono de una contraprestación económica a cargo de la entidad pública para la que se realizan, con arreglo a unas tarifas aprobadas por la misma que deben calcularse de manera que reflejen los «costes reales» asumidos por el MP. De manera que los precios no se forman en un marco competitivo entre distintos operadores, sino que son el resultado de una decisión administrativa que busca compensar los costes en los que incurre el MP para ejecutar el encargo (101). Por otro lado, el MP puede a su vez externalizar o «subcontratar» con terceros prestaciones parciales del encargo, pero dentro de los límites que fija la LCSP (art 32.7) y con aplicación a tales contratos —ahora sí que hay contratos públicos— de la mencionada Ley.

3. Dentro de este contexto regulatorio ofrecido por la legislación de contratos públicos, la LRJSP (2015) incorporó un precepto específico sobre MP (art. 86) insertado en la completa regulación del Sector Público Institucional del Estado que llevó a cabo. Del tenor literal de dicho precepto —ligeramente modificado por la Ley de Presupuestos de 2021— interesa a nuestros efectos destacar dos aspectos:

a) El precepto refuerza la diversidad de formas de personificación que pueden tener los MP, tanto por la ubicación sistemática del mismo —en el C. II del Título II de la Ley— como por la expresa declaración de que cualquier

---

(100) A la vista de estas exigencias, los MP personificados quedan configurados como meras herramientas operativas al servicio de otras entidades públicas a las que están estrictamente subordinados, dado el requisito de que éstas ejerzan sobre sus MP un control análogo al que ejercen sobre sus servicios y unidades.

(101) La LCSP se ocupa también de otros aspectos de los encargos a MP. Entre ellos destacan las exigencias sobre publicación de la formalización de los encargos en el perfil del contratante que contiene el art. 63.6 (obviamente respecto a los trámites previos a la formalización no se exige la publicidad) y también la inclusión de la formalización de los encargos entre las actuaciones de los poderes adjudicadores que son susceptibles del recurso especial (art. 44.1.e). Reglas en las que late también obviamente el propósito de evitar el abuso en la utilización de una fórmula que se configura como una opción alternativa a las compras públicas sujetas a la legislación contractual. Por otro lado, entre las Disposiciones Adiciones de la Ley se incluyen reglas específicas sobre TRAGSA y TRAGSATEC (Disp. Ad. 24<sup>ª</sup>, que trae causa de múltiples vicisitudes judiciales en torno a las mismas) y sobre otros MP (Disp. Ad. 55<sup>ª</sup>).

entidad integrante del Sector Público Institucional puede ser considerada MP (art. 86.1). Caben por tanto formas de Derecho público (OA, EPE, Consorcios) como de Derecho privado (sociedades mercantiles, fundaciones), si bien la más utilizada en la práctica es la SME.

b) Para la consideración de una entidad como MP se exige el cumplimiento de ciertos requisitos: junto a la disposición de medios «suficientes e idóneos» para realizar prestaciones en el sector de actividad correspondiente a su objeto social, tiene que concurrir alguna de las justificaciones que menciona el apartado 2 del citado artículo 86: que sea una opción más eficiente que la contratación pública o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia (102).

4. La fijación de las estrictas condiciones aludidas para la utilización de los encargos a MP no ha sido óbice para que en la práctica se haya disparado últimamente el recurso a tales encargos (103); lo cual, en la medida en que constituye una opción alternativa a la contratación pública, no ha dejado de suscitar tensiones y quejas por parte de los grupos de interés vinculados a las empresas que actúan en los sectores afectados (104). Así, por lo que se

---

(102) Un buen resumen de las ventajas que conlleva para las entidades «encargantes» el recurso a sus MP puede verse en el documento elaborado por la CNMC, *Guía sobre encargos a medios propios y convenios*, 14 de febrero de 2023, en cuyas pp. 17 y ss. se alude a la mayor agilidad, predictibilidad y flexibilidad que aporta su utilización, así como a la existencia de un control más directo sobre la entidad que ejecuta el encargo. Pero también se analizan sus inconvenientes y riesgos, vinculados esencialmente a la falta de presión competitiva que puede conducir a una menor eficiencia en las condiciones de provisión de servicios y bienes a las entidades públicas (en cuanto a precio, calidad y adecuación a sus necesidades). A la vista de dicho análisis, se formulan (pp. 23 y ss.) una serie de sensatas recomendaciones sobre los aspectos a calibrar en las decisiones sobre creación y utilización de los MP.

(103) Considerando globalmente los encargos de ámbito estatal, autonómico y local, el *Informe Anual de Supervisión 2024* elaborado por la OIRESCON permite comprobar (Módulo VI, p. 27) que el importe total de los encargos se duplicó entre 2021 y 2023 pasando de una cifra inferior a los 2.000 millones de euros (1.932) a otra que rebasa los 4.000 millones (4.093), y todo parece indicar que esta tendencia creciente no ha menguado posteriormente, sino más bien lo contrario. Como circunstancia explicativa de este crecimiento, destaca el Informe el alto porcentaje de encargos publicados y formalizados en 2023 que se vinculan a proyectos con cargo a fondos europeos: el 25,87% del total (*Informe*, Módulo VI, p. 47).

(104) Como botón de muestra a respecto cabe mencionar la Sentencia del TS de 22 de septiembre de 2022 (Roj: STS 3403/2022), que resolvió un recurso interpuesto por una asociación de empresas de la construcción (la Confederación Nacional de la Construcción) contra el RD 855/2021, de 5 de octubre, por el que se modificaba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial del Suelo (SEPES) para ampliar el objeto de sus actividades incluyendo las actuaciones de reforma urbana de espacios públicos y la rehabilitación o reforma de inmuebles de titularidad pública. Ampliación que, a juicio de la entidad recurrente, podía conducir a otorgar a SEPES la condición de MP y, con ello, a una reducción de la demanda de rehabilitación de inmuebles para las empresas dedicadas a dicha actividad.

refiere en concreto al ámbito estatal, es notorio el gran crecimiento que han experimentado recientemente las principales sociedades públicas que tienen la condición de MP, entre las que destaca sin duda el Grupo TRAGSA (105), cuyo ámbito de actuación viene definido por la LCSP en unos términos amplísimos, ciertamente polivalentes (106), seguido de INECO, que es una SME especializada en servicios de ingeniería.

5. A la vista de estos datos sobre el marco regulatorio y la realidad institucional de los MP procede preguntarse hasta qué punto constituyen empresas públicas y, en su caso, en cuál de las acepciones amplia o estricta que hemos enunciado lo son.

Teniendo en cuenta especialmente que más del 80% de su actividad consiste necesariamente, por imperativo legal, en la ejecución de encargos de las respectivas entidades matrices, no puede decirse que sean empresas públicas en el sentido estricto que antes hemos apuntado, sino que más bien lo son solo en la acepción amplia de la expresión. Pues es obvio que, respecto a la parte mayoritaria de su actividad, no operan en mercados competitivos: actúan en espacios cerrados a la entrada de otros operadores y con precios que no se forman en un marco de presión competitiva sino en procesos internos de decisión administrativa sobre estimación de costes, de manera que sólo en

---

En la sentencia resolutoria de este recurso, el TS, sin entrar a analizar si el precepto impugnado implicaba que SEPES adquiriera la condición de MP, estimó el recurso —y en consecuencia anuló la modificación introducida por el RD citado— por razones estrictamente procedimentales; concretamente por haberse omitido indebidamente los trámites de consulta pública y de audiencia en la elaboración de la disposición reglamentaria objeto de recurso.

(105) Los datos económicos que figuran en el INVENTE respecto a la evolución del Grupo TRAGSA (TRAGSA y su filial TRAGSATEC) entre 2021 y 2023, unidos a los que ha hecho público dicho Grupo respecto al ejercicio 2024, reflejan la magnitud de este crecimiento. La cifra de negocio de 1.122 millones de euros en 2021 se ha convertido en 2.020 en 2024; cifra que sin duda se superará holgadamente en 2025, dado que en 2024 el Grupo recibió encargos por un importe neto total de 3.292 millones de euros, lo que supuso un incremento del 52% respecto al año anterior. Incremento que tiene que ver con la formalización de numerosos encargos financiados por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como con el protagonismo que está teniendo TRAGSA en las tareas de reconstrucción frente a los daños causados por el fenómeno de la DANA. En términos de personas empleadas, el crecimiento ha sido también enorme, pues los 16.452 empleados que el Grupo tenía en 2021 se han convertido en más de 26.000 (según nota de prensa difundida por TRAGSA con fecha 24 de febrero de 2025), es decir, un aumento de más de 9.500 empleados en solo tres años.

(106) Esta polivalencia deriva de la extrema diversidad funcional de los cometidos a los que se refiere la Disp. Ad. 24ª LCSP, entre los que se incluyen no solo la «transformación agraria», sino todas las actuaciones que tienen que ver con el desarrollo rural y la protección del medio ambiente en un sentido amplísimo, así como también cualquier tarea que se requiera por razones de urgencia o emergencia sin limitación alguna de contenidos. Pero su polivalencia deriva también de la pluralidad de entidades públicas de las que pueden recibir encargos (apartados 2 y 3 de la Disp. Ad. citada).

términos muy limitados puede decirse que asumen riesgos empresariales. Y esta circunstancia se manifiesta en que, desde el punto de vista de la legislación de contratos públicos, los MP reúnen las condiciones para calificarse como poder adjudicador, pues puede afirmarse que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil (art. 3.3.d. LCSP) (107).

No obstante, hay algunas circunstancias que acercan a los MP a las empresas públicas en sentido estricto y no pueden pasarse por alto; circunstancias que los sitúan en un espacio que puede considerarse como intermedio. Son dos concretamente los aspectos a resaltar que conducen a este acercamiento:

a) Desde el punto de vista funcional, las entidades públicas que tienen la condición de MP son estructuras organizativas de carácter puramente ejecutivo que desarrollan actividades del todo análogas a las habituales de las empresas privadas del sector correspondiente. Ejecutan servicios, obras y suministros que podrían ser objeto de contrato público en procedimientos de licitación y ello es lo que explica la problemática que es inherente a la utilización de los MP como opción alternativa a la contratación pública y su minuciosa consideración por la LCSP. No en vano dicha Ley prohíbe expresamente a los MP presentarse a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores respecto de los cuales tengan tal condición (108); prohibición que tiene como premisa implícita su idoneidad para concurrir a tales licitaciones en razón de su objeto social y de los medios de que disponen. Son por tanto proveedores de servicios, obras y suministros de las entidades públicas al margen de los procedimientos contractuales, pero que operan en el mismo terreno en el que desarrollan sus actividades los contratistas de la Administración.

b) Por otro lado, tampoco puede ignorarse la circunstancia de que los MP no solo actúan por encargo de las entidades públicas que los controlan, sino que pueden desarrollar una parte minoritaria de su actividad —inferior al 20% del total— al margen de su condición de MP. Esto es, pueden concurrir a las licitaciones convocadas por poderes adjudicadores distintos de los que ejercen el control sobre los mismos y pueden también actuar para entidades del sector privado; en ambos casos en un marco de concurrencia competitiva con otros

---

(107) Es asimismo significativo el hecho de que, desde el punto de vista de los conceptos que utiliza el Sistema Europeo de Cuentas, los MP se vengán clasificando como «Administraciones Públicas» (Sección 13) y no como «Sociedades no financieras públicas» (Sección 11001), pues no son «productores de mercado» en los términos más atrás apuntados que formula dicho Sistema.

(108) Véase art. 32.2.d LCSP, en el cual se establece que la mencionada prohibición no es óbice para que, en los supuestos en los que se haya convocado una licitación pública y no se haya presentado ningún licitador, se admita el encargo a un MP para la ejecución de la prestación que fue objeto de licitación.

operadores (109). Por tanto, puede afirmarse que, al menos respecto a esta parte secundaria de su actividad que llevan a cabo para otros clientes públicos o privados, constituyen empresas públicas en sentido estricto, dado que operan en mercados competitivos asumiendo el correspondiente riesgo empresarial.

\* \* \*

Estas dos circunstancias sitúan a los MP en un terreno próximo al concepto material de empresa pública. Están sin duda más cerca de las genuinas empresas públicas que otras entidades que forman parte del Sector Público Empresarial o del «patrimonio empresarial» de la Administración cuyo cometido consiste en el desarrollan actividades administrativas de fomento o de gestión de servicios públicos en el sector correspondiente fuera del contexto de los mercados en competencia, como es el caso de la mayor parte de las EPE —a las que se reconoce expresamente la posibilidad de ejercer potestades administrativas (110)—, y de no pocas sociedades públicas.

## V. SOBRE LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS DEL SECTOR PÚBLICO EN EMPRESAS PRIVADAS

Junto a las sociedades mercantiles que son públicas en razón de la titularidad de su capital social —que pertenece a entidades públicas de forma íntegra o mayoritaria— o por estar sujetas a un control ejercido por tales entidades en los términos del art. 42 CCom (111), existen también participaciones públi-

---

(109) Ello plantea una problemática adicional, vinculada a las distorsiones de la competencia que en estos mercados puede derivarse de la participación de los MP, dado que éstos pueden beneficiarse de eventuales «subvenciones cruzadas» (sobrecompensación de los costes asumidos en la ejecución de los encargos recibidos que pueden mejorar su posición competitiva) o de otras ventajas de las que no disfrutaban los demás competidores. Véase sobre esta problemática el análisis que lleva a cabo la CNMC en el documento citado sobre *Encargos a medios propios y convenios*, pp. 22, 37-38 y 46-48, donde se subraya en particular que una remuneración en exceso de los encargos ejecutados por los MP puede constituir una ayuda pública prohibida por el art. 107 TFUE.

(110) Frente al reconocimiento expreso de esta posibilidad de ejercer potestades que se produce en el caso de las EPE (art. 103.1 LRJSP), los MP personificados quedan al margen de la misma, como ha confirmado la jurisprudencia contencioso-administrativa. Véanse en particular las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 (Roj: STS 2812/2020) y de 7 de octubre del mismo año (Roj: STS 3312/2020), que anulaban la delegación *de facto* del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de una Confederación Hidrográfica a favor de un MP de la misma (la sociedad estatal TRAGSATEC).

(111) Dicho precepto define el perímetro de los grupos de sociedades a efectos de determinar la obligación de presentar cuentas anuales consolidadas entre las entidades del grupo: la sociedad dominante y las dependientes de ella directa o indirectamente. Tanto la LPAP (art. 166.1.c) como la LRJSP (art. 111.1) remiten a estos efectos al art. 4 de la ya derogada Ley del Mercado de Valores de 1988, pero en la actualidad dicha remisión hay que reconducirla hacia el citado art. 42 CCom (art. 4 de la vigente Ley de los Mercados de Valores).

cas minoritarias en sociedades privadas. Tales participaciones minoritarias no constituyen obviamente en principio empresas públicas pero sí una modalidad de presencia del Sector Público en la Economía que cuenta con una larga tradición (112) y que tiene en el momento presente unas dimensiones notables.

## 1. El marco legal

La legislación sobre patrimonio de las AAPP acoge en su regulación a tales participaciones minoritarias, sobre la base de incluir los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que poseen las Administraciones entre sus derechos de «dominio privado o patrimoniales» (art. 7.2 LPAP). Dominio privado que se configura, como es bien sabido, como una categoría meramente residual respecto al dominio público, el cual constituye sin duda el concepto nuclear en materia de patrimonios públicos. Y en cuanto integrantes de dicha categoría de dominio privado, la legislación patrimonial sujeta a los títulos representativos del capital en manos de las Administraciones a los principios de eficiencia y economía en su gestión, así como a la rentabilidad de su explotación (art. 8.2 LPAP), sin distinción a estos efectos entre participaciones en sociedades públicas (mayoritarias) o en sociedades privadas (minoritarias).

Por lo que se refiere a la AGE, el Título VI de la LPAP incluye a dichos títulos dentro del concepto de «patrimonio empresarial» al que más atrás nos hemos referido y establece el marco legal aplicable al conjunto de las acciones y participaciones en sociedades mercantiles propiedad del Estado, tanto sociedades públicas (art. 166,1.c LPAP) como sociedades privadas participadas de forma minoritaria (art. 166.3) (113). En particular, aborda lo relativo a la adquisición de los títulos (art. 171), su administración (art. 173) y su enajenación (arts. 174 y 175) (114).

---

(112) Baste subrayar al efecto que una parte de las denominadas *Reales Fábricas* que existieron en España durante el s. XVIII eran sociedades por acciones en cuyo capital el Estado participaba de forma solo minoritaria (J. HELGUERA, «Las Reales Fábricas», en F. COMÍN y P. MARTÍN ACEÑA, *Historia de la empresa pública en España*, Espasa Calpe, 1995, pp. 51 y ss., 65). Asimismo, procede dar cuenta de las no escasas participaciones minoritarias en empresas privadas que tuvo en su momento el Instituto Nacional de Industria, según dio cuenta J. L. VILLAR PALASÍ en el trabajo citado sobre «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», fechado en 1950 (pp. 113-114.)

(113) El título VI de la LPAP no tiene carácter básico y, por tanto, resulta de aplicación a las participaciones sociales pertenecientes a la AGE. Respecto a los títulos societarios pertenecientes a las CCAA, debe estarse a lo dispuesto en la respetiva legislación patrimonial, sin perjuicio de la supletoriedad de la normativa estatal.

(114) Por lo que se refiere a participaciones accionariales cuya titularidad se atribuye a la SEPI, tanto de forma directa como indirecta, deben tenerse en cuenta además las disposiciones contenidas en su Ley de creación (Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de Derecho público), que resultan también de aplicación. Respecto a

En el caso de que las participaciones sociales en mano pública no alcancen la mayoría de la sociedad y no impliquen un control de la misma en los términos del art. 42.1 CCom, estamos ante empresas privadas participadas minoritariamente por el Sector Público; en ningún caso de empresas públicas. En consecuencia, dichas entidades están fuera por completo del perímetro de la noción de Sector Público y de la legislación correspondiente al mismo (de régimen jurídico, de procedimiento común y transparencia, presupuestaria, contractual, de empleo público, etc.) resultando completa la aplicación del Derecho privado, sin perjuicio de que, como se ha apuntado, los títulos representativos del capital que estén en poder de las AAPP formen parte del patrimonio público y estén sujetos a las reglas del mismo, como no podía ser de otra manera.

## **2. Aproximación a la realidad existente en materia de participaciones minoritarias**

Apuntado esquemáticamente el marco legal en vigor, procede preguntarse por la realidad actual de las participaciones minoritarias del Sector Público en empresas privadas y, en particular, por las dimensiones que alcanza esta modalidad de accionariado público en sociedades mercantiles, así como indagar sobre las funciones que a través de ellas desarrolla el Sector Público.

A estos efectos procede considerar los datos que nos suministran los potentes instrumentos de información hoy disponibles (webs institucionales de las entidades tenedoras de acciones —SEPI y otras— y datos sobre participaciones minoritarias que figuran en el INVENTE), los cuales nos permiten comprobar el elevadísimo número de sociedades mercantiles que están participadas minoritariamente por el Sector Público en el momento presente (115), incluyéndose situaciones muy diversas tanto por el sector de la actividad de que se trata y el porcentaje que alcanza la participación pública en cada caso, como por las razones que pueden encontrarse para justificarla.

Atendiendo a este último punto de vista —la finalidad perseguida—, y dejando fuera las participaciones minoritarias en sociedades cuya mayoría corresponde a otras entidades públicas —que constituyen formas de colabora-

---

las participaciones minoritarias en manos de Sociedades Mercantiles Estatales, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LPAP y de su título VI conforme a lo dispuesto por los arts. 2, 166.3 y 167.2 de dicha Ley.

(115) Considerando únicamente el Sector Público Estatal, el INVENTE identifica nada menos que 430 sociedades mercantiles privadas participadas minoritariamente por entidades del Sector público estatal (datos consultados el 15 de julio de 2025). El número total de sociedades participadas es todavía mayor (496), pero 66 de ellas son sociedades públicas en las que el Estado participa minoritariamente, correspondiendo la mayoría de su capital social a otras AAPP.

ción inter-administrativa a través de sociedades *ad hoc*—, podemos distinguir dos grandes grupos de situaciones que son muy diversas entre sí (A y B), a las que todavía habría que añadir un tercer grupo residual de situaciones atípicas (C).

A) *Accionariado público minoritario en empresas privadas de carácter estable*. Sin perjuicio de que deba concurrir alguna razón de interés general que justifique el carácter estable de la participación pública, dichas participaciones quedan sometidas obviamente a los principios de economía y rentabilidad consagrados por la legislación patrimonial para el conjunto del «domino privado» de las AAPP (art. 8.1 LPAP), tanto en su gestión como en su eventual enajenación. Principios que estarán alineados de manera natural con los objetivos perseguidos por los accionistas privados, en cuyas manos está la parte mayoritaria del capital social.

En el ámbito estatal hay supuestos importantes, como es bien sabido, de este tipo de participaciones de carácter estable: Airbus (sector de la construcción aeronáutica, participación del 4,12%), Indra (servicios tecnológicos en materia de defensa y seguridad, gestión del tráfico aéreo y movilidad, 27,99%), Redeia Corporación (antigua Red Eléctrica, dedicada al transporte de electricidad y las telecomunicaciones, 20%), Telefónica (10%) ENAGAS (sector gasista, 5%), Ebrofoods (alimentación, 10,36%), IAG (transporte aéreo, 2,52%), e Hispasat (telecomunicaciones y sector aeroespacial, 7,41%). Empresas todas ellas participadas por la SEPI (116) en los porcentajes indicados que cotizan en Bolsa y que tienen sin duda una gran relevancia por su valor económico (fácilmente determinable, dada su cotización bursátil) y capacidad de generar dividendos, así como por los sectores en los que operan (117).

B) *Participaciones minoritarias en el capital de empresas privadas como forma de apoyo público a las mismas de carácter transitorio*. Se trata claramente de una modalidad de *fomento* de actividades económicas privadas, especialmente en sus fases iniciales y de consolidación y, concretamente, de una modalidad de financiación de las mismas a través de participaciones en su capital social. Una medida de fomento que coexiste con otras formas de apoyo financiero público al crecimiento empresarial, como son la concesión de préstamos en condiciones ventajosas, la suscripción de instrumentos híbridos (obligaciones convertibles en acciones) o los avales públicos.

---

(116) Recuérdese que, a pesar de su denominación (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) la SEPI se configura como entidad de Derecho Público por su Ley de creación (Ley 5/1996, de 10 de enero).

(117) En no pocos casos, se trata de antiguas empresas públicas que fueron objeto en su momento de procesos de privatización o de reestructuración y fusión en las cuales el Estado ha mantenido una participación minoritaria. Las CCAA poseen también participaciones minoritarias estables en empresas privadas, pero su relevancia es sin duda mucho menor.

Este objetivo de fomento empresarial encaja a mi modo de ver plenamente con la finalidad de coadyuvar al desarrollo y ejecución de las políticas públicas que se asigna de modo genérico al dominio privado de las Administraciones (art. 8.2 LPAP) y matiza la aplicación en estos casos de los principios de economía y rentabilidad antes aludidos, sin perjuicio de que se aspire a apoyar solamente los proyectos que sean viables económicamente.

Dentro de este segundo grupo se engloban en realidad la gran mayoría de las participaciones minoritarias del sector público en empresas privadas actualmente existentes. Participaciones que se articulan predominantemente a través de entidades públicas especializadas en el fomento empresarial, las cuales actúan como tenedoras de este tipo de participaciones societarias, que son habitualmente de dimensiones modestas en cuanto al porcentaje accionario y su valor económico.

En el ámbito estatal, es particularmente relevante a este respecto la sociedad Invierte Economía Sostenible (118), pero también operan otras entidades como SEPIDES (Sociedad Estatal de Promoción Industrial y Desarrollo Empresarial) o ENISA (Empresa Nacional de Innovación), así como diversas sociedades y fondos de capital riesgo que participan temporalmente en empresas privadas. Y en el ámbito autonómico, existen asimismo sociedades públicas de desarrollo regional que actúan como tenedoras de participaciones minoritarias en empresas privadas (119).

C) Existen en tercer lugar algunas *situaciones* calificables como *atípicas* o singulares, en la medida en que no encajan claramente en ninguno de los dos grupos considerados.

Entre ellas cabe aludir a las *participaciones en manos del Estado* (a través del FROB) *derivadas de la reestructuración bancaria*. Reestructuración que se llevó a cabo en el marco de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis financiera de 2009-2013 y que en algunos casos conllevó la nacionalización de bancos creados por antiguas Cajas de Ahorro. Este fue el caso en una primera etapa de Bankia y de BMN, que pasaron a estar participados

---

(118) Constituida inicialmente como Sociedad de capital riesgo (2012) es actualmente una Sociedad de Inversión Colectiva de tipo cerrado que pertenece íntegramente al CDTI entre cuyos objetivos se encuentra la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras y de naturaleza no inmobiliaria.

(119) Sirvan como ejemplo al respecto, en el caso de Aragón, la entidad SODIAR (Sociedad de Desarrollo Industrial de Aragón), cuyo socio mayoritario (78,75%) es el Gobierno de Aragón a través de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, y en Navarra, SODENA (Sociedad de Desarrollo Empresarial de Navarra), cuyo accionista único es el Gobierno de Navarra a través de la Corporación Pública Empresarial de la Comunidad Foral. Ambas Sociedades son titulares de participaciones accionariales minoritarias en diversas empresas privadas.

mayoritariamente por el FROB, y luego tan solo de Bankia, que absorbió a la segunda entidad citada. Pero tras la absorción de Bankia por Caixabank (2021) el FROB pasó a ser accionista significativo de esta última entidad pero sin ostentar una mayoría que le permita el control de la misma (120). En principio la legislación aplicable contempla que esta participación pública en el accionariado de Caixabank tenga un carácter transitorio, dado que se ha venido fijando una fecha límite para que el FROB complete su salida de la entidad, pero esta fecha ha sido objeto de prórrogas sucesivas con el objetivo de maximizar, mediante la percepción de dividendos y la venta de las acciones, la recuperación de las aportaciones realizadas en su momento por el Estado a Bankia y a BMN (121).

Distinto es el caso de la SAREB, instrumento peculiar creado en 2012 para gestionar activos inmobiliarios procedentes de las entidades financieras reestructuradas durante la crisis aludida (122), que ha seguido una evolución en cierto modo inversa. Inicialmente se evitó la participación mayoritaria pública, situándose la participación del FROB en un 45,9% del capital social de la entidad, y lográndose, no sin dificultades que no es el caso relatar, que el accionariado fuera mayoritariamente privado y que la entidad quedara fuera del perímetro del sector de las Administraciones Públicas a efectos de disciplina presupuestaria y de cómputo de la deuda pública (123).

No obstante, en el año 2021 el Comité Técnico de Cuentas Nacionales, a la vista de la opinión emitida por la Oficina Europea de Estadística (Eurostat), acordó su reclasificación como Administración Pública a estos efectos por entender que existía un control público de la entidad, pese a no estar la mayoría de su capital en poder del FROB, lo que conllevó la inclusión en el

---

(120) Su participación accionarial alcanza el 18%, siendo el segundo accionista de Caixabank tras la Fundación la Caixa, que ostenta el 31,2% del capital social (datos referidos a 31 de diciembre de 2024).

(121) En el momento presente la fecha límite establecida para la desinversión total es diciembre de 2027, pero dicho plazo ha sido prorrogado hasta en cinco ocasiones, de modo que se ha triplicado ya el plazo inicialmente establecido (art. 31.4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito), que era de cinco años y habría terminado en 2017. Nada impide pensar que puede haber ulteriores ampliaciones de este plazo, pero la presencia del Estado en el accionariado de Caixabank se sigue concibiendo con un carácter transitorio.

(122) De acuerdo con lo establecido en la Disp. Ad. 7ª de la citada Ley 9/2012, de 14 de noviembre y en el RD 1559/2012, de 15 de noviembre, sobre sociedades de gestión de activos.

(123) Se evitaba con ello la consideración como endeudamiento público de los títulos de deuda emitidos por la SAREB y avalados por el Estado —por un importe superior a 50.000 millones de euros— con los que se pagó a las entidades que fueron obligadas a cederle sus activos inmobiliarios.

endeudamiento público de la cuantiosa deuda emitida por la entidad (124). Y como consecuencia de ello, se ha modificado el estatuto jurídico de la SAREB (Real Decreto-Ley 1/2022, de 18 de enero) (125) y el FROB ha aumentado su participación accionarial en la misma hasta un 50,14%. De manera que en el momento presente la participación pública en la SAREB ya no es minoritaria, sino mayoritaria.

Por último, debe apuntarse que la posibilidad de una participación estatal en el capital de empresas privadas no financieras que se abrió, en el contexto de la pandemia COVID, a través del denominado *Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas* gestionado por la SEPI (Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio) no ha llegado a materializarse en la práctica (126).

### 3. Tendencia expansiva

Una vez descrito esquemáticamente el panorama existente, procede subrayar que se aprecia en los últimos años una tendencia expansiva en materia de participaciones minoritarias del Estado. Tendencia que se manifiesta en su creciente presencia en el accionariado de empresas relacionadas con la seguridad y la defensa nacional o que operan en sectores clave para la eco-

---

(124) Véase sobre ello la *Nota informativa* emitida por el Banco de España con fecha 31 de marzo de 2021 explicando la reclasificación de SAREB, en la que se invoca como justificación la ampliación de las formas del control público establecidas a estos efectos en el Sistema Europeo de Cuentas (Reglamento (UE) n° 549/2013). Y adviértase de la amplitud del concepto de control público de sociedades que deriva de lo establecido en el apartado 2.38 del citado Reglamento.

(125) El citado Real Decreto-Ley viene a consagrar legalmente como objetivo de la SAREB su contribución al desarrollo de las políticas de vivienda social «u otras políticas de alto valor social» (apartado I de la Exposición de Motivos) en línea con lo que ya había venido haciendo en la práctica la entidad con anterioridad. Merece la pena subrayar por otro lado que, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 del RD-Ley 1/2022 y hemos indicado más atrás, el FROB no está sometido a las previsiones sobre «patrimonio empresarial» del título VI de la LPAP y que las sociedades controladas por el mismo (como es el caso de la SAREB) no tienen la consideración de sociedades estatales y quedan sometidas «a todos los efectos» al ordenamiento jurídico privado.

(126) En la normativa reguladora de dicho Fondo (Real Decreto-Ley citado y disposiciones complementarias) se contemplaron diversas modalidades de apoyo temporal a las empresas, entre las que se incluyó la suscripción de acciones u otros instrumentos de capital, pero en la práctica no se ha hecho uso de esta posibilidad, dado que las ayudas que se han ido otorgando a diversas empresas han adoptado la forma de préstamos participativos o de préstamos ordinarios sujetos a unas condiciones estrictas en cuanto a requisitos de otorgamiento, remuneración de los préstamos y calendario de devolución; condiciones que se ajustan a las disposiciones aprobadas por la UE. No se ha generado aquí por tanto un accionariado público transitorio de empresas privadas, sino que el Fondo se ha materializado en una línea de financiación pública de las mismas sujeta a un marco específico de regulación y gestión.

nomía nacional, en las cuales se ha producido una entrada de la SEPI en su accionariado o una ampliación de su participación en las mismas.

Es el caso de EPICOM —especializada en soluciones criptográficas para proteger las comunicaciones críticas de las instituciones del Estado— en cuyo capital social la SEPI participa con una cuota del 40% desde 2021 (127), o de las ya mencionadas Indra y Telefónica, que son sin duda empresas muy relevantes. En la primera de ellas el holding estatal fue autorizado a aumentar su participación societaria hasta un 28% (2022), consolidándose como primer accionista de Indra a mucha distancia de los demás, lo que le ha permitido ejercer un claro liderazgo en la empresa (128). Y por lo que se refiere a Telefónica, que estaba en manos enteramente privadas desde finales del pasado siglo, la SEPI ha adquirido recientemente acciones hasta alcanzar un 10% de su capital (2024), lo que le ha permitido posicionarse también como primer accionista e imponer un cambio de rumbo en la compañía a través del fulminante relevo de su Presidente (enero de 2025) (129).

A estas tres operaciones hay que sumar la recentísima aprobación por el Consejo de Ministros (julio de 2025) de la entrada de la SEPI en el capital social de Talgo mediante una inversión de 45 millones de euros en la compra de acciones de nueva emisión —lo que le dará una cota accionarial del 7.87%— a la que se sumará la suscripción de obligaciones convertibles por

---

(127) En dicho año la SEPI adquirió el 40% del capital de EPICOM, cuyo accionista único era hasta ese momento Duro Felguera. El resto del capital están en manos de Indra (cuyo primer accionista es también la SEPI) y del Grupo Oesía, ambos con un 30% del capital social de EPICOM.

(128) Privatizada totalmente a finales de los noventa, la SEPI retomó posiciones accionariales en Indra en el año 2013, adquiriendo un 20,1% de la sociedad en el marco de la reestructuración del Grupo BFA-Bankia. En los últimos años el influjo gubernamental en la andadura de la empresa ha sido notorio, manifestándose en el cambio en su Presidente producido en mayo de 2021, en la ampliación de la participación de la SEPI en el accionariado de la empresa hasta un 28% (2022) y en la renovación del Consejo de Administración producida en junio de 2022. El reforzamiento de la presencia estatal en la empresa se ha justificado oficialmente por la consideración de Indra como una compañía estratégica, especialmente en el ámbito de la seguridad y la defensa.

(129) En este caso fue la entrada de Saudi Telecom en el accionariado de la empresa lo que dio pie a una operación planteada en principio como actuación defensiva de la españolidad de Telefónica, pero que a la postre se ha traducido en la inclusión en la órbita del control gubernamental de una empresa relevante que sigue siendo mayoritariamente privada. Un control gubernamental que se ha visto facilitado no solo por la dispersión de la gran mayoría del capital de Telefónica entre pequeños accionistas sino también por la ostensible capacidad de influjo que el Gobierno tiene sobre otros accionistas significativos como Critería Caixa o BBVA, y que quedó patente con el sorpresivo cambio en la presidencia (cese de J. M. Álvarez-Pallete y nombramiento de M. Murtra) propiciado desde la Oficina Económica de Presidencia del Gobierno en enero de 2025 a través de un procedimiento de ortodoxia más que dudosa desde el punto de vista de los sistemas de buen gobierno corporativo.

valor de 30 millones. Inversiones que se incluyen dentro de una compleja operación negociada a varias bandas y liderada por el Gobierno vasco en la que un «Consortio Inversor» será el primer accionista de la compañía, con un 27,4% de su capital social (130). En el comunicado oficial difundido por la SEPI informando sobre esta decisión —todavía no ejecutada y subordinada al cumplimiento de varias condiciones previas— se destacan los motivos que justifican esta inversión pública en una empresa sin duda emblemática del sector ferroviario en España (131).

En los cuatro casos aludidos se trata de situaciones que encajan claramente en el primer grupo de participaciones minoritarias que hemos considerado —accionariado estable en sociedades privadas— habida cuenta de su explícita vocación de permanencia. Resultando obvio por lo demás que no se trata de meras inversiones patrimoniales concebidas en términos de rentabilidad, sino que su objetivo prioritario declarado no es otro que ejercer un influjo relevante en la andadura de determinadas empresas consideradas como estratégicas o críticas para la seguridad o la economía nacionales (132).

#### 4. Elementos de conexión con la empresa pública

A la vista de todo ello procede concluir que las participaciones minoritarias que hemos considerado no constituyen empresas públicas en ninguna de sus acepciones (ni estricta ni amplia) pero que existe notorios elementos de

---

(130) Este Consorcio está liderado por la empresa siderúrgica vasca Sidenor y forman parte también del mismo las Fundaciones BBK y Caja Vital, así como el Gobierno Vasco.

(131) Véase la nota de prensa hecha pública por la SEPI con fecha 29 de julio de 2025 (*Autorización a SEPI para invertir en Talgo*), en la que se destaca que la empresa es clave para la movilidad ferroviaria en España, con una posición «marcadamente estratégica» en el sector, así como que la operación constituye una «oportunidad favorable de inversión» tras el pertinente apoyo de sendos asesores independientes, financiero y jurídico. También se destaca que la actividad de Talgo es relevante para la «seguridad y defensa nacional».

De la información publicada por los medios de comunicación en los últimos meses se desprende que en la gestación de esta operación han tenido mucho que ver los intentos de inversores extranjeros vinculados al sector (empresas ferroviarias internacionales) por hacerse con el control de Talgo, así como las dificultades financieras de la empresa derivadas de la penalización de 116 millones impuesta por Renfe a Talgo como consecuencia de su retraso en la entrega de los trenes Avril. También se ha informado de la intención de trasladar la sede social de la empresa desde Las Rozas (Madrid) a la provincia de Álava, en la que se encuentra ubicada su principal instalación de fabricación.

(132) En el caso de Talgo, la inversión pública parece tener detrás un análisis serio de la operación; en otros (Telefónica) cabe dudar si el concepto de empresa o sector «estratégico» (muy difuso y maleable, como muestra el contenido de los PERTE aprobados o la lista de empresas financiadas con cargo al «Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas») no es sino una excusa o pretexto para aplicar una lógica de mera expansión de los espacios de poder o influencia gubernamentales.

proximidad y puntos de conexión con las mismas. Al menos en base a tres tipos de consideraciones:

a) Aunque no puedan calificarse como empresas públicas, no dejan de constituir *una vía de participación de los poderes públicos en la Economía* como socios minoritarios de ciertos proyectos empresariales. Esto es, sin entrar en el perímetro de las entidades del Sector público, implican una forma de presencia del mismo en el ejercicio de actividades económicas, que en determinados casos conciernen a sectores particularmente sensibles o relevantes desde el punto de vistas de los intereses generales.

b) Cabe detectar situaciones en cierto modo *fronterizas* o borrosas, dada la amplitud del concepto de control público de empresas que tiende a imponerse y que puede proyectarse sobre entidades de mayoría accionarial privada (133), como sucedió en el caso de la SAREB y puede suceder en alguna de las empresas que hemos mencionado. Y existe también un territorio propicio para los *cambios accionariales*, tanto por la posibilidad de conversión de las participaciones públicas minoritarias en mayoritarias como por la transición inversa; cambios que resultan fácilmente ejecutables sin alterar la naturaleza jurídica de las sociedades participadas.

c) Hay por último otro punto de conexión entre empresas públicas y participaciones minoritarias que viene dado por el hecho de que los títulos representativos del capital en poder de las AAPP quedan sujetos a la legislación patrimonial en vigor —tanto las participaciones mayoritarias como las minoritarias (134)— así como por la circunstancia de que, en no pocas ocasiones, son gestionadas por grandes holdings públicos que agrupan tanto las participaciones mayoritarias en empresas como las minoritarias con vocación de permanencia (135).

---

(133) Más allá de los criterios establecidos por el CCom (art. 42), deben tenerse en cuenta las pautas fijadas por el Sistema Europeo de Cuentas (Reglamento UE 549/2013) para valorar si existe control público de una sociedad a efectos de considerarla «Administración Pública». Al margen de la titularidad de derechos de voto, son «indicadores» a considerar en este sentido, entre otros, que haya disposiciones que autoricen a una Administración a determinar «la política de la sociedad», que haya un control público del nombramiento del personal directivo o que la Administración represente «el grueso de la demanda» que satisface la sociedad (apartado 2.38).

(134) En el caso del Estado, les resulta de aplicación el Título VI de la LPAP siempre que su titular sea una entidad de Derecho Público, como es el caso de la SEPI.

(135) Es el caso por supuesto de la SEPI, pero también de diversas sociedades matrices existentes en el ámbito autonómico como las Corporaciones Empresariales Públicas de Aragón y de Navarra que hemos mencionado.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Recalco a continuación, de la manera más concisa posible, algunos puntos clave que emergen del presente trabajo, a modo de recapitulación conclusiva.

1. Confirmada queda la posibilidad de construir un concepto estricto de empresa pública con los materiales que proporciona nuestro Derecho positivo, que tienen un carácter ciertamente disperso e incorporan cláusulas o formulaciones de alcance general no siempre claras en su significado.

Dicho concepto alcanza a cubrir tan solo a una parte muy minoritaria de las que se vienen calificando como empresas públicas en el sentido amplio de la expresión, pero esta reducción hace que el concepto gane en utilidad en la medida en que designa una realidad marcadamente homogénea en cuanto a la actividad desarrollada —producción de bienes o prestación de servicios susceptibles de ser ofrecidos también por sujetos privados con ánimo de lucro y, por tanto, en competencia con ellos— y en las formas de personificación empleadas —la sociedad mercantil de capital íntegra o mayoritariamente público—.

2. Confirmada queda también la amplitud con la que muy frecuentemente se utiliza la expresión «empresa pública» (u otras de alcance equivalente como «sector público empresarial» o «patrimonio empresarial de la Administración») con un alcance concreto que varía según los contextos pero que se construye sobre la base de pautas puramente formales, esto es, referidas a las formas de personificación utilizadas. Este concepto amplio resulta de menor utilidad habida cuenta de la diversidad de las entidades que incluye, tanto respecto a las características de su actividad —funciones y servicios públicos de muy diversa índole, además de actividades económicas en escenarios competitivos— como de las formas jurídicas utilizadas —no solo sociedades de capital, sino también entidades de Derecho público—.

3. La amplitud de la brecha que separa ambas acepciones del término «empresa pública» determina la diferente ubicación sistemática que en el momento presente ha de darse a cada una de ellas en las exposiciones doctrinales generales del Derecho Administrativo.

La empresa pública en sentido estricto constituye *una categoría o modalidad de la acción administrativa* que debe considerarse entre tales modalidades, si bien es claro que no tiene hoy una posición nuclear entre las formas de la actividad de la Administración, sino que se sitúa en un terreno claramente secundario respecto a la tríada clásica de conceptos (policía, fomento y servicio público) que siguen ofreciendo cobertura a una gran parte de las variadísimas actividades que llevan a cabo las AAPP (136). En cambio, el estudio de la

---

(136) En modo alguno puede sostenerse que la visión de la «gestión económica de la Administración» que expuso en su día VILLAR PALASÍ como una cuarta forma o modalidad de la

empresa pública en sentido amplio debe ubicarse en el terreno de *la organización administrativa* y, más en concreto, en el de *las entidades instrumentales del Sector Público*, habida cuenta de que la amplitud y diversidad de los cometidos que desarrollan las numerosas entidades que forman parte del sector público empresarial entendido en sentido amplio no permite identificar un contenido funcional concreto que pudiera caracterizar a tales entidades.

4. Perfiladas ambas nociones, y remarcada la distancia que media entre ellas, pueden identificarse adicionalmente situaciones que guardan cierta afinidad o proximidad respecto al concepto estricto de empresa pública, pero sin llegar a entrar en el perímetro que delimita dicho concepto. Es el caso de los denominados «Medios Propios personificados» —que presentan ciertos elementos de similitud con las empresas públicas en sentido estricto, en los términos que han quedado expuestos—, así como también de determinadas participaciones minoritarias del sector público en empresas privadas. Participaciones que pueden ser significativas y propiciar una cierta influencia por parte del Sector Público sin llegar a ser «dominante» de las empresas participadas (en cuyo caso pasarían a integrarse en el Sector Público), lo cual abre obviamente la posibilidad de situaciones fronterizas y susceptibles de evolucionar en un sentido o en otro.

5. Queda igualmente evidenciado el desencaje que se produce entre lo que es en la actualidad el ámbito de cobertura de las Sociedades mercantiles públicas y el concepto de empresas públicas en sentido estricto. Las Sociedades mercantiles públicas constituyen hoy una forma jurídica de utilización muy polivalente, que sirve habitualmente como marco para el ejercicio de funciones o tareas específicas por cuenta de la Administración matriz de carácter no propiamente económico, esto es, fuera de los mercados en competencia. Lo cual explica que su régimen jurídico se haya ido administrativizando progresivamente hasta configurar un estatuto jurídico notoriamente diferente del aplicable a las Sociedades mercantiles no públicas. Un estatuto jurídico en relación con el cual se plantean hoy, de manera sorprendente, fundadas dudas sobre su adecuación para el ejercicio de actividades económicas por las Administraciones públicas.

---

acción administrativa se corresponda con la realidad institucional actual. Y ello con independencia de que la lectura del brillante trabajo en el que expuso dicha visión siga resultando valiosa como teorización construida a partir de los planteamientos político-ideológicos y la legislación positiva vigentes en su momento.

## VII. ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AAPP Administraciones Públicas
- AGE Administración General del Estado
- BMN Banco Mare Nostrum
- CCom Código de Comercio
- CDTI Centro para el Desarrollo Tecnológico y la Innovación
- CNMC Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- CP Código Penal
- EBEP Estatuto Básico del Empleado Público
- EPE Entidad Pública Empresarial
- FROB Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
- FSP Fundación del Sector Público
- IGAE Intervención General de la Administración del Estado
- INI Instituto Nacional de Industria
- INVENTE Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local
- LBRL Ley reguladora de las Bases del Régimen Local
- LCSP Ley de Contratos del Sector Público
- LGP Ley General Presupuestaria
- LGSub Ley General de Subvenciones
- IJCA Ley regladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- LPAC Ley de Procedimiento Administrativo Común
- LPAP Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
- LOEPSF Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
- LOFAGE Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- LRJSP Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
- LTGB Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
- MP Medio Propio
- OA Organismo Autónomo
- OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- OIRESCON Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- RAP Revista de Administración Pública
- Roj Repertorio oficial de Jurisprudencia

- SME Sociedad Mercantil Estatal
- SPA Sector Público Administrativo
- SPE Sector Público Empresarial
- SPF Sector Público Fundacional
- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G.: «La empresa pública», en el vol. col. dirigido por F. Garrido Falla, *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 9-231.
- BAUCELLS LLADÓS, J.: «Las empresas del sector público empresarial responsables penalmente», *Estudios penales y criminológicos* 42, 20, 22.
- BEL, G. y A. COSTAS, «La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política», *Revista de Historia Industrial*, nº 19-20, 2001, pp. 105 y ss.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: «Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa», *Documentación Administrativa* nº 246-247.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿Realidad o ficción?», *RAP* 203 (2017).
- COSCULLUELA MONTANER, L. y M. LÓPEZ BENÍTEZ: *Derecho Público Económico*, 3ª ed. Iustel, 2009.
- CUERVO GARCÍA, A.: «La empresa pública entre 1978 y 2003. De la justificación a la privatización», *Economía industrial*, nº 349-350, 2003.
- FERNÁNDEZ FARRERES, F.: «Administraciones instrumentales», en el vol. col. dirigido por F. SAINZ MORENO, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, pp. 341 y ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Civitas, 2015.
- FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, 2007.
- «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP* 206 (2018).
  - «Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas: claroscuros, sombras y negruras», *RAP* 226 (2025).

- GIMENO FELIÚ, J. M.: *Hacia una buena administración desde la contratación pública*, Marcial Pons, 2024.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El Derecho Administrativo y la gestión pública» en el *Anuario del buen gobierno y de la calidad en la regulación*, 2021, pp. 63 y ss.
- «Derogación de los artículos 321 y 322 de la Ley de Contratos del Sector Público: una propuesta», en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de febrero de 2022.
- «Sociedades Estatales: un régimen inadecuado para la empresa pública», en el blog *globalpoliticsandlaw*, 14 de noviembre de 2023.
- HELGUERA, J.: «Las Reales Fábricas», en F. Comín y P. Martín Aceña, *Historia de la empresa pública en España*, Espasa Calpe, 1995, pp. 51 y ss.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Derecho Administrativo Económico*, Civitas, 1º ed. 2016.
- MARTÍN MATEO, R.: *Ordenación del sector público en España*, Civitas, 1973.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1988.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.
- ORTEGA ALMÓN, M. A. y M. A. SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ: «El sector público empresarial dependiente de las Comunidades Autónomas: un análisis comparativo», *Revista de Gestión Pública y Privada*, 7, 2002, pp. 169 y ss.
- ORTEGA BERNARDO, J.: «Servicios públicos e iniciativa económica local» en el vol. col. dirigido por F. Velasco Caballero, *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, 2017.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.: *La lucha contra el soborno transnacional en la contratación pública. Sobre la aplicación en España de la Convención de la OCDE*, en J. M. Gimeno Feliú – C. De Guerrero Manso (dirs.), *Observatorio de los contratos públicos 2020*, Aranzadi, 2021, pp. 351 y ss.
- REBOLLO PUIG, M.: «Acciones de competencia desleal contra la actividad pública empresarial», *RAP* 210 (2019), pp. 139 y ss.
- RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, 2013.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L.: «La iniciativa económica pública», en vol. col. dirigido por P. Menéndez y A. Ezquerro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Civitas, 2º ed., 2021, pp. 745 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo I*, Iustel, 2º ed., 2009.
- SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las empresas locales», en F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, 2017.
- VILLAR PALASÍ J. L.: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, *RAP* nº 3 (1950).