

NOTAS SOBRE LAS SOCIEDADES DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTES TERRESTRES

JULIO GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER Díez, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Extracto:

DESDE 1996 se ha plasmado un procedimiento original en el Derecho español de construcción de infraestructuras públicas que parte de la utilización de instrumentos de Derecho privado, concretamente, sociedades mercantiles. En este artículo se analiza el régimen mixto que tienen las entidades y los motivos que justifican el recurso a dicho procedimiento.

Palabras clave: obras públicas, sociedades estatales, contratación administrativa, auditoría.

NOTES ON SOCIETIES LAND TRANSPORT INFRASTRUCTURE

JULIO GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER Díez, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Abstract:

SINCE 1996 it has captured an original in Spanish law to build public infrastructure of the use of private law instruments, namely corporations. This article analyzes the mixed system with the entities and the reasons justifying the use of this procedure.

Keywords: public works, state companies, administrative contracts, audit.

Sumario

1. Problemas actuales de la construcción de infraestructuras públicas.
2. Dos impulsos antagónicos del Derecho comunitario.
3. Jurisprudencia comunitaria sobre prestaciones *in house*: una visión distorsionada del Derecho de la competencia.
4. La privatización de los modos de ejecutar infraestructuras como solución. En particular las sociedades estatales de obras públicas.
5. Régimen general de los «medios propios y servicios técnicos» de la Administración.
6. Régimen de constitución de estas sociedades. En especial la función de la ley en el acto de creación y el contenido de la autorización del Consejo de Ministros.
7. Las relaciones entre la Administración matriz y la sociedad instrumental.
8. Régimen de la contratación de estas sociedades.
9. Aspectos de los presupuestos de las sociedades estatales de obras.
10. Financiación de las sociedades estatales.
11. Financiación no derivada de la Administración matriz, sino en colaboración con usuarios y otras Administraciones públicas. Posible proyección de las sociedades de obras hidráulicas.
12. Estabilidad presupuestaria y sociedades estatales de obras públicas.
13. Instrumentos de control y dirección por parte de la Administración matriz: la tutela de la Administración matriz.
14. Control económico-financiero.
15. El control por parte del Tribunal de Cuentas.
16. El ejemplo final del sistema de sociedades estatales para obras públicas: el grupo AENA.
 - 16.1. Ruptura del binomio obra pública-dominio público.
 - 16.2. Apuntes sobre las peculiaridades patrimoniales de AENA.
 - 16.3. Contratación privada y concesiones.
17. Consideraciones finales.

1. PROBLEMAS ACTUALES DE LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

Uno de los problemas que se ven de forma más apremiante por parte de las sociedades contemporáneas es el de disponer de infraestructuras que satisfagan las necesidades que se han generado. En este hecho concurren diversos elementos que pasan por la obsolescencia de las construidas en los años cincuenta y sesenta; un modelo de desarrollo económico que, en colisión grave con la protección del medio ambiente y la propia sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas, precisa un número superior para superar los numerosos cuellos de botella que se producen en algunos de ellos, como las infraestructuras de transporte; o el hecho de que para el comercio global de bienes y servicios representan un factor que determina la competitividad de cada una de las economías, pasando por el propio desarrollo económico, lo cual se puede complementar con las exigencias complementarias de calidad que están presentando los ciudadanos ante las autoridades públicas. A ello habría que añadir el elemento de modernidad que se presupone en la construcción de nuevas obras públicas, que engulle en ocasiones el debate sobre la conveniencia o no de su ejecución, tal como ha ocurrido en la capital del Estado. Se podrían alegar más razones pero no parece necesario.

En respuesta a esta necesidad colectiva podrían aparecer diversas respuestas. Unas, más respetuosas con el medio ambiente, supondría la utilización de medios colectivos de transporte a fin de evitar la emisión a la atmósfera de gases de efecto invernadero. No ha sido esta la solución propugnada y las autoridades comunitarias han recogido el guante y de forma reiterada en los últimos años han recordado la conveniencia de construir nuevas infraestructuras que pudieran resultar suficientes para atender a las necesidades sociales. Así, en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas en marzo de 2005, se señaló, que «de forma general, las inversiones en infraestructuras favorecerán el crecimiento e implicarán una mayor convergencia en los planos económico, social y medioambiental. En el marco de la iniciativa de crecimiento y los programas de puesta en práctica inmediata, el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado». Se trata de un planteamiento que se encuentra, en nuestro país, en el Programa Nacional de Reformas aprobado por el Consejo de Ministros en el otoño de 2005 es la plasmación de la denominada Estrategia de Lisboa en la cual se incide en el papel que tiene la provisión de infraestructuras públicas para el desarrollo económico y social y dentro del cual se estructuran el Plan Estratégico de Infraestructu-

ras del Transporte (PEIT), el Plan Nacional de Regadíos y el Plan de Actuaciones para la Gestión y Utilización del Agua (AGUA), que precisamente tienden a incidir en las mejoras de las infraestructuras de transporte y las que se requieren para un aprovechamiento más racional del agua.

Si en años pasados se intentó incentivar la construcción de infraestructuras, sigue considerándose una exigencia en determinados ámbitos, como lo prueban las partidas previstas para algunas líneas de Alta Velocidad previstas en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2013. Con mayor o menor intensidad, la solución, por tanto, ha sido abordar el proceso de construcción para que se dispongan de infraestructuras suficientes para mejorar la competitividad de la economía, intentando limitar el impacto de las actividades económicas sobre el medio ambiente y aumentar, en consecuencia, los niveles de bienestar social. El problema, lo que hace especialmente complejo el momento actual, radica en que como consecuencia del objetivo de la estabilidad presupuestaria no se puede recurrir de forma única a los mecanismos tradicionales, básicamente el contrato de obra pública, para la construcción de infraestructuras en la medida en que supone que computa a los efectos del déficit público, cuyos límites están formalmente determinados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Tanto es así que las propias autoridades comunitarias han efectuado un llamamiento a que se produzca una renovación del ordenamiento, ya que «son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de "público" con el fin de fomentar esta tendencia a nivel comunitario»¹.

Fruto de la coyuntura que se ha expuesto, se han diversificado las formas de provisión de infraestructuras por parte de las Administraciones públicas, en un proceso que ha combinado innovación y recuperación de formas tradicionales². De este modo, se han impulsado técnicas antiguas, como puede ser la de la concesión de obra pública y, al mismo tiempo, se ha dado carta de naturaleza al denominado contrato de colaboración público-privado que, realmente constituye, parafraseando el título de una novela de Julio CORTÁZAR, un *modelo para armar*, un mecanismo abierto para que, en función de las necesidades públicas y las posibilidades de satisfacerlas por parte de los particulares se organice una relación contractual compleja pero que, además, suele tener la peculiaridad de no computar para el déficit público³.

¹ Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje

² Así, véase la obra colectiva coordinada por RUIZ OJEDA, A., *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Coedición de la Fundación Diálogos y la Editorial Civitas, Madrid (1997) o la obra también colectiva dirigida por ROMERO ÁLVAREZ, F.J., *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Coedición de la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Editorial Civitas, Madrid (1999) y la de Ariño & Almuoguer, Abogados (Editores), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Coedición de la REDETI y la Editorial Montecorvo, Madrid (2001), VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obra pública. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas (2006) y HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», en la obra colectiva que coordinó *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch (2005), págs. 695 y ss., y, más recientemente, «Construcción, gestión y financiación de infraestructuras de interés general», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Diccionario de Derecho de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid (2007).

³ Sobre los aspectos generales de este contrato puede consultarse CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140 (octubre-diciembre 2008), págs. 653 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132 (octubre-diciembre 2006), págs. 609 y ss.; y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «El contrato de colaboración público-privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 170 (mayo-

Más allá de la aparición de estas figuras novedosas, incluso los modelos más tradicionales han adicionado un clausulado que complica la relación porque ha de proporcionarse una respuesta adecuada que satisfaga el interés del particular, el interés general manifestado en la construcción de la infraestructura y además no computar para el déficit público. Se trataría, por así decirlo, de la utilización por parte de los entes públicos de la ingeniería jurídico-financiera y la contabilidad de diseño para lograr esa aparente cuadratura del círculo, que constituiría el que se construyan infraestructuras y, al mismo tiempo, que no computen para el déficit público.

Así, se ha recurrido tanto a sociedades instrumentales como a entidades de Derecho público sometidas al ordenamiento jurídico-privado –pueden servir como ejemplo los casos del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, las Autoridades Portuarias o del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y que, además, constituye el modelo que más se han desarrollado hasta ahora en el ámbito autonómico⁴– con sociedades mercantiles privadas a las cuales en un primer momento se le encomendaron solo actuaciones de gestión de obras públicas y en otros casos unas competencias más integrales en el desarrollo del proceso –como sería el supuesto previsto para la Administración estatal de la construcción y/o explotación de carreteras públicas y obras hidráulicas⁵–. Incluso, en los últimos tiempos se ha dado un paso más y se ha buscado la participación privada en el capital, como ocurre con Metropolitano de Tenerife, SA, participada mayoritariamente por el Cabildo Insular de Tenerife o Madrid Calle 30, SA⁶, sociedad dependiente del Ayuntamiento de Madrid.

2. DOS IMPULSOS ANTAGÓNICOS DEL DERECHO COMUNITARIO

Pero todos estos procedimientos de construcción de infraestructuras en el ámbito europeo atraviesan un momento complejo. Hay una necesidad creciente de ellas, tal como han puesto de manifiesto las autoridades comunitarias y la propia ciudadanía reclama cada vez más y mejores en todos los ámbitos, ya sean las de uso general, ya las necesarias para la prestación de servicios. Y sin embargo, nos movemos con un criterio restrictivo de naturaleza económica: se están produciendo rebajas en la presión fiscal –preferentemente a las rentas más altas y a las rentas de capital, con los problemas distributivos que ello provoca– y, se han establecido elementos de tope de gasto público, en aplicación del principio de estabilidad presupuestaria. Con lo cual, en principio, las posibilidades que existen de construir obras públicas son menores de acuerdo con los procedimientos tradicionales. En efecto, el diseño actual es consecuencia directa de los elementos que está exigiendo Eurostat para

agosto 2006), págs. 7 y ss y, sobre todo, *Colaboración público privada e infraestructuras de transporte*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2010). Resulta, asimismo, conveniente la consulta de DIPACE, R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè (2006).

⁴ Como ejemplos de estas entidades en el ámbito de las Comunidades autónomas se podrían citar GEDESMA, MINTRA y ARPEGIO en la Comunidad de Madrid, GISA en Cataluña, GIASA y EGMASA en Andalucía, GICALSA en Castilla y León, GISVEXSA, en Extremadura.

⁵ Creadas ambas al amparo del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁶ Sobre esta sociedad, véase BRAVO RIVERA, J. y ALFARO GRANDE, J. «El sistema de financiación de la nueva M-30. La empresa Madrid Calle 30», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3.452 (2005).

lograr la desconsolidación, ya que, como se ha señalado por la doctrina, «es cosa bien sabida que si en algo son expertos en la Comisión Europea es precisamente en no dejarse confundir con la heterogeneidad de formas y técnicas de cobertura que son tradicionales de los diferentes Estados o que estos crean con los más diversos fines»⁷. La cuestión es, en este sentido, cómo se organiza el modelo para que resulte factible y que no nos encontremos con situaciones como la de MINTRA en relación con la construcción del Metrosur, que tantos quebraderos de cabeza ha ocasionado a la Comunidad de Madrid⁸. De hecho, «la evolución que se observa en los criterios de Eurostat que son cada vez más detallados y acotan mejor el perfil de las entidades a incluir en el sector Administraciones públicas, pone de manifiesto la dificultad creciente de ensayar fórmulas creativas para soslayar los límites de déficit y endeudamiento impuestos por Maastricht, por lo que la constitución de sociedades mandatarias se deberá justificar en el futuro principalmente por razones de eficacia y eficiencia en la gestión»⁹.

El principio de estabilidad presupuestaria¹⁰ tiene su origen, como es conocido, en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que impide que los Estados alcancen déficit público excesivo. Tanto es así, que la adición del *Crecimiento* al nombre del pacto –demanda del presidente socialista francés Lionel JOSPIN– no fue acompañado de ningún instrumento para su materialización. Desde un punto de vista económico, la estabilidad se manifiesta en un cómputo de las denominadas *necesidades de financiación* de acuerdo a complejos parámetros contables¹¹. En todo caso, esto se manifiesta en que no se puede superar el 3 por 100 del producto interior bruto (PIB) o que la deuda pública no supere el 60 por 100 del mismo PIB. Ahora bien, las propias autoridades comunitarias han sido conscientes de que un control exhaustivo de este déficit colapsaría las posibilidades de actuación de los poderes públicos y con ello el interés general se resentiría.

⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?», *Revista de Administración Pública* núm. 144 (septiembre-diciembre 1997), pág. 73.

⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., «Hacia la construcción de un "Derecho administrativo financiable". Crónica del caso MINTRA», *Revista de Administración Pública*, núm. 167 (2005), págs. 369-402.

⁹ PINA, V. y TORRES, L., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, AECA, 2003, pág. 44.

¹⁰ Sobre el principio de estabilidad presupuestaria y obras públicas, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

¹¹ El paso complementario que exige Eurostat tiene una parte formal, que tenga autonomía y contabilidad separada, y una parte material, que tenga comportamiento de mercado y que asuma los riesgos de las operaciones económicas, lo que exige comprobar que el 50 por 100 de los costes de producción son sufragados por el 50 por 100 de las ventas y, además, que se asumen los riesgos por parte de la sociedad de la operación; que consistirían en el riesgo de construcción y, dependiendo del tipo de infraestructura, de los riesgos de demanda o de disponibilidad. Esto afecta, asimismo, al modo en que se financian las obras por parte de la Administración matriz a la sociedad instrumental. No se abona la infraestructura directamente sino que, para la parte dependiente de los fondos de la Administración General del Estado, se realizan transferencias de fondos de los entes públicos de los que dependen constituyen el mecanismo de abono indirecto de infraestructuras, en la medida en que las transferencias públicas tienen el destino de constituir los fondos propios de la sociedad, lo cual, de acuerdo con la doctrina de Eurostat, elimina las posibilidades de consolidación. No sería, por tanto, un problema de que la financiación sea o no presupuestaria, sino de cómo se materializa, esto es, afecta a la partida presupuestaria de la que procede y a la finalidad que tiene. Y con ello, paralelamente, se está produciendo el desplazamiento del pago al contratista por la ejecución de la obra, que es realizado por parte de la sociedad estatal. Lo cual también ha de resultar complementado con la asunción por parte de la sociedad, por lo menos formalmente, de los riesgos del contrato con el contratista que ejecuta las obras, tanto el de construcción –es ella la que paga los costes con cargo a sus fondos propios o a los demás que recauda– y los de explotación –en su doble vertiente, ya que la Administración no paga más de lo que está en el convenio–.

La Comisión Europea, a través de su oficina estadística Eurostat, ha abierto un conjunto de opciones para evitar que el coste de construcción consolide en el déficit público. Uno de ellos es precisamente la constitución de entidades separadas de la Administración que tengan comportamiento de mercado, esto es, que realicen las actividades con un coste comparable al de las empresas privadas y tengan la opción de abrir su cartera de clientes; por un lado; y siempre que asuman el riesgo económico de la construcción y de la explotación o la disponibilidad –en función de la naturaleza de la obra– podrían desconsolidar. No es una operación sencilla pero abierta está esta posibilidad después de la decisión de la sociedad mercantil del Gobierno federal austriaco BIG. Y precisamente por ello, ha aumentado el número de entidades de esta naturaleza. Las consecuencias de este proceso son fáciles de percibir: uso de la ingeniería jurídico-financiera y de la contabilidad de diseño por parte de los entes públicos para conseguir la desconsolidación; con los riesgos que tiene, como se demostró en el caso de la construcción por parte de la Comunidad Autónoma de Madrid del Metrosur, a través de una entidad instrumental, MINTRA.

Al mismo tiempo que esto ocurría la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido cada vez más restrictiva a la hora de admitir la utilización de los medios propios, como es conocido. Sobre ello volveré más adelante. Los entes públicos se encuentran en una situación paradójica: ante una necesidad pública ineludible no pueden aumentar el endeudamiento salvo que modifiquen la partida presupuestaria a la que recurren, para lo cual precisan constituir entidades separadas. Es la solución del Derecho comunitario. Pero al mismo el propio Derecho comunitario, hablando por la voz del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) le exige requisitos inasumibles desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria. Y mientras el fin público sin cubrirse, salvo que se recurra a procedimientos de privatización, que claramente no son los más adecuados por múltiples razones de naturaleza política, jurídica, social y económica.

3. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PRESTACIONES *IN HOUSE*: UNA VISIÓN DISTORSIONADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La jurisprudencia del TJCE sobre los contratos *in house*¹² procede básicamente de la Sentencia Teckal y se puede articular sobre los siguientes puntos básicos: no nos encontraremos ante un contrato en el sentido de la Directiva «en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

Con ello, en mi opinión, el TJCE realiza en lo que se puede considerar una visión distorsionada del Derecho de la competencia, que afecta de forma privatizadora al Estado. El fenómeno de la utilización de entidades instrumentales para la provisión de infraestructuras siempre se ha considerado un fenómeno normal, en la medida en que supone una mera opción de organización adminis-

¹² Sobre el régimen general de los contratos *in house* se puede ver mi estudio «Notas sobre el régimen de las prestaciones *in house* en el Derecho Español», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 6, 2009, págs. 155-174.

trativa, en donde juega la eficacia y la eficiencia de la medida de separar de la Administración matriz un determinado servicio y pasar a configurar una entidad separada.

De hecho, cuando se examina con algún detenimiento cuál es el régimen de las relaciones entre la Administración matriz y su entidad instrumental se verá que son muy parecidas a aquellas que se dan dentro del propio aparato administrativo. Introduce un elemento de cierta incoherencia en el sentido de que no se pueda recurrir a entidades propias porque presten un servicio para terceros, como se vio en el caso de CORREOS¹³. Supone, además, un desapoderamiento administrativo, en la medida en que obliga a abrir mercados y, por consiguiente, a disminuir las posibilidades de dirección y control por parte de la Administración matriz. Ocasiona un empobrecimiento administrativo por las transferencias de fondos que se producen fuera del sector público a pesar de disponer de instrumentos públicos suficientes para realizar la prestación. Dificulta, como demostró el caso TRAGSA las posibilidades de cooperación y colaboración interadministrativa, en materias de competencias concurrentes o de competencias de uno solo de los actores; lo cual tampoco parece razonable ya que es una materia pública con lo que solo se cuestiona, en el fondo, el modo de distribución territorial del poder.

Y todo ello sin que se alcancen de ver ventajas que reporta al interés general. Porque cuando se analiza este interés, la apertura a la competencia es un factor que ha de ser ponderado junto con otros, que en ocasiones pueden o deben tener un peso superior a la hora de analizar el modo en que se ha de realizar. Además, el TJCE está imponiendo estas obligaciones al sector público, cuando para el sector privado no están recogidas, lo cual parece un comportamiento injustificadamente discriminatorio para el sector público, como han señalado en España SOSA y FUERTES¹⁴. Incluso que posible afirmar, tal como afirma REBOLLO, es una conclusión «de sentido común» que «la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque estos medios estén personificados»¹⁵. Porque aquí no podemos olvidar que todo queda en manos públicas.

Cuestión distinta es que se estén realizando en cada uno de los convenios que se firmen entre Administraciones públicas y sociedades instrumentales prácticas anticompetitivas que pueden y deben ser sancionadas en defensa del mercado. Pero es un problema diferente, ya que lo que denota la jurisprudencia comunitaria es que este comportamiento anticompetitivo existe siempre, lo cual no es cierto.

4. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS MODOS DE EJECUTAR INFRAESTRUCTURAS COMO SOLUCIÓN. EN PARTICULAR LAS SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS PÚBLICAS

La respuesta fundamental al interrogante anterior se ha planteado por parte de los entes públicos a través de un proceso de privatización de los procedimientos de creación y explotación de

¹³ Sobre esta sentencia puede verse GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26 (abril-junio 2008), págs. 193-209.

¹⁴ SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», *Revista LA LEY*.

¹⁵ REBOLLO PUIG, M., «Los entes...», *op. cit.*, pág. 379.

infraestructuras públicas. Se trata de una solución que, obviamente, convive con los mecanismos tradicionales de ejecución de las obras públicas. En general, podemos hablar de que el proceso de privatización se ha manifestado básicamente en diversos ámbitos. Por un lado, aquellos supuestos de privatización que se han efectuado para dar mayor participación a los particulares y aquel otro que ha supuesto una privatización del régimen jurídico. E incluso, hay un último cambio, especialmente perceptible en nuestro país, que es el del modelo retributivo, que está yendo, por impulso comunitario, en una dirección de recuperación de costes por parte de los usuarios.

La última vertiente de la privatización es la que afecta a la utilización del Derecho privado, que es lo que realmente se ve afectado por la constitución de sociedades mercantiles. El proceso, sin embargo, resulta paradójico. Paradójico porque, por un lado, se pretende alcanzar la flexibilidad del ordenamiento jurídico-privado –básicamente para aumentar la competitividad de la Administración respectiva– pero, por otro lado, nunca puede ser total y el régimen que ha de aplicar es, como mucho, mixto, en la medida en que la actividad que van a desempeñar es materialmente administrativa ha de publicar aspectos de su régimen jurídico, como ha ocurrido, muy gráficamente, en relación con el sometimiento a la normativa de contratación pública. Nos encontramos, de este modo, en un conflicto general entre lo público y lo privado.

Posiblemente, el ejemplo que mejor sintetiza todo lo anterior es el de las sociedades estatales de obras públicas. Como se recordará, en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se constituyó un procedimiento novedoso para la construcción de infraestructuras públicas. En dicho precepto se habilitó al Gobierno para la constitución de una o más sociedades para la gestión y explotación de carreteras y de obras hidráulicas. Dos años después, se amplió el modelo para la ejecución de obras e infraestructuras de modernización y consolidación de regadíos. Y en el año 2004 se amplió el objeto social de la sociedad de carreteras para la ejecución de infraestructuras ferroviarias.

Con este modelo se constituye un modo diferente de construcción y explotación de obras públicas: el conocido como modelo español de provisión de infraestructuras que se instituye a través de una figura especial, la sociedad estatal, a la que se encomienda, en las condiciones que veremos con posterioridad, la gestión del proceso. Se trata del mecanismo a través del cual se pretende conseguir básicamente tres cosas: aumentar la eficacia de la Administración en esta materia, resultar más eficiente y mejorar el efecto de la construcción de infraestructuras sobre la estabilidad presupuestaria. Tales son los motivos que aparecen, por ejemplo, en el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la creación de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de los Transportes Terrestres. En él se señala expresamente lo siguiente: «La consecución del objetivo de proporcionar una red de infraestructuras debe procurarse teniendo presente, en especial, el principio de eficacia en la actuación de la Administración y de las entidades dependientes de la misma. Existen antecedentes de gestores públicos de infraestructuras que han aplicado métodos de gestión eficientes en un contexto público. La agilidad de que se ha caracterizado el funcionamiento de estos gestores públicos ha contribuido a la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de plazo, precio y calidad en las obras ejecutadas. Con este fin, junto con el de optimizar los limitados recursos presupuestarios disponibles para la construcción y explotación de infraestructuras en el transporte y construir así a la consecución del

objetivo de estabilidad presupuestaria se crea la sociedad mercantil estatal "Sociedad de Infraestructuras de Transporte Terrestre"»).

En todo caso, hay que matizar el impacto de eficacia y eficiencia. Eficacia que se manifiesta básicamente en una celeridad por parte de las sociedades estatales mayor que la que desarrollarían los entes públicos. Este aspecto de la eficacia nos va a conducir a dos apartados de la actividad de las sociedades estatales: cómo se desarrolla la contratación administrativa y cómo se efectúa la gestión presupuestaria de la obra.

Desde el primer punto de vista, la respuesta proporcionada habría que matizarla, dado que aunque no sean formalmente una Administración pública, tienen todos los elementos de los poderes adjudicadores que se configuran en las directivas comunitarias. La jurisprudencia del TJCE ha ido delimitando el concepto de poder adjudicador de tal manera que ha eliminado todos aquellos supuestos en los que la utilización de una figura instrumental por parte de las Administraciones públicas había posibilitado la no aplicación de las Directivas sobre contratación pública. De hecho, nuestro país ha sido condenado en repetidas ocasiones por el mismo Tribunal de Justicia como consecuencia de configurar sociedades con la finalidad de eludir dicha normativa pública, la Sociedad Estatal de Infraestructuras Penitenciarias, SA, entre ellas, que mereció la Sentencia de 16 de octubre de 2003, precisamente por incumplir el régimen comunitario de adjudicación de los contratos.

Desde este punto de vista no debería haber diferencias en cuanto a la eficacia administrativa por recurrir a las sociedades estatales por comparación a efectuarlo a través de un órgano administrativo, ya que, teóricamente, la normativa que tendrían que aplicar sería similar. Incluso se podría pensar si la convivencia de Ministerio y sociedad, con facultades compartidas –en función de lo que señale el convenio de gestión directa de las obras– no puede provocar dificultades de desenvolvimiento del proceso de contratación de infraestructuras. Tomando de nuevo como ejemplo uno de los convenios de gestión directa de estas obras, observamos que el procedimiento de contratación no se puede iniciar antes de que el Ministerio haya aprobado los correspondientes proyectos y los ponga a disposición de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITT); la dirección facultativa de obra se efectuará por técnicos designados por el Ministerio y la recepción de las obras ha de ser aprobada por las personas que haya determinado el Ministerio. Por muy fluida que sea la comunicación entre ambas, que lo es, la mera presencia de estos dos sujetos puede producir cierta distorsión.

El régimen de los contratos de estas sociedades que hace la Ley de Contratos del Sector Público resulta, en este sentido problemático. La separación que efectúa entre contratos sometidos a regulación armonizada y no armonizada –partiendo de los umbrales comunitarios en los contratos– y el grado de aplicabilidad de la futura ley a las sociedades estatales repercutirá en el sometimiento a la regulación armonizada. En efecto, para las sociedades estatales solo habrá que someter el régimen más estricto de la ley a los contratos armonizados, que para el supuesto del contrato de obras –que es el más importante de los que suscriben estas sociedades– están sujetos a regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros, tal como dispone el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante). Téngase en cuenta que con este importe, el impacto de la separación entre los dos tipos de contratos variará en

función de la sociedad. Tomando como punto de referencia el pasado otoño, todos los contratos de la SEITT entrarían en el umbral superior, pero solo la mitad, más o menos, de los de las sociedades de aguas estarían sujetos a regulación armonizada.

El régimen de los *contratos no armonizados* está previsto en el artículo 191 del TRLCSP, en virtud del cual, estos contratos están sometidos a unos principios que deberán ser desarrollados con posterioridad en unas normas que apruebe cada entidad. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero, «la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación». Las normas especiales que deberán ser aprobadas por cada entidad, tal como prevé el apartado segundo del precepto, son «de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad».

La realidad es que el conjunto de los principios de la ley, existiendo siempre la obligación de que se aprueben unas normas complementarias, supone un desplazamiento de la cuestión sin que se alcancen a ver las ventajas. Desde el punto de vista de su conocimiento para los contratistas, debido a que, por mucha publicidad que se le quiera proporcionar, la dispersión siempre dificulta que los operadores la tengan presente, sobre todo teniendo en cuenta que las diferencias entre ellas serán de matiz¹⁶. Desde la perspectiva de la eficacia, tampoco resulta la mejor solución, en la medida, en que el grado de cumplimiento será variado teniendo en cuenta los diversos poderes adjudicadores y la capacidad y el empeño que tengan para dictarlas. Y desde el punto de vista del contenido, resulta muy complicado encontrar diferencias tan sustanciales –fuera de las relativas a la organización– que justifique que no se aplique el régimen de los contratos sometidos a regulación armonizada, con lo cual nos podremos encontrar ante la situación paradójica de que con esta operación lo que se ha operado es una deslegalización, con los problemas que eso puede llevar aparejados.

El segundo aspecto que se vincula a la eficacia nos conecta con aspectos de Derecho presupuestario en donde la doctrina ha señalado que es una de las virtudes que se extraen de las sociedades mercantiles, ya que «permite acometer las inversiones de una forma más rápida de lo que reflejan las asignaciones presupuestarias»¹⁷. En relación con esta cuestión, el punto de partida está constituido por el hecho de que, por tratarse de una sociedad estatal, su régimen presupuestario está sometido a las reglas del Derecho privado y, en consecuencia, se trataría de un presupuesto estima-

¹⁶ De hecho, esto recuerda al problema que planteó el TJCE en la Sentencia de 12 de junio de 2003 –Comisión c. Luxemburgo– por la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación luxemburguesa, derivada de la dificultad en el conocimiento de las disposiciones en materia de ocupación de los bienes públicos para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Piénsese en la multiplicidad de normas que se pueden aprobar y los problemas que puede plantear a los operadores no solo tener acceso a ellas sino, además, tener presente todas las pequeñas diferencias que pueden existir partiendo de que todas resultarán parecidas.

¹⁷ JUAN LOZANO, A.M., y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y los servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, IEF, Madrid (2006), pág. 40.

tivo en lugar de limitativo, como es el de las Administraciones públicas. Este carácter no limitativo del presupuesto tiene dos importantes consecuencias, una desde el punto de vista de la gestión y otra del resultado: desde el primer punto de vista no están sometidos a los procedimientos administrativos de gestión presupuestaria que son obligatorios para la Administración General del Estado y los demás organismos de Derecho público. Desde el segundo punto de vista, las cuentas de las sociedades instrumentales no han de cuadrar con lo presupuestado, a diferencia de lo que ocurren con las Administraciones públicas. Las consecuencias de este hecho, son de notable entidad.

Esta naturaleza estimativa del presupuesto afecta, de este modo, a cómo se efectúa este, en el doble sentido de habilitación para gastar y de límite de ese gasto, que es la característica más relevante de los presupuestos de naturaleza administrativa, tal como reconoció la propia jurisprudencia constitucional. Lo que llega también al control del gasto a posteriori, en la medida en que los informes de auditoría que encuentren un incumplimiento grave en las entidades con presupuesto estimativo no suponen que se emita un informe negativo, ya que se considera que no afecta a la imagen fiel de la situación de la empresa. Desde este punto de vista, lo que tenemos es un régimen distinto, más flexible para la Administración, sometido a menor número de requisitos.

En todo caso, en cuanto a su efecto sobre el principio de eficacia en el momento del pago, sí conviene recordar que su régimen es similar al de los órganos administrativos. Conviene recordar que, tal como aparece en los convenios se articula un procedimiento en el que los pagos se producirán de acuerdo con «las normas de procedimiento establecidas por la Dirección General de Carreteras para actuaciones similares».

La segunda cuestión sería la relativa a la eficiencia de la actuación administrativa¹⁸. Es posible que el que tiene un impacto menor sobre los motivos reales de constitución de estas sociedades estatales, lo cual se debe mantener tanto desde la perspectiva meramente económica como desde la introducción de una calidad superior en el funcionamiento administrativo. Precisamente, por ello, el problema que se plantea es qué es lo que aporta de suplementario, desde un punto de vista de la eficiencia, el recurso a una sociedad instrumental frente al mantenimiento de la obra en manos de la propia Administración matriz. Desde luego, la calidad en la obra no puede ser, en la medida en que tanto en el proceso inicial –determinación de las condiciones de la misma– como en el momento final –recepción de la obra– está presente la Administración pública para la que se está realizando la infraestructura por parte de la sociedad. Y si hay asesoramiento en alguna dirección es precisamente, como hemos visto en uno de los convenios de la SEITT, de la Administración matriz hacia la sociedad; posiblemente algo contradictorio con la propia naturaleza instrumental de la sociedad sobre la Administración que la ha creado.

Si analizamos la eficiencia desde el otro punto de vista que se ha enunciado, el económico, de igual manera surgen dudas sobre la realidad de que resulte más eficiente la construcción de infraes-

¹⁸ En el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la creación de la Sociedad de Infraestructuras de Transporte Terrestre, SA, se afirma a este respecto lo siguiente: «Existen antecedentes de gestores públicos de infraestructuras que han aplicado métodos de gestión eficientes en un contexto público. La agilidad de que se ha caracterizado el funcionamiento de estos sectores públicos ha contribuido a la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de plazo, precio y calidad en las obras ejecutadas».

estructuras a través de este procedimiento de las sociedades instrumentales. Por un lado, el que los contratos se hayan de adjudicar con arreglo a las mismas disposiciones, las derivadas de las Directivas de contratación pública, con pliegos de bases de contratación proporcionados por la Administración matriz hacen que no se pueda imputar un coste regulatorio suplementario a la Administración ni se pueda eliminar ningún elemento que encarezca el precio. Y, desde luego, si hubiera un coste suplementario, es cuestión de ineficiencia administrativa, lo cual debiera ser corregido ya que el principio de eficiencia, es un principio que se aplica al núcleo duro de las Administraciones públicas, no solo sirve como motivación para la creación de una sociedad separada.

Estas connotaciones generales de las sociedades estatales de obras públicas enmarcan estas notas generales de su régimen jurídico¹⁹. Régimen jurídico que, como ha señalado la doctrina, es absolutamente insuficiente ya que nos encontramos ante figuras mixtas entre sociedades mercantiles y entidades que desarrollan políticas públicas, para las cuales, posiblemente, el régimen más adecuado sería el administrativo. No obstante, a la larga, como veremos en las páginas de este estudio, se limitan a realizar funciones que no implican el ejercicio de potestades administrativas.

En todo caso, este régimen parte de lo dispuesto en la disposición adicional decimosegunda de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuyo apartado primero marca perfectamente lo que se acaba de señalar de dualidad de regímenes jurídicos:

«Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.»

Este régimen ha de ser complementado con lo que dispone el párrafo segundo en lo referente a las sociedades mercantiles de capital de la Administración General del Estado, para las cuales el marco general de ordenación está compuesto por:

«Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se registrarán por el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.»

Estas son las cuestiones básicas del régimen de estas entidades. A las cuatro que enuncia el apartado segundo de la disposición adicional decimosegunda –presupuesto, contabilidad, control financiero y contratación– hay que añadir dos aspectos complementarios: cuál es el régimen de creación de estas entidades, que tienen peculiaridades añadidas a las de la Ley de patrimonio precisamente como consecuencia de las funciones que tienen encomendadas y, en segundo lugar, cómo se mani-

¹⁹ Un estudio exhaustivo se puede ver en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Sociedades estatales de obras públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia (2008).

fiestan las relaciones de tutela que tiene la Administración matriz sobre la entidad dependiente. Obviamente, se trata de un régimen jurídico en el cual ha de estar siempre presente las leyes en las que se confiere la autorización para su constitución, ya que allí se contienen elementos centrales de su régimen jurídico que las separa de las restantes sociedades estatales.

5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS «MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS» DE LA ADMINISTRACIÓN

Paralelamente a este régimen especial, la LCSP, al igual que hacían todas las normas anteriores, configura el régimen de los denominados medios propios y servicios técnicos de la Administración. En principio, con la catalogación de una entidad como medio propio y servicio técnico lo que se quiere es quitar toda posibilidad a que haya una diferenciación jurídica entre que se haga directamente como un servicio de la Administración o que se separe fuera de ella. Se trata de una cuestión que está directamente afectada por el ordenamiento comunitario y, en particular, por la jurisprudencia sobre las prestaciones *in house*, que proviene de la Sentencia Tekal²⁰.

La condición de medio propio ha de estar recogida en los estatutos de la sociedad, tal como dispone el artículo 24.6 de la LCSP: «La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas». Hoy, tras la Sentencia TRAGSA²¹, el Consejo de Ministros impulsó el 6 de junio de 2008 la modificación de todas las sociedades que presten servicios a la Administración para que tengan atribuido este carácter específico de medio propio y servicio técnico a la hora de configurar encargos a estas entidades las cuales «se retribuirán mediante tarifas», lo que llevará aparejado «la potestad para el órgano que configure el encargo de las instrucciones necesarias para su ejecución». Se trata de una respuesta formalista, que resulta adecuada ante la jurisprudencia comunitaria, que ha incurrido, asimismo, en un acusado formalismo.

Como ha señalado DE LA QUADRA²², del antiguo artículo 152 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy 24.1 del TRLCSP se puede extraer que cuatro son los criterios que legitiman la actividad de la Administración para la realización directa de las obras a través de sus medios propios, personificados o no: su capacidad –motivos a) y b)–, la operatividad –motivos c),

²⁰ Una visión completa de esta jurisprudencia se encuentra en PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid (2008).

²¹ Es preciso tener presente que TRAGSA lo tiene asumido, con carácter general, en la disposición adicional trigésima de la LCSP.

²² DE LA QUADRA SALCEDO, T., «La ejecución de...», *op. cit.*, pág. 913 y ss.

d), f) e i)– o incluso un criterio genérico, el de la conveniencia –motivo c)–, más un motivo inespecífico, que es el de la excepcionalidad durante la tramitación del anteproyecto –motivo h)–. Concretamente, los supuestos son los siguientes: a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución; b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada. d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97. e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo. f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes. g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 122.5. h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 150.3 a).

En todos ellos hay un presupuesto que es la disponibilidad de afrontarla a través de sus propios medios, salvo los supuestos excepcionales de colaboración de los particulares y que están recogidos en la ley. Por tanto, hay que examinar sucesivamente cuándo las sociedades instrumentales pueden asumir esta condición, ya que si no habría que someterla a las reglas generales de la contratación administrativa y adjudicarla con arreglo a los procedimientos descritos en la normativa, abierta, por tanto, a que contratistas privados pudieran concurrir e hipotéticamente resultar adjudicatarios.

En segundo lugar, resulta imprescindible que exista equivalencia entre el control que efectúa la Administración matriz de los órganos propios y el que efectúa del funcionamiento de la sociedad. En este punto, conviene recordar que «el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»²³. Este control similar al que efectúe sobre los órganos propios ha de suponer el que tanto los objetivos estratégicos como las decisiones relevantes son tomadas en la sociedad de acuerdo con la voluntad de la Administración de la que dependen; lo cual afecta, indudablemente, a que la determinación de los trabajos que ha de efectuar y las condiciones en que se ejecutarán dependerán directamente de la Administración matriz.

Sí conviene recordar un factor que, a estos efectos, resulta esencial: «En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan». Precisamente por ello es por lo que se entiende que la naturaleza de la relación jurídica en estos supuestos no es la contractual sino la de un mandato, y que incluso el convenio que se acostumbra a suscribir no es necesario y bastaría con una mera instrucción de la Administración matriz,

²³ STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorcio Alisei, As. 340/04.

materializada a través de un acto administrativo. Como señaló REBOLLO, «puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho, los entes institucionales –puros entes instrumentales de la Administración matriz– deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse, su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario»²⁴.

No obstante, se sigue configurando el convenio como modo normal de relación, tal como aparece en el artículo 4.1 n), como supuesto excluido de la aplicación de la normativa pública de contratación: «Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».

El tercer requisito es que se trate de una entidad enteramente pública aclaración que está contemplada de forma expresa en la LCSP –«si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública»–, ya sea de un ente público o de varios que concurren conjuntamente a la creación de la entidad por razones de eficacia²⁵. Que se trate de una sociedad de capital enteramente público, en la medida es lo único que permite asegurar que el único elemento que caracteriza a la sociedad es la consecución de una finalidad de interés general. Un socio privado indica siempre la consecución de intereses de otra naturaleza, de carácter privado, y, además, «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»²⁶.

Obviamente, si es una sociedad mixta de dos o más Administraciones públicas, habrá que suscribir un convenio entre ellas. Con las palabras de MALARET, «puesto que se trata de una sociedad

²⁴ REBOLLO PUIG, «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (mayo-agosto 2003), pág. 377.

²⁵ Esta posibilidad, que permite subsanar el problema que se verá con posterioridad de las sociedades instrumentales que tienen la consideración de «medios propios» de otra Administración pública, está admitida expresamente en la STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei. Aquí lo que se exigirá es que «cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de esta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto». STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

²⁶ Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03 y la de 10 de noviembre de 2005, Comisión c. Austria, As. C-29/04.

estatal, para actuar por encargo de otras Administraciones públicas requiere la formalización del correspondiente convenio entre las dos Administraciones públicas implicadas, la Administración matriz y la que realiza la encomienda (art. 15 LRJPAC). Este requisito tiene carácter sustantivo, no es un mero trámite formal, puesto que de su existencia o no derivan importantes consecuencias prácticas»²⁷.

6. RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN DE ESTAS SOCIEDADES. EN ESPECIAL LA FUNCIÓN DE LA LEY EN EL ACTO DE CREACIÓN Y EL CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS

Uno de los aspectos que ha quedado señalado es el que, pese a constituir una sociedad mercantil, no se constituye un modelo que responda al prototipo característico societario, precisamente por el hecho de que tiene un objeto social vinculado al ejercicio de funciones administrativas, como es la realización de obras públicas. Este dato motiva que el régimen general de creación de las sociedades por parte de las Administraciones públicas disponga de algunas peculiaridades, que las separa de la simplicidad que presenta la constitución de las sociedades mercantiles convencionales, incluso las que son de capital enteramente público. En el desarrollo del régimen de las sociedades instrumentales, por tanto, el siguiente paso está constituido por la determinación de cuál es el proceso de constitución de la sociedad y lo que se pueden denominar los elementos generales de su régimen jurídico, en el que hemos de armonizar Derecho público, por un lado, y Derecho mercantil, por el otro.

El proceso de creación de las sociedades instrumentales públicas para la construcción y explotación de obras públicas se va a materializar a lo largo de un procedimiento en el que se pueden deslindar dos fases: una primera, que tiene naturaleza jurídico-pública compuesta, a su vez por dos actuaciones: una de carácter legislativo en la que se va a producir la configuración del tipo de entidad, y que va a permitir delimitar las fases siguientes del proceso y, en particular, concretar el tipo de actividad que se va a desarrollar y los elementos básicos de la misma y una segunda, la autorización concreta de la constitución de la sociedad –que, para la mayor parte de las sociedades, recaerán en la competencia del Consejo de Ministros–, para, en aplicación de la habilitación legal, constituir la sociedad y someterse a un régimen societario concreto.

Una vez concluida la parte del procedimiento sometida a las normas jurídico-administrativas, se pasará a la siguiente fase, que tiene un marcado carácter jurídico-privado y que, por ello, el carácter público del creador no va a aportar elementos suficientes para la diferenciación de otros actos similares de creación de otras sociedades mercantiles. En todo caso, es la parte del proceso en el cual se va a proceder a la constitución propiamente dicha de la entidad. A partir de este momento, se entrará en una cuestión distinta, que será la de determinar, una vez creada, qué tipo de vínculo tiene con la Administración matriz en cuanto a las actividades de construcción de infraestructuras cómo se determinan y abonan y qué potestades retiene el ente creador de la sociedad.

²⁷ MALARET GARCÍA, E. «Las sociedades...», *op. cit.* pág. 124.

Precisamente por lo anterior, la ley juega un papel relevante. El régimen de creación de órganos y estructuras dentro de las Administraciones públicas responde a una reserva de ley relativa, recogida en el artículo 103.2 de la Constitución que, como es conocido, dispone que «los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados *de acuerdo con la ley*» –las cursivas son mías–. En el planteamiento del precepto constitucional late un doble objetivo: por un lado, exigir el cumplimiento de una serie de exigencias legales –que se produzca una definición por parte del poder legislativo–, que son las que planifican los modelos de organización de las Administraciones públicas para su servicio al interés general y, por el otro, que, en ese marco legal sea la propia Administración pública la que se vaya configurando en función de las necesidades que han ido surgiendo, en aplicación de los parámetros que ha determinado previamente el legislador. Papel del legislador que, como se puede observar, resulta indiscutible en el proceso de creación de sociedades y para cualesquiera otras formas de personificación a las que recurran las Administraciones públicas teniendo en cuenta el contenido del referido artículo 103.2 de la Constitución Española (CE). Obviamente, aquí el legislador tiene una serie de límites, de tal manera que derivan del resto de la configuración constitucional de las Administraciones públicas ²⁸.

Por ello, para que se puedan disponer de estas competencias, para que se pueda alterar el régimen de ejecución de la obra, es para lo que se exige la habilitación al Consejo de Ministros en una ley para la creación de una sociedad de estas características. Tanto es así que, como señaló MALARET, «no es una mera licencia sino una exigencia de nuestro ordenamiento» ²⁹. Obviamente, hacer esto sin someterse al filtro inicial del parlamento supondría una alteración del régimen de los contratos y en particular, renunciar a las facultades administrativas que están recogidas en la Ley de contratos, precisamente por ser una sociedad sometida al ordenamiento privado y porque van a ejercitar la mayor parte de las competencias públicas en relación con la contratación –aunque sea con el auxilio de la Administración matriz–, lo cual es, como veremos con posterioridad, una exigencia para que se pueda desconsolidar el resultado de explotación de las cuentas del Estado. Esto es lo que justifica que haya que establecerse un régimen específico para el ejercicio de estas potestades, tal como prevé el artículo 158.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuando dispone que uno de los contenidos obligatorios del convenio entre la Administración pública de la que depende y la sociedad instrumental consiste precisamente en la determinación de «las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma».

La constitución de las sociedades mercantiles, una vez habilitado el Gobierno para su creación, pasan por un doble proceso, uno de naturaleza jurídico-pública y otro privada, como por otra parte resulta lógico teniendo en cuenta que el creador de la sociedad es una Administración pública que tiene que cumplir con los requisitos de formación de la voluntad para que la entidad esté adecuadamente

²⁸ Recordemos que la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 60/1986, de 20 de mayo, señaló sobre el alcance de la reserva de ley en esta materia que «en este punto, dada la fórmula contenida en dicho precepto –"de acuerdo con la ley"–, que no es otra cosa que la de la llamada reserva relativa de ley que permite compartir la regulación de una materia entre la ley –o norma con fuerza y valor de ley– y el reglamento». Sobre el alcance de la reserva de ley en esta materia, véase BARCELONA LLOP, J., «Principio de legalidad y organización administrativa», dentro de la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, III, Madrid (1991) en especial, págs. 2.422 y ss.

²⁹ MALARET GARCÍA, E. *Las sociedades para la construcción...*, *op. cit.*, pág. 115.

creada. Es una garantía para el interés general y, sirve, además, como un mecanismo de control de la actividad administrativa. Esa dualidad de fases pasan, por un lado, porque será preciso la autorización para la constitución de la sociedad, que tendrá que otorgarla el responsable del organismo creador, el cual será, en condiciones normales, el Consejo de Ministros. En segundo lugar, en la medida en que el proceso será para la constitución de una sociedad mercantil, habrá que insertar el acto autorizatorio dentro del procedimiento correspondiente a la entidad del tipo de que se trate y cumplir, en consecuencia, con los requisitos generales que recoge la normativa general de sociedades mercantiles ya que nos encontramos en la mayor parte de los supuestos ante una sociedad unipersonal³⁰.

La autorización³¹ del Consejo de Ministros es el paso final de un procedimiento administrativo que va a cumplir una doble finalidad desde el punto de vista mercantil: por un lado, concretar la conveniencia de que la construcción de este tipo concreto de infraestructuras se efectúe a través de una sociedad mercantil –ya que, el hecho de tener una habilitación legal para constituir una sociedad, no obliga a que se ejecute– lo cual se articula, básicamente, a través de la memoria y, por el otro, constituir la exteriorización de la voluntad de la Administración matriz para cumplir con el requisito que exige la legislación de sociedades mercantiles. Además, el Acuerdo del Consejo de Ministros concretará, tal como veremos con posterioridad, la finalidad social recogida en la norma de habilitación a través de la determinación de un objeto social en desarrollo de lo marcado en la ley de habilitación que, por su propia naturaleza, es bastante vaga.

Tomando como punto de partida la función que cumple para el desarrollo de las actividades societarias, el acuerdo de autorización de la constitución de la sociedad estatal tendrá un contenido que se puede articular sobre los siguientes puntos: i) Determinación de su objeto social en desarrollo de la habilitación que ha recogido la ley; ii) Concreción de la posibilidad o no de que la sociedad instrumental participe en otras entidades; iii) Adaptación y desarrollo de las cláusulas legales que determinan el régimen de transmisibilidad de las acciones, ya sea dejando libertad de venta, ya sea limitando a determinados compradores ya sea prohibiéndolo por completo; iv) Se habrá de proceder a la concreción de las bases del régimen económico-financiero de la sociedad; v) El ámbito territorial en el que va a desplegar su actividad, ya sea la totalidad o parte del territorio nacional y que no forma parte de la autonomía societaria. Este punto es uno en los que la habilitación legal es menos precisa y, en consecuencia, cabe la máxima discrecionalidad por parte del Consejo de Ministros, en el marco de su potestad de organización. Sirva como ejemplo de la gran flexibilidad que existe en este sentido, la distribución de funciones entre las cuatro sociedades estatales de infraestructuras agrarias; vi) Un aspecto esencial para el desarrollo de las actividades societarias, cual es el de atribuir la tutela de las sociedades al Ministerio correspondiente que resulte más vinculado con la actividad de

³⁰ Una visión del proceso de constitución de sociedades mercantiles públicas desde la óptica del Derecho mercantil y analizando las especialidades de dicho procedimiento se puede ver en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid (2006), págs. 115 y ss.

³¹ Se ha planteado en alguna ocasión cuál es la naturaleza del acto de autorización de creación de las sociedades mercantiles. La STS de 17 de febrero de 2004 señala, en relación con la constitución de Correos y Telégrafos, SA, que «lo que es objeto de impugnación no constituye una disposición de carácter general, sino un acto administrativo, y, por tanto, los defectos formales invocados en la demanda –falta de publicación, omisión del dictamen del Consejo de Estado y de otros informes– no pueden tener el efecto de invalidar el acuerdo, al tratarse de trámites más propios de la elaboración de normas que de actos».

la sociedad, de acuerdo con el artículo 176 de la Ley 33/2003, de 30 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), precepto que, por defecto, atribuye dicha tutela al Ministerio de Hacienda, y vii) El plazo para el que se constituye la sociedad, lo cual ha de ser conectado con la auditoria de las condiciones para su creación, en la medida en que este mecanismo de control indirecto determinará si debería tener una vida limitada –limitada a una necesidad específica– o, por el contrario, extenderse indefinidamente en el tiempo.

En relación con este aspecto de la autorización, el Consejo de Ministros dispone de margen de discrecionalidad para la valoración de los intereses generales afectados y, por consiguiente, de la concreción de cuál deba ser el objeto social, sobre todo teniendo en cuenta que la habilitación legal incluye cometidos que «no se caracterizan por la precisión que cabría esperar en relación al principio de especialidad que estructura los cometidos de las organizaciones instrumentales»³².

A ello se añade, en el supuesto particular previsto en el artículo 62.1 f) de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado –creación de sociedades por organismos públicos–, la justificación de que la creación de una sociedad mercantil resulte «imprescindible para la consecución de los fines asignados», lo que implica una determinación de las razones por las que no es adecuado su creación a través de un órgano administrativo.

Una de las cuestiones que más llama la atención de la evolución de las sociedades instrumentales de obras públicas es el aumento de su objeto social, que ha pasado de estar limitado a la realización de las obras a intervenir desde la fase inicial de proyección de la obra hasta la última de participar en la explotación de la misma. Este cambio, como tendremos ocasión de analizar, es una consecuencia de cuál es la utilidad pretendida por las Administraciones públicas en el momento de la creación, que ha pasado de ser un mero objetivo de eludir los trámites de la legislación de contratos de las Administraciones públicas para pasar a ser la desconsolidación en las cuentas públicas del coste de construcción de las infraestructuras. Esto hace que haya que adaptar su objeto social y su régimen de funcionamiento a las exigencias de Eurostat, en aplicación de los requisitos del SEC 95, lo que le obliga a la consideración de ser una sociedad orientada al mercado, tal como veremos en el epígrafe siguiente. Pero, claro está, esta necesidad se ha de manifestar en el objeto social, que permita el desarrollo de actividades en la forma adecuada para la consecución del objetivo.

7. LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ Y LA SOCIEDAD INSTRUMENTAL

La relación entre la Administración creadora de la sociedad estatal de obras públicas y esta constituye uno de los elementos centrales –posiblemente el más relevante– para conocer cómo se desarrolla la construcción de infraestructuras, dado que, como se ha visto, por el mero hecho de su constitución carece de todo tipo de posibilidad de encargarse de la construcción de la obra. Hace

³² MALARET GARCÍA E., «Las sociedades...», *op. cit.*, pág. 118.

falta, en consecuencia, un elemento complementario, que diseñe el modo en que se va a proceder, en el que contemplen los elementos de su funcionamiento, lo cual servirá, además, como elemento habilitante para la financiación de la obra pública y su intervención. Es la consecuencia de que nos encontremos ante una persona jurídica diferente, en donde hay que estructurar un marco de relación.

Precisamente por ello, porque la situación es extraña para la construcción de infraestructuras, resulta preciso que los elementos centrales de la actividad de la sociedad instrumental estén contemplados en un convenio que establezca este marco general de relación. Aquí, por el contrario, nos encontramos ante una sociedad dependiente de una entidad matriz que actúa en nombre de esta. Como señaló hace años MALARET, «la significación y trascendencia del convenio se deriva de la formalización de la posición en la que actúa la sociedad en el tráfico jurídico. No actúa a título propio, sino por "encomienda" o mandato. La actuación se produce por cuenta de la Administración a la que sustituye, por ello la Administración pública "retiene" facultades que le garantizan el dominio de la obra "en concreto", como expresamente ha establecido el legislador: los poderes de dirección, inspección, control y recepción»³³. Esta fórmula del mandato que, además, es la que se está recogiendo de forma expresa, como se puede apreciar en el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la creación de la SEITT, que fija el objeto social de dicha entidad en «el proyecto, construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal, por cuenta de la Administración General del Estado, en el marco del régimen jurídico de los mandatos de actuación que se establezcan».

Como se puede apreciar, dos son los ámbitos básicos que tienen que recoger los convenios de gestión directa de infraestructuras: por un lado, el relativo a la realización de las obras y, por el otro, el de financiación del proceso de construcción de las infraestructuras que deberán incluir las múltiples fórmulas que estarán a disposición de la sociedad estatal. Se trata, en definitiva, de aquellos elementos en los que puede existir cesión por parte de la Administración a una persona dependiente de ella. En la aplicación del precepto se puede afirmar, después de haber examinado la ejecución del precepto a través de los convenios firmados entre la Administración General del Estado –básicamente por los Ministerios de Medio Ambiente y Fomento– con distintas sociedades de obras públicas, que la situación es bastante peculiar, en la medida en que a pesar de que se produce formalmente la gestión de la ejecución de la obra en las sociedades instrumentales, al mismo tiempo los órganos competentes de los Ministerios respectivos retienen las funciones básicas sobre la misma. Casi se podría afirmar que, en cuanto a la ejecución de los proyectos de infraestructuras, la situación es similar a la que se produciría si fueran esos órganos los que fueran realmente los competentes y no hubiera una persona jurídica interpuesta.

Por tanto, sí se puede concluir en este momento que la autonomía de la que dispone la sociedad instrumental es, como no puede ser de otro modo, limitada y, por tanto, los efectos de la encomienda de gestión de la infraestructura también lo son, como se manifiesta en todas las fases del proceso constructivo, empezando por el propio de determinación del objeto. Evidentemente, este régimen de autonomía limitada plantea el aspecto positivo de que con ello –y a salvo de lo que ocurra con los restantes elementos– se actúa de conformidad con la jurisprudencia del TJCE sobre prestaciones *in house*.

³³ MALARET GARCÍA, E., «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A., *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas (1998), pág. 125.

En cuanto a la naturaleza de la encomienda, creo que es la fórmula que mejor se adapta a la realidad que se ha descrito con anterioridad. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.709 del Código Civil por el mandato «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»; que es exactamente lo que ocurre en estas relaciones entre Administración matriz y sociedad instrumental. Una obligación de hacer que en nuestro caso está constituida por la administración del proceso de construcción de la infraestructura –ya que la ejecución material de los trabajos se efectuará por parte de un contratista elegido con arreglo a las prescripciones del TRLCSP–. La obra, además, se efectúa en las condiciones de todo tipo que quiere el mandante; el cual retiene, además, no solo las potestades que obligatoriamente ha de ostentar por tratarse de una Administración pública sino aquellas otras que considera necesarias para una correcta satisfacción de los intereses generales. Y no puede obviarse el hecho, además, de que los bienes construidos no se integran en el patrimonio de la sociedad sino que pasan a formar parte del de la Administración que ha mandado los trabajos; que, por otra parte, es la que abona el mismo a través de las transferencias de fondos a la sociedad.

8. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE ESTAS SOCIEDADES

La actividad encomendada a las sociedades instrumentales puede concluir con la apertura de un procedimiento para la contratación de la obra, salvo, claro es que lo ejecute ella directamente; algo absolutamente inusual. De hecho, lo usual es que la primera opción sea la preferida, en la medida en que este tipo de entidades carece de capacidad suficiente para su ejecución directa. La cuestión que corresponde analizar en este momento es la relativa al régimen al que se han de someter estos procedimientos.

La verdad es que, en este momento, la cuestión del tipo de régimen al que se han de someter los procedimientos de adjudicación de los contratos de estas sociedades de obras ha dejado de tener gran interés desde un punto de vista teórico, teniendo en cuenta los grandes avances que se han producido en aplicación del Derecho comunitario, que ha de resultar uniforme en todo el espacio comunitario y que permita desarrollar los principios de transparencia y de igualdad de trato. Cómo se desarrolle la práctica administrativa es una cuestión diferente teniendo en cuenta el número de sociedades de esta naturaleza que se han creado en los últimos años, aunque también hay que reconocer que desde el momento en que la huida de los mecanismos públicos de contratación ha dejado de ser el gran interés para la constitución de estas figuras –para ser sustituido por la no consolidación para eludir las estrecheces de la estabilidad presupuestaria–, ha habido mayor disciplina por parte de los entes públicos.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en aplicación de la directiva ha efectuado una interpretación amplia, funcional, de los tres criterios que configuran las directivas para decidir que nos encontramos ante un poder adjudicador: i) Su creación está justificada por la consecución de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ³⁴; ii) Que tenga perso-

³⁴ Este criterio se ha concretado por la jurisprudencia señalando que «según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas

alidad jurídica propia, y iii) Que se trate de una entidad financiada mayoritariamente por el Estado u otros entes públicos territoriales y que su gestión esté sometida a control por parte de estos últimos o que los miembros de sus órganos de dirección estén nombrados por los entes públicos territoriales. Jurisprudencia que ha permitido declarar algo que parece razonable, esto es, que el criterio de someterse al ordenamiento jurídico-privado no constituye ningún elemento que permita eludir la aplicación del Derecho comunitario de la contratación si se cumplen los elementos restantes que contempla la directiva³⁵.

La separación que efectúa la normativa de contratos del sector público entre contratos sometidos a regulación armonizada y no armonizada –partiendo de los umbrales comunitarios en los contratos– y el grado de aplicabilidad de la futura ley a las sociedades estatales repercutirá en el sometimiento a la regulación armonizada. En efecto, para las sociedades estatales solo habrá que someter el régimen más estricto de la ley a los contratos armonizados, que para el supuesto del contrato de obras –que es el más importante de los que suscriben estas sociedades– están sujetos a regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 de euros. Téngase en cuenta que con este importe, el impacto de la separación entre los dos tipos de contratos variará en función de la sociedad. Tomando como punto de referencia 2007, cuando seguía existiendo un volumen considerable de obra pública realizada a través de estas sociedades, todos los contratos de la SEITT entrarían en el umbral superior, pero solo la mitad, más o menos, de los de las sociedades de aguas estarían sujetos a regulación armonizada.

comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante». Sentencia Comisión c. España de 16 de octubre de 2003, en relación con la consideración de poder adjudicador de la Sociedad Estatal de Infraestructuras Penitenciarias, SA. Sobre esta sentencia pueden verse los comentarios de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120 (2003), págs. 667 y ss. CARRILLO DONAIRE, J.A., «Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: La Sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y equipamientos penitenciarios», Administración de Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 51 (2003), págs. 127 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J.L., «La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas», *Actualidad Aranzadi*, 10 de julio de 2003, págs. 1-6; MORENO MOLINA, J.A., «Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España», *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 17 y ss.

³⁵ Así, entre la abundante jurisprudencia conviene recordar la sentencia Manesmann de 10 de noviembre de 1998 o la Sentencia BFI/holding. Véase al respecto BAÑO LEÓN, J.M.ª, «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, págs. 11 y ss.; y NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, (2001). Además de la sentencia citada en la nota anterior, conviene recordar la dictada en el As. C-214/00, Comisión c. España, de 15 de mayo de 2003; comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas: Sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119 (2003), págs. 471 y ss.; así como NOGUERA DE LA MUELA, B., «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el Ordenamiento jurídico-español, concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual: La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», Administración de Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53 (2004), págs. 17 y ss.

La realidad es que el conjunto de los principios de la ley, existiendo siempre la obligación de que se aprueben unas normas complementarias, supone un desplazamiento de la cuestión sin que se alcancen a ver las ventajas. Desde el punto de vista de su conocimiento para los contratistas, debido a que, por mucha publicidad que se le quiera proporcionar, la dispersión siempre dificulta que los operadores la tengan presente, sobre todo teniendo en cuenta que las diferencias entre ellas serán de matiz³⁶. Desde la perspectiva de la eficacia, tampoco resulta la mejor solución, en la medida en que el grado de cumplimiento será variado teniendo en cuenta los diversos poderes adjudicadores y la capacidad y el empeño que tengan para dictarlas. Y desde el punto de vista del contenido, resulta muy complicado encontrar diferencias tan sustanciales –fuera de las relativas a la organización– que justifique que no se aplique el régimen de los contratos sometidos a regulación armonizada, con lo cual nos podremos encontrar ante la situación paradójica de que con esta operación lo que se ha operado es una deslegalización, con los problemas que eso puede llevar aparejados.

9. ASPECTOS DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS

La financiación, por tanto, ha de venir básicamente a través de aportaciones públicas o de contraprestaciones como consecuencia de actividades para otras entidades, públicas o privadas, algo para lo que están autorizadas en su acto de creación tal como hemos visto. La financiación pública vendrá dada por los fondos comunitarios a los que tengan acceso, así como a las propias aportaciones que realicen las entidades de las que dependan, que se acostumbran a materializar mediante incorporaciones al capital de la sociedad instrumental, aunque no es el único procedimiento. Y obviamente, a través del recurso al endeudamiento a través de los mecanismos que reconoce con carácter general el ordenamiento jurídico, que en los últimos años ha permitido la diversificación de las fuentes de endeudamiento.

La financiación como consecuencia de actividades para terceros provoca que la mayor parte de los costes de construcción se determinen de forma convencional por obra –sean los terceros otras entidades públicas, sean futuros usuarios de la infraestructura– en lugar de aplicando los mecanismos que están recogidos de forma imperativa en el ordenamiento jurídico, como ha ocurrido con la legislación de aguas; lo cual supone una vuelta al régimen que estaba establecido en la Ley de Obras Hidráulicas de 1911. En todo caso, más allá de que se pueda criticar, con total razón, que con carácter general el porcentaje de las obras sufragado por los particulares deba ser del 50 por 100, supone un mecanismo para lograr que estas sociedades estatales adquieran una consideración de ser de mercado, algo necesario en el contexto jurídico actual.

³⁶ De hecho, esto recuerda al problema que planteó el TJCE en la Sentencia de 12 de junio de 2003 –Comisión c. Luxemburgo– por la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación luxemburguesa, derivada de la dificultad en el conocimiento de las disposiciones en materia de ocupación de los bienes públicos para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Piénsese en la multiplicidad de normas que se pueden aprobar y los problemas que puede plantear a los operadores no solo tener acceso a ellas sino, además, tener presente todas las pequeñas diferencias que pueden existir partiendo de que todas resultarán parecidas.

Uno de los elementos básicos para examinar el régimen de funcionamiento de las sociedades estatales de obras públicas está constituido por su vertiente financiera, que está estructurada sobre su presupuesto de explotación y el presupuesto de capital. Estas entidades han de aprobar ambos tipos de presupuesto, «que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes», tal como dispone el artículo 64.1 de la Ley General Presupuestaria (LGP). Habida cuenta de su carácter estimativo, sobre lo que me extenderé en el epígrafe siguiente, la importancia fundamental deriva de que es lo que ha de orientar la actuación de la referida sociedad instrumental, tal como dispone el artículo 67.1 de la LGP: «las sociedades mercantiles estatales, y las entidades públicas empresariales dirigirán su funcionamiento a la consecución de los objetivos emanados de los planteamientos reflejados en sus presupuestos de explotación».

El presupuesto de explotación y el de capital disponen de un contenido similar. De acuerdo con lo dispuesto en el actual artículo 64.2 de la LGP, «los presupuestos de explotación y de capital estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del estado de flujos de efectivo del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad, así como la documentación complementaria que determine el Ministerio de Economía y Hacienda». Las sociedades de ejecución de políticas públicas deberán remitir junto con el presupuesto una descripción de las que se vayan a realizar en el ejercicio, con expresión de los objetivos que se pretenden conseguir. Asimismo, deberán remitir un anexo de sus proyectos de inversión regionalizados por provincias, con indicación de si constituye una inversión nueva o si su origen se encuentra en ejercicios presupuestarios anteriores.

La financiación pública para sufragar las actuaciones que se van a realizar van a venir dadas por cuatro tipos de partidas: subvenciones de explotación, subvenciones de capital, aportaciones de capital y patrimoniales y préstamos. De ellas, las más relevantes son la primera y la tercera, siendo prácticamente irrelevante la última sobre el total de lo aportado por la Administración General del Estado. En las sociedades estatales de obras públicas, las partidas más importantes para la financiación por parte de la Administración General del Estado son las aportaciones de capital.

Cuando se analizan las relaciones entre el presupuesto anual de la Administración matriz y el presupuesto anual de las sociedades instrumentales hemos de partir de dos realidades: por un lado, el presupuesto de esta última ha de integrarse en el presupuesto de aquella y, por el otro, se trata de una integración que se produce entre dos tipos de presupuestos diferentes –como corresponde a entidades de tipo distinto–, lo que va a motivar alguna distorsión en cuanto al régimen de integración e, incluso, al de aprobación de los presupuestos de las sociedades instrumentales.

La integración entre ambos presupuestos se produce mediante la incorporación del presupuesto de la sociedad en los Presupuestos Generales del Estado, tal como dispone el artículo 33.1 b) de la LGP, que obliga a la incorporación, en la medida en que forma parte de su contenido, de: «los presupuestos de operaciones corrientes y los de operaciones de capital y financieras de las entidades del sector público empresarial y del sector público fundacional». Se trata de un planteamiento que resulta a todas luces lógico teniendo en cuenta cuál es la relación que existe entre la Administración matriz y la sociedad instrumental y que esta forme parte del sector público, tal y como dispone el artículo 2 c)

de la misma LGP y que, por tanto, los resultados de la sociedad se han de proyectar, de alguna forma –que se verá con posterioridad–, sobre la Administración de la que dependen.

10. FINANCIACIÓN DE LAS SOCIEDADES ESTATALES

La ejecución de las obras, el desarrollo de los programas de actuación plurianual y la ejecución del presupuesto de explotación y de capital deriva de que exista financiación suficiente para afrontar los proyectos de la sociedad. Estos fondos podrán provenir de diversas fuentes, como son los fondos propios –que en un altísimo porcentaje constituyen transferencias efectuadas por parte de la Administración matriz–, las transferencias en diverso tipo de la Administración matriz, las transferencias de fondos de la Unión Europea o acudiendo a los mercados financieros a través de la concertación de las correspondientes operaciones de capital.

En principio, estos mecanismos de financiación son la consecuencia de la propia configuración de la sociedad, que tienen limitado. Es cierto que la evolución que han tenido en los últimos años ha supuesto una ampliación del marco de actividad, con el correspondiente aumento de las formas de ingreso y, paralelamente, de los riesgos que tiene asumidos la entidad instrumental. En todo caso, aún hoy, por la propia naturaleza de las actividades en la que opera, la sociedad tiene una capacidad de ingresos que puede ser limitada –más allá de los que pueda percibir por realizar trabajos para terceros o, en su caso, de ciertos pagos que realicen los usuarios del servicio, ya sea directamente ya sea por la propia Administración en su nombre– y que, en todo caso, depende de la decisión de la Administración matriz en relación con las infraestructuras construidas en su nombre por lo que necesitará recurrir a formas de financiación indirecta de fondos públicos y, al mismo tiempo, de formas de financiación ajena; las cuales suelen estar vinculadas ya que operan en momentos temporales diferentes.

Las modalidades de financiación presupuestaria que se pueden aplicar a la sociedad instrumental entrarían dentro de aquellas que se consideran financiación indirecta, en la medida en que pese a tener la naturaleza de ser presupuestaria no es aplicada directamente por la Administración matriz sino a través de la sociedad instrumental. Dentro de estos mecanismos tres son las formas que puede utilizar la Administración para afrontar los pagos: transferencias de capital –que se computan como gasto público en el momento en que se genera el compromiso de abono–, aportaciones al capital de la sociedad mercantil –de acuerdo con lo que vimos en el epígrafe segundo cuando abordamos los problemas generales de este tipo de entidades– y, en tercer lugar, a través de créditos participativos. También nos podríamos encontrar con supuestos de financiación diferida en aquellos casos en los cuales haya pagos que realice la Administración matriz en concepto por peajes en la sombra –pagos en función del uso de la infraestructura– o pagos por disponibilidad –pagos por tener a disposición de la Administración la infraestructura con un determinado nivel de calidad de la misma– y pagos por servicios de gestión de infraestructuras –los cuales se aplicarán para mejora de las ya construidas mediante su reforma o adición de servicios complementarios–. En todo caso, como se verá en el epígrafe siguiente, si se quiere desconsolidar el coste de la infraestructura en la Administración

matriz, nos encontraremos con restricciones tanto de la partida presupuestaria de la que provienen las transferencias –ya que no pueden afectar a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas– como de la cuantía, ya que tienen que tener un comportamiento de mercado, en las condiciones que marcó Eurostat y que veremos más adelante.

En todo caso, esta financiación pública, ya sea indirecta ya diferida, vendrá dada por las propias transferencias de fondos públicos a través de los mecanismos de la LGP y que son la contraprestación por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Administración de la que dependen a través de los correspondientes convenios, de acuerdo con lo que hemos señalado en el epígrafe anterior. Dentro de ellos ocupa un papel relevante el aporte pecuniario al capital de las sociedades públicas, que, como se verá en el epígrafe siguiente, carece de efectos sobre el déficit público, en la medida en que, bajo ciertas condiciones, no afecta a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas, lo que está provocando continuas ampliaciones de capital para sufragar el coste de las infraestructuras, como muestran prácticamente todos los convenios de gestión de infraestructuras y muy especialmente el «Convenio de Gestión Directa de gestión y/o explotación de obras hidráulicas de la Cuenca del Júcar», firmado en octubre de 2006 entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Sociedad Estatal de Aguas del Júcar.

11. FINANCIACIÓN NO DERIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ, SINO EN COLABORACIÓN CON USUARIOS Y OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. POSIBLE PROYECCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE OBRAS HIDRAÚLICAS

Más allá de los mecanismos de los que proceda el dinero, que está estructurado en el convenio, el problema fundamental que se plantea es «la desaparición para las actuaciones que realizan del régimen tributario de financiación de las obras hidráulicas hoy regulado en el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (con su referencia al canon de regulación y a las tarifas de utilización del agua). La desaparición forzosa de este régimen tributario es algo más que anecdótica y tiene un profundo significado si se tiene en cuenta que el gran peso inversor en este ámbito en el futuro parece que, inequívocamente va a recaer sobre estas sociedades, lo que podría convertir al régimen jurídico-tributario regulado en la Ley de Aguas, en una suerte de presencia testimonial o, en todo caso, solamente aplicable a las obras anteriores a la aparición y actividad de las sociedades estatales».

El problema, sin embargo, no se limita a la mera determinación de las cuantías sino a cómo procede la recuperación de los costes de la construcción por parte de las sociedades estatales, ya que, en condiciones normales, estas asumen parte del mismo, de acuerdo con lo que se verá con posterioridad. Se trata, todo ello, de cuestiones que están incluidas, algo que por otra parte resulta lógico, en el Convenio de Gestión Directa que hay suscrito entre la Administración matriz y la sociedad instrumental.

En cuanto al régimen económico-financiero de las obras realizadas por las sociedades estatales de obras públicas con los usuarios, existe la posibilidad de que la sociedad pueda realizar en todo o en parte la ejecución y/o explotación de obras hidráulicas mediante el establecimiento de tarifas por

convenio con los usuarios de las mismas. El régimen se aparta del régimen general de la financiación de las obras que está contemplado en el artículo 114 de la Ley de Aguas, de tal manera que se configura de forma paccionada un régimen que tendrá que adecuarse a estas dos reglas: «i) Hasta un 50 por 100 del importe de la inversión se financiará con cargo a los fondos propios de la sociedad de aguas. ii) El resto, mediante el establecimiento de tarifas con cargo de los usuarios de las mismas y/o mediante la venta de productos o servicios resultantes de la explotación de la obra». Se trata de cantidades que, aunque se denominen en los convenios como tarifas tienen la naturaleza de precios privados.

El recurso a las sociedades estatales de obras públicas puede tener consecuencias sobre el régimen financiero que se va a aplicar a la construcción de las que son sufragadas por los usuarios. Como se ha indicado con anterioridad, en materia de aguas, por ejemplo, nos encontramos con que sociedad estatal y usuarios del agua comparten la realización de las obras, de tal manera que aquella abona un porcentaje fijo del 50 por 100 del coste de construcción. La parte restante será abonada por el particular, todo ello como consecuencia de un convenio firmado entre ambos. A partir de aquí surgen dos cuestiones: cómo se armoniza con el principio de recuperación de costes que recogen las directivas comunitarias y qué efecto real tiene sobre el régimen impuesto en la ley.

El principio de recuperación de costes, que tiene un marcado carácter conmutativo ha sido recogido en la normativa comunitaria, concretamente de forma expresa en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y ha sido recogido en el artículo 111 de la Ley de Aguas. Está articulado sobre dos puntos centrales: a) por un lado, el principio del coste, que impone que cada usuario deba compensar el coste que su utilización provoca; b) el principio de la utilidad, que lleva a exigir a todos los que se benefician de la implantación de una obra o servicio público a contribuir a su financiación en la medida de tal beneficio o ventaja; lo cual, lleva a diferenciar entre usuarios y beneficiarios de la obra hidráulica, dado que son situaciones parecidas pero no similares. El problema que aparece inmediatamente es cómo se armoniza un régimen convencional que supone un pago por parte de la Administración de la mitad de la obra, tal como hemos visto con anterioridad en relación con las obras hidráulicas, con el referido principio de recuperación de costes.

Es cierto que este último principio no tiene carácter absoluto –la propia directiva señala que es un principio que las autoridades nacionales «tendrán en cuenta»–, y en la propia directiva se articulan mecanismos que suponen su atemperación por existir otros factores jurídicamente relevantes, tales como los «efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas» (art. 9). Esto nos conduce a un problema de motivación de la exención, tal como señala el artículo 42.1 f) del Texto Refundido de la Ley de Aguas. El problema, por un lado, consiste en que las sociedades estatales están aplicando la regla del 50 por 100 de forma automática en todos los convenios que firman con usuarios del agua, algo que ciertamente no parece que encaje con la mecánica del sistema. De este modo, como se ha indicado, no «se advierten razones jurídicas que animan a esa generalización homogénea de la subvención pública en toda circunstancia (con independencia de tipos de obras, situación geográfica, capacidad de los usuarios o condiciones específicas del territorio), lo que, inevitablemente, planteará en el futuro problemas de compatibilidad con el principio de recuperación de costes que contiene la directiva marco comunitaria».

12. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS PÚBLICAS

La aplicación del principio de estabilidad presupuestaria constituye, en mi opinión, la causa más determinante en la actualidad para que las Administraciones públicas recurran a entidades instrumentales, y dentro de ellas a sociedades mercantiles para la planificación, ejecución y explotación de obras públicas, en general, y de transportes, en particular. La impronta del principio de estabilidad presupuestaria no va a afectar únicamente a la utilización de estas entidades sino que, sobre todo, en aras de lograr la desconsolidación contable, están constituidas, tienen un ámbito de aplicación y configuran sus operaciones de construcción de infraestructuras de forma directamente relacionada con las decisiones que ha ido dictando Eurostat, la oficina estadística de la Unión Europea, en aplicación tanto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento como de los Reglamentos comunitarios que disciplinan el sistema de cuentas europeo, el coloquialmente conocido como SEC 95³⁷. Esto es, afecta tanto al modo utilizado como al modo en que se configuran los contratos para el cumplimiento de su objeto social.

Las entidades instrumentales dependientes de una Administración pública están integradas, en principio, en el sector de las Administraciones públicas, de acuerdo con la división de partida que efectúa Eurostat. Es una idea bastante clara, que parece razonable si lo que se pretende es que el centro de imputación del déficit o superávit esté allá donde se genera, sin importar la forma jurídica utilizada. Según Eurostat, nos encontraríamos ante una unidad institucional cuando se trata de «unidades que gozan de autonomía de decisión y disponen de un conjunto completo de cuentas. Los productores que no son unidades institucionales habrán de clasificarse en el sector institucional a que pertenece la unidad que los controla. Por consiguiente, los productores públicos no reconocidos como entidades dotadas de personalidad jurídica deberán incluirse en el sector de Administraciones públicas, salvo si se consideran cuasi sociedades (esto es, entidades de mercado que disponen de un conjunto completo de cuentas y cuyo comportamiento económico y financiero es similar al de las sociedades)»³⁸. Que nos podamos encontrar ante una figura que responda a los parámetros de las unidades institucionales, aunque sea encuadrable en las Administraciones públicas, es lo que permitiría la desconsolidación, lo que se ha utilizado en todos los supuestos de las sociedades estatales de obras públicas.

No obstante, para poderse desconsolidar en las cuentas de una Administración pública no resulta suficiente que nos encontremos ante una unidad institucional, sino que esta ha de estar orientada al mercado. Para llegar a esta conclusión hemos de jugar con dos tipos de variables que van a operar sucesivamente. La primera está constituida por la relevancia que tienen las ventas de la unidad con respecto a sus costes de producción, como mecanismo para comprobar si la financiación es presupuestaria o si, por el contrario, está actuando como un operador económico más en el mercado. Desde este punto de vista, lo que está exigiendo Eurostat es que el 50 por 100 de sus ventas sirvan para hacer frente al menos al 50 por 100 de los costes de producción, entendido en un sentido específico tanto las primeras como las segundas y con independencia de que sea un único adquirente o

³⁷ En general, sobre las relaciones entre el principio de estabilidad presupuestaria y los modos de construcción de infraestructuras, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia (2006).

³⁸ Eurostat, *Manual...*, *op. cit.* pág. 9.

más de uno, siempre que las ventas sean reales y en condiciones económicas de mercado. Este dato es el que nos va a obligar a comprobar a qué hacen referencia los conceptos de ventas y de costes de producción y cómo han de computar dichas operaciones.

Al mismo tiempo que se configura el concepto de unidad institucional, es preciso arbitrar un procedimiento que sirva para determinar si se ha producido la transferencia de riesgos de la operación fuera de la Administración. Una determinación genérica de los riesgos inherentes al contrato resulta ciertamente complicada. Por ello, en aras de facilitar la comprobación de la realidad económica del contrato, por parte de Eurostat se han dividido estos en riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad o, alternativamente, los denominados riesgos de demanda. No obstante, esta división juega como un elemento para el análisis, ya que el principio básico del que se parte en Eurostat es que para que un riesgo esté asumido por parte de una unidad institucional de mercado y, por tanto, la operación no se consolide en las cuentas de una Administración pública la mayoría de los riesgos de construcción y de disponibilidad o de demanda han de recaer en el sujeto particular.

La primera modalidad de riesgo en el proceso de ejecución de una infraestructura que se ha de transferir a la sociedad instrumental es la relativa a los riesgos de construcción. Tomando como punto de partida lo indicado por Eurostat, se puede señalar que este tipo de riesgo «cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos—incluidos los riesgos ambientales—, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros»³⁹. De esta regla se ha de derivar que todos los gastos directos e indirectos, previstos e imprevistos que se deriven del proceso de construcción de la obra, así como los relativos a la búsqueda del capital y su devolución hayan de ser asumidos por parte de las sociedades instrumentales de las Administraciones públicas.

La primera de las dos modalidades en que se dividen los riesgos de la fase de explotación de la infraestructura es el denominado riesgo por disponibilidad. De acuerdo con lo señalado por Eurostat, este tipo de riesgo está constituido por los que «hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato»⁴⁰. En efecto, recordemos que en los denominados pagos por disponibilidad no hay un pago ni por la construcción del inmueble⁴¹ ni por la utilización real del inmueble sino por la puesta a disposición por parte del particular, que en este caso sería una entidad instrumental pública, a la Administración de unas instalaciones en perfectas condiciones de utilización⁴², esto

³⁹ Eurostat, «Long Term ...», pág. 9.

⁴⁰ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 9.

⁴¹ Recordemos que si los pagos se estructuraran como pagos por construcción con abono de interés, nos encontraríamos ante un arrendamiento financiero que sí afecta a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas.

⁴² Tal como señala Eurostat, «el contrato entre la Administración pública y la sociedad tiene las características de un arrendamiento operativo. Solo repercuten en la capacidad o necesidad de financiación (B.9) los pagos regulares de la Administración pública» que se destinen únicamente al pago del bien, en cuyo caso el arrendamiento tendrá naturaleza de arrendamiento financiero. Eurostat, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 189.

es, como si se tratara de un servicio⁴³, lo que supone, asimismo, que todos los gastos de mantenimiento y los hipotéticos seguros que se constituyan han de ser abonados por la sociedad pública, ya que si no fuera así nos encontraríamos ante un arrendamiento financiero, que sí afecta a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas. Este elemento, que introduce la calidad en la prestación de los servicios dentro del contrato, es uno de los más relevantes que computa Eurostat a los efectos de desconsolidar una operación. Concretamente, Eurostat ha indicado que «los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado»⁴⁴.

La última modalidad de riesgo que tiene que asumir la sociedad instrumental es el denominado riesgo de demanda. De acuerdo con lo que se ha señalado por la Oficina estadística europea, los riesgos de demanda serían aquellos que cubren «aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del *riesgo económico* que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado»⁴⁵.

13. INSTRUMENTOS DE CONTROL Y DIRECCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ: LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ

La configuración de una sociedad instrumental tiene como uno de sus elementos más relevantes de su régimen, tal como se ha señalado en algunos pasajes de este estudio, la determinación de un «Ministerio de tutela». Es un elemento del acto de autorización de la constitución de la sociedad, que está recogido en el artículo 176.1 de la Ley de Procedimiento de las Administraciones Públicas (LPAP): «al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 166.2 de esta ley, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma».

El punto más destacado para la gestión diaria de la sociedad y, sobre todo, para el cumplimiento de los objetivos de interés general que motivaron la creación de la misma es la concreción de los poderes de dirección que asume el Ministerio de tutela sobre el funcionamiento societario. Se trata, desde luego, de un apartado en el cual las relaciones que se planteen en un plano metalegal son tan importantes como las que se recogen de forma expresa y exteriorizada en la legislación. Y, desde luego,

⁴³ Concretamente, Eurostat afirma sobre este caso que «la sociedad es quien presta un servicio a la Administración pública, servicio cuya producción se lleva a cabo con la infraestructura. Por lo tanto, es pertinente registrar la infraestructura en el balance de la sociedad durante el periodo de explotación. El servicio constituye gasto en consumo final de la Administración pública». Eurostat, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 191.

⁴⁴ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.* pág. 15.

⁴⁵ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.* pág. 9.

la presencia de altos cargos de los Ministerios de tutela en la dirección de todas las sociedades estatales de obras públicas acaba eliminando mucho dramatismo a las limitaciones que tienen los Ministerios para actuar en el sector societario, ya que la duplicidad de funciones que cumplen permite que la correa de transmisión de las inquietudes ministeriales resulta mucho más fluida que si esto no ocurriera. Lo que sucede es que, al mismo tiempo, pone en duda la propia existencia autónoma de la sociedad estatal y que realmente nos encontremos ante la consideración de una unidad institucional, tal como ha sido definida por Eurostat, de acuerdo con lo que se ha visto en el epígrafe anterior.

El tercer componente de la potestad de tutela es el de la responsabilidad de la Administración matriz, a través del Ministerio que la ejerza, de dar cuenta de lo actuado por la sociedad estatal de obras públicas. Aunque se trate de una sociedad sometida al Derecho privado no podemos olvidar su componente público que exige que responda de su actuación ante el Parlamento dando cuenta de su gestión. Esta labor de exteriorización de la actividad de la sociedad instrumental la ha de hacer el Ministerio de tutela, tal como dispone el artículo 177.1 de la LPAP: el Ministerio de tutela «será el responsable de dar cuenta a las Cortes Generales de sus actuaciones», en el sentido de que el control político del funcionamiento de la misma, a través de los diversos mecanismos que están recogidos en los Reglamentos parlamentarios, será efectuado por el titular del Ministerio que ejercita la tutela.

14. CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

En la regulación contenida en el Título VI de la LGP se recogen tres modalidades de actividad de la Intervención General de la Administración del Estado⁴⁶: función interventora, control financiero permanente y auditoría pública. El primero es el que se efectúa con carácter previo a la realización del gasto sobre los actos que pueden suponer pagos con fondos públicos «con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso», tal como dispone el artículo 148 de la LGP. El segundo, el control financiero permanente es aquel que «tendrá por objeto la verificación de una forma continua realizada a través de la correspondiente intervención delegada, de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero» (art. 157). Son dos instrumentos fundamentales para determinar que se ha producido de forma adecuada el gasto público. Sin embargo, no son aplicables a las sociedades mercantiles, a las cuales se va a aplicar solo la tercera de ellas, que es la auditoría pública, que tiene sus carencias.

En efecto, conviene recordar dos factores importantes a la hora de valorar la importancia real que tienen las auditorías: en primer lugar, constituye un examen a posteriori de la ejecución de los programas que haya puesto en marcha la sociedad estatal, nunca constituye una evaluación de los mismos que pudiera servir para cambiar los objetivos que pretenda conseguir. De hecho, en este punto

⁴⁶ Sobre el control interno del gasto público, debe verse, por todos, el excelente trabajo de LAZO VITORIA, X., *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid (2008).

está una de sus debilidades, que constituye siempre un análisis a posteriori de cómo se ha ejecutado el programa. En segundo lugar, como complemento de las carencias del sistema de auditorías en las sociedades estatales, conviene recordar que la realización de las auditorías anuales no es obligatoria para todas ellas sino que se efectuará solo en el supuesto de que la sociedad respectiva esté incluida en el Plan Nacional de Auditoría que recoge el artículo 165 de la LGP.

Las auditorías, en plural, son los únicos instrumentos de este tipo de control, ya que el artículo 164.1 de la LGP recoge tres modalidades de auditoría que pueden servir para efectuar el control de las sociedades –auditoría de regularidad contable, auditoría de cumplimiento y auditoría operativa–; las cuales se pueden combinar, de acuerdo con lo que dispone el apartado siguiente. A ellas tres se añadirán otra serie de auditorías específicas⁴⁷ que, como ha señalado GUAYO⁴⁸, su recepción en la LGP supone la positivización de las prácticas administrativas previas.

Resumiendo la funcionalidad de las tres auditorías básicas se puede indicar que la *auditoría de regularidad contable*, consiste en la revisión y verificación de la información y documentación contable con el objeto de comprobar su adecuación a la normativa contable y, en su caso, presupuestaria que le sea de aplicación. Por su parte, la *auditoría de cumplimiento*, cuyo objeto consiste en la verificación de que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que les son de aplicación. En último lugar, la *auditoría operativa*, que constituye el examen sistemático y objetivo de las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la buena gestión.

De los tres procedimientos, la más útil es la auditoría operativa. Constituye una medida que ha de ser encuadrada dentro de las iniciativas que comprenden el denominado *New Public Management*, que pretenden la mejora en el funcionamiento de las Administraciones públicas introduciendo, de forma adaptada, modos y formas de la empresa privada en los entes públicos. Este supuesto se encuadraría dentro de las medidas que permitirían un mejor conocimiento de los entes públicos para eliminar las disfunciones de todo tipo en su modo de actuar a fin de que se pudiera conseguir unos resultados mejores en su servicio a los intereses generales.

Se puede, a su vez, diversificar en tres modalidades: i) *Auditoría de programas presupuestarios*⁴⁹, consistente en el análisis de la adecuación de los objetivos y de los sistemas de seguimiento y

⁴⁷ Concretamente, se recogen las siguientes auditorías: Auditoría de contratos-programas y de seguimiento de planes de equilibrio financiero (art. 171), Auditoría de los Planes iniciales de actuación (art. 172) –a la que se hizo referencia en la exposición del proceso de constitución de la sociedad–. Además, se contemplan otros tipos de auditoría que no son de aplicación a los supuestos de las sociedades instrumentales.

⁴⁸ DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2004), pág. 135.

⁴⁹ De acuerdo con las normas técnicas de auditoría del sector público, aprobadas por Resolución de 14 de febrero de 1997 del Interventor General de la Administración del Estado, pretende, entre otros:

a) Valorar si los objetivos de un programa, bien sea este nuevo o ya en funcionamiento, son adecuados, posibles y útiles.

autoevaluación desarrollados por los órganos gestores, la verificación de la fiabilidad de los balances de resultados e informes de gestión, así como la evaluación del resultado obtenido, las alternativas consideradas y los efectos producidos con relación a los recursos empleados en la gestión de los programas y planes de actuación presupuestarios. ii) *Auditoría de sistemas y procedimientos*⁵⁰, consistente en el estudio exhaustivo de un procedimiento administrativo de gestión financiera con la finalidad de detectar sus posibles deficiencias o, en su caso, su obsolescencia y proponer las medidas correctoras pertinentes o la sustitución del procedimiento de acuerdo con los principios generales de buena gestión. En este sentido, la auditoría operativa tiene un triple ámbito de cuestiones que se analizan durante su ejecución: a) Si el procedimiento administrativo utilizado en la realidad por el órgano gestor en el desarrollo de sus competencias es el adecuado para conseguir la finalidad perseguida. b) Las causas de la ineficiencia, si las hubiere, y si estas son debidas a los procedimientos utilizados o a una deficiente organización de los recursos disponibles. c) Si el órgano gestor está actuando de acuerdo con las normas, principios y directrices vigentes y, en particular, con los principios generales de la buena gestión financiera; iii) *Auditoría de economía, eficacia y eficiencia*⁵¹, consistente en la

- b) Determinar hasta qué punto un programa consigue sus resultados en el grado deseado.
- c) Dictaminar la eficacia de un programa o de alguno de sus componentes.
- d) Identificar los factores que están impidiendo un rendimiento satisfactorio.
- e) Determinar si en la ejecución de programas se han considerado otras alternativas que pudieran conducir a los resultados deseados, de forma más eficaz o a menor coste.
- f) Establecer la relación entre el programa auditado y otros, analizando si el cumplimiento los duplica, los solapa o entra en conflicto con ellos.
- g) Identificar vías que mejoren las operaciones de los programas.
- h) Determinar si se cumplen las leyes y demás normas en aquellos aspectos que son relevantes para los programas.
- i) Analizar si los sistemas de control de gestión miden, informan y valoran adecuadamente la eficacia de un programa.
- j) Determinar si se han establecido indicadores válidos y fiables de la eficacia del programa.

⁵⁰ De acuerdo con las normas técnicas de auditoría del sector público, aprobadas por Resolución de 14 de febrero de 1997 del Interventor General de la Administración del Estado, la auditoría de sistemas y procedimientos se extenderá a los siguientes elementos de la gestión financiera:

- a) El procedimiento administrativo de gestión financiera objeto de estudio, así como los afectados directa o indirectamente por el mismo, dentro del propio órgano gestor, proporcionando una descripción del procedimiento real.
- b) Estudio de la parte del procedimiento o de procedimientos relacionados cuya competencia corresponda a otros centros gestores distintos del auditado.
- c) Contraste entre el procedimiento real y el establecido en la normativa vigente, obteniendo y cuestionando las desviaciones detectadas.
- d) Las posibles ineficiencias y causas de las mismas, incidiendo especialmente en si estas derivan de la no adecuación de los procedimientos.
- e) Estudio de la organización relacionada con el o los procedimientos analizados, y en particular la posibilidad y oportunidad de la delegación o desconcentración de competencias.
- f) Diseño, en su caso, de procedimientos alternativos al actual, que solucionen las deficiencias detectadas, dentro de los recursos y condiciones existentes.
- g) Trámites a seguir, incluyendo el desarrollo normativo correspondiente, para la implantación del nuevo procedimiento seleccionado o para la modificación del vigente.
- h) Estudio de los sistemas informáticos de gestión, asociados al procedimiento existente y, en su caso, propuesta de uno nuevo para racionalizar el procedimiento.

⁵¹ De acuerdo con las normas técnicas de auditoría del sector público, aprobadas por Resolución de 14 de febrero de 1997 del Interventor General de la Administración del Estado, la auditoría se extenderá a los siguientes elementos:

- a) Está siguiendo procedimientos de contratación adecuados.
- b) Está adquiriendo la cantidad necesaria de recursos y del tipo y calidad apropiados y al coste adecuado.
- c) Está protegiendo y manteniendo adecuadamente los recursos.
- d) Está evitando la duplicación de tareas y la ejecución de trabajos inútiles.

valoración independiente y objetiva del nivel de eficacia, eficiencia y economía alcanzado en la utilización de los recursos públicos. Teóricamente, este tipo de auditoría permitirá obtener un análisis de si se ha cumplido con los objetivos de los programas de actuación previstos –control de eficacia–; en un segundo nivel, si el coste de los servicios ha sido adecuado teniendo en cuenta los resultados obtenidos –control de eficiencia– y en un tercer lugar, conectado con el anterior, si la adquisición de los activos ha resultado adecuada para la consecución de los objetivos –control de economía–.

15. EL CONTROL POR PARTE DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Teniendo en cuenta los objetivos de control de legalidad y de gestión económico-financiera que ha de fiscalizar, se distinguen internamente por el propio Tribunal de Cuentas⁵² diversos ámbitos de fiscalización que pueden coincidir con el ámbito de la auditorías que se han examinado en el epígrafe anterior: fiscalización de cumplimiento –que supone la adecuación de las actividades sociales a la norma de creación–, fiscalización financiera –que supone la comprobación de la adecuación de los estados contables a los principios y criterios que le sean aplicables–, fiscalización de los sistemas y procedimientos –que permite la verificación de la existencia y funcionamiento de los controles internos que deba tener la sociedad– y, por último, fiscalización operativa –que verifica total o parcialmente la actividad económico-financiera de la entidad fiscalizada y, en particular, si su funcionamiento se adecua a los principios de economía, eficiencia y eficacia⁵³, a los que habría que añadir la calidad, tal como se ha recogido de forma tradicional y se contempla en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁵⁴. En definitiva, de lo que se trata es de comprobar si se ha cumplido con los principios de eficiencia y economía, que actúan como «elementos de racionalidad del gasto público», tal como dispone el artículo 31.2 de la CE.

- e) Está evitando la ociosidad y el sobredimensionamiento de la plantilla.
- f) Está empleando la cantidad óptima de recursos (personal, equipos, instalaciones, etcétera) para producir o suministrar en los tiempos previstos la cantidad y calidad adecuadas de bienes y servicios.
- g) Está cumpliendo las leyes y normas en aquellos aspectos que pudieran afectar significativamente a la adquisición, protección y empleo de los recursos de la entidad.
- h) Tiene un sistema adecuado de control de la gestión para medir, informar y evaluar la economía y eficiencia de cada una de las actividades o programas.
- i) Ha establecido indicadores válidos y fiables de economía y eficiencia.

⁵² Tribunal de Cuentas, Normas internas de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

⁵³ Sobre estas cuestiones, véase GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Coedición de la UNED y Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2001), págs. 172 y ss.

⁵⁴ En este sentido, se ha señalado que «si la eficiencia en el gasto público no es sino una hijuela, que no la única, del principio de eficacia administrativa (art. 103 CE), y por tanto, el principio administrativo sirvió de partida al principio presupuestario, el Derecho del gasto público ha devuelto al Derecho Público el principio de calidad que, si bien no es un principio presupuestario en sentido estricto, constituye, en cambio, la culminación de una Administración avanzada y presidida por el principio de eficiencia». DÍAZ CORRAL, M. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación», *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Madrid, 2004, IEF, pág. 72.

Estos son los aspectos generales de la contabilidad de las sociedades instrumentales: sometimiento a los principios de contabilidad empresarial y fiscalización, en las condiciones antedichas, por el Tribunal de Cuentas, que necesariamente ha de estar adaptada a las peculiaridades que tiene el modo en que se realiza la contabilidad, ajena a los procedimientos de las entidades públicas, lo cual plantea evidentemente problemas cuando nos encontramos ante sociedades estatales absolutamente administrativizadas. Si por algunos autores⁵⁵ se ha defendido que para las empresas públicas el régimen de fiscalización debe ser distinto al de las Administraciones públicas, en supuestos como el de las sociedades estatales de obras públicas, la realidad debe ser justo la contraria, el de una identidad absoluta en la medida en que su objeto y su finalidad nada se diferencia del de la Administración matriz.

No obstante, en este punto, me voy a detener un instante en la primera parte, en la relativa al sometimiento a los principios de la contabilidad privada⁵⁶, ya que aquí nos encontramos ante uno de los grandes problemas que tiene el régimen de estas sociedades, sobre todo si se han transformado en instrumentos para la ejecución de las políticas públicas, en condiciones similares a como actuaban con anterioridad los órganos de los ministerios respectivos.

Los principios que rigen la contabilidad pública no son los mismos que los de la contabilidad privada. Así, se ha señalado que los entes públicos «presentan particularidades en su estructura organizativa y sistema de objetivos que aconsejan, en ocasiones, apartarse de esos principios de general aceptación y formular otros más acordes de acuerdo con su particular realidad»⁵⁷. Tanto es así que, tal como ha señalado el propio Tribunal de Cuentas, los principios que se van a aplicar van a presentar diferencias sustanciales. Así, nos encontramos con que el principio de prudencia –que obliga, en el ámbito público, a que se contabilicen los riesgos en el momento en que se tiene conocimiento de ellos– no se aplica en el ámbito privado, en donde solo se contabilizan en el momento de su materialización. En una línea similar, el principio de devengo obligará a que las transacciones se contabilicen no en el momento de su materialización sino en el que se han dictado los actos administrativos de reconocimiento de derechos, los cuales se dictarán, a su vez, en el momento en que sean exigibles. El principio de importancia relativa, por su parte, solo se aplica en el ámbito de la contabilidad pública en los supuestos en los que se ha incumplido una obligación legal. De igual manera, el principio de correlación de ingresos y gastos ha de ser aplicado de forma relativa en la contabilidad privada.

⁵⁵ CAYÓN, por ejemplo, señala que «cuando estamos ante situaciones en las que el dinero público financia fines públicos bajo formas privadas y en asociación con intereses privados (...) lo que corresponde en buena lógica es mantener un régimen de responsabilidades con fundamentos comunes a los que domina en el campo del Derecho privado y no (...), como en gran parte ocurre en el momento actual, en que la gestión del dinero público conlleva una situación de casi irresponsabilidad práctica desde la débil existencia de controles y de su inutilización en este ámbito cada vez mayor de producción de bienes y servicios sociales»; CAYÓN GALLARDO, A., «El Tribunal de Cuentas: Una perspectiva», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 9 (1980), pág. 73.

⁵⁶ Sobre la relación entre la contabilidad de las entidades públicas y la de las sociedades privadas, puede verse BENITO LÓPEZ, B., *Manual de contabilidad pública*, Editorial Pirámide, págs. 140 y ss.; al que sigo en la exposición subsiguiente.

⁵⁷ REQUENA RODRÍGUEZ, J.M., «La contabilidad en el sector público español», *Revista Economistas*, núm. 31, pág. 11. Tomo la cita de BENITO LÓPEZ, B., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 143.

Sin embargo, el punto más relevante está constituido porque existen tres principios que no están contemplados en la contabilidad empresarial y que, sin embargo, hay que introducir en la contabilidad pública: entidad, imputación de la transacción y desafectación. De ellos, me interesa resaltar en este momento el segundo de ellos, en la medida en que es la consecuencia de la existencia de un presupuesto, que tiene un contenido sustantivo para las Administraciones públicas y que resalta perfectamente la diferencia que existe entre la contabilidad pública y privada y, por ende, la trascendencia que a estos efectos tiene el que se recurra a una sociedad instrumental.

En efecto, el principio de imputación de la transacción tiene una notable importancia por su relación con los ingresos y los gastos. Supone que «ha de efectuarse a activos, pasivos, gastos o ingresos anuales o plurianuales de acuerdo con las reglas establecidas en el Plan de Contabilidad Pública. Los gastos e ingresos presupuestarios se imputarán de acuerdo con su naturaleza económica y, en el caso de los gastos, además, de acuerdo con la finalidad que con ellos se pretende conseguir. Los gastos e ingresos presupuestarios se clasificarán, en su caso, atendiendo al órgano encargado de su gestión. Las obligaciones presupuestarias derivadas de adquisiciones, obras, servicios, prestaciones o gastos en general se imputarán al presupuesto del ejercicio en que estos se realicen y con cargo a los respectivos créditos; los derechos se imputarán al presupuesto del ejercicio en que se reconozcan o liquiden»⁵⁸. Como se puede apreciar, la importancia de este principio deriva directamente del valor que tiene el presupuesto, que, como hemos visto en el epígrafe anterior, también se ha rebajado en relación con estas sociedades instrumentales al ser meramente estimativo.

16. EL EJEMPLO FINAL DEL SISTEMA DE SOCIEDADES ESTATALES PARA OBRAS PÚBLICAS: EL GRUPO AENA

Las páginas anteriores han servido para ilustrar el régimen general de las sociedades estatales de obras públicas. No obstante, conviene tener presente las peculiaridades del régimen de las infraestructuras aeroportuarias, ya que ofrece perspectivas nuevas de integración entre el régimen público y privado, con las dificultades que plantea.

En efecto, la modernización del sistema aeroportuario español está regulado en el Capítulo I del Título II del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Esta nueva ordenación del sector no consiste en una regulación lineal y aséptica del sistema –que pudiera ser considerado como un análisis de microderecho–, sino que, por el contrario, introduce cambios de importancia en aspectos relevantes de dichas materias. Por tanto, es una cuestión que trasciende la propia regulación de los aeropuertos y nos cuestiona aspectos relevantes de la ordenación general de bienes y contratos públicos.

⁵⁸ BENITO LÓPEZ, B., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 183.

16.1. Ruptura del binomio obra pública-dominio público

Tradicionalmente, ha habido una vinculación entre las infraestructuras de interés general y el dominio público. Se ha considerado que el régimen constitucional de esta categoría de bienes públicos –que, por otra parte, coincide con lo que tradicionalmente se han considerado las notas esenciales del demanio– proporciona una protección especial a la función pública que se presta. La propia STC 227/1988, la más completa desde la perspectiva general del dominio público, indica que la incorporación de un bien al dominio público en los supuestos de afectación a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional «está íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material». Puertos, aeropuertos, ferrocarriles, carreteras, las grandes infraestructuras de titularidad pública han estado siempre en el dominio público.

Aunque en los bienes del demanio artificial las leyes reguladoras de cada uno de los servicios no desarrollan demasiado las tres notas constitucionales del dominio público –posiblemente porque no resulte necesario, frente a otros aspectos como su planificación, construcción y mantenimiento–inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad son, de este modo, las notas jurídicas básicas de un régimen que precisa, como ha señalado la doctrina desde siempre, también la titularidad por parte de un ente público. Soy consciente de que el alcance de lo anterior no es equivalente en todos los bienes y que, incluso, el concepto de la titularidad nos coloca en una realidad compleja, como tuve ocasión de explicar hace bastantes años. Pero por importante que pueda ser la pluralidad de regímenes que derivan de la expresión dominio público y por dificultoso que sea hablar del titular de un bien el salto cualitativo que nos hace dar la nueva ordenación de los aeropuertos hace que nos coloquemos en un escenario diferente.

El hecho de atribuir a sociedades de naturaleza privada la encomienda de la construcción y mantenimiento de infraestructuras no resulta novedoso en nuestro ordenamiento jurídico y, de hecho, en aplicación de este modelo de sociedades estatales en este momento la Administración General del Estado es titular de 17 de estas sociedades, ya sea en solitario, ya sea en colaboración con otras Administraciones públicas, como ocurre en dos supuestos.

No obstante, lo que está planteado en relación con el sistema aeroportuario no reúne las características que estaban presentes en el modelo de las sociedades estatales de obras públicas. De hecho, me atrevo a señalar que son modelos totalmente diferentes a pesar de que tanto allí como aquí había un problema en relación con el cumplimiento de los criterios de convergencia que están presentes en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y que tanto allí como aquí hay un momento temporal en el que se encomienda a las sociedades afectadas por las disposiciones la realización de actividades de construcción de infraestructuras.

A partir de ahora, sin embargo, el régimen de las infraestructuras aeroportuarias va a ser distinto: las infraestructuras aeroportuarias no afectas a los servicios de navegación aérea dejan de ser

bienes de dominio público. Las infraestructuras afectas al desarrollo de actividades aeroportuarias pasan a ser bienes patrimoniales que se integran en el patrimonio de la sociedad «AENA Aeropuertos, SA». Es la continuación de la prohibición tradicional de que una sociedad mercantil sea titular de unos bienes, ya que con ello se rompería el régimen de la indisponibilidad. En principio, parece claro que si atribuimos los bienes a una entidad mercantil hay que retirarles el carácter demanial. Pero, claro es, esto no es un dato irrelevante sino todo lo contrario.

De hecho, el primer dato que proporcioné hace escasamente un par de minutos se rompe: para que haya un servicio de interés general de la importancia de las actividades aeroportuarias no hace falta que exista dominio público y, por ello, pasan a ser bienes patrimoniales. Más aún, infraestructuras esenciales como los aeropuertos pasan a estar en el patrimonio de una sociedad mercantil que habrá de ser mayoritariamente pública pero que no deja de ser una sociedad mercantil, cuyo destino es, además, la enajenación parcial de parte de su capital. Pero, aunque desde un punto de vista formal, a una incorporación al dominio público se le quita sus consecuencias con otra norma con rango de ley, desde un punto de vista material, no deja de resultar llamativo. De hecho, leyendo la STC 227/1988, la que resuelve los recursos de inconstitucionalidad de la Ley de Aguas de 1985 y en la que se ofrece la doctrina mejor sobre el dominio público de la jurisprudencia constitucional, uno puede legítimamente plantearse si los requisitos materiales para incluir un bien en el dominio público se cumplen en este caso.

El cambio es esencial. Los aeropuertos dejan de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles y, en el planteamiento del legislador, la función pública que se presta con ellos, ni más ni menos que el tráfico aéreo, no se siente, aparentemente, dañada. La idea de afectación –esencialmente protegida durante el articulado del decreto-ley– cubre las carencias del régimen patrimonial público en cuanto a la protección de los bienes. Pero esta realidad, bien conocida en el Derecho alemán, consistente en que la afectación sea el concepto nuclear del Derecho de cosas públicas, nos coloca en un problema relevante desde un punto de vista conceptual y que Alejandro NIETO planteó allá por los años sesenta y que el texto constitucional dejó carente de sentido: la oportunidad de que siga existiendo el dominio público⁵⁹. Si para que un bien público sirva adecuadamente al interés general no hace falta el demanio, es que esta categoría carece de la importancia que se le ha querido proporcionar. Y ello con independencia de que, a los efectos de la prestación del servicio aeroportuario, hay cuestiones de especial trascendencia que no dependen, ni de lejos, de la consideración de las infraestructuras como bienes de dominio público o de naturaleza patrimonial.

El concepto que pasa a ser central en la explicación de los bienes públicos es el de afectación. No es un concepto novedoso, sin duda, pero hay que destacar que también sufre una transformación relevante. La afectación, tal como la conocemos, cumple dos funciones si examinamos la LPAP: por

⁵⁹ Concretamente, afirmó que «la teoría del dominio público sería una categoría lógica, que la doctrina importaría de Francia, y el Código Civil adoptaría luego a su modo, para terminar introduciendo una confusión que cada día se agrava más, y a la que es urgente poner fin, aunque para ello sea preciso abandonar la teoría del dominio público, cuyos días –no es difícil predecirlo, aunque cause a algunos cierto escándalo– están contados». NIETO GARCÍA, A. *Los bienes comunales*, EDERSA, Madrid, 1964, pág. 3.

un lado, determina el destino del bien y, por el otro, permite la incorporación de este al dominio público y el ente que afecte asumirá las funciones correspondientes en relación con los bienes. Con la adscripción, que es la figura equivalente para los bienes del patrimonio de los organismos públicos, pasa algo similar. Estas reglas sobre la afectación son las que sufren una transformación en el sistema aeroportuario.

Aquí, de entrada, se mantiene una afectación en cuanto vínculo funcional pero cambiará toda la regulación complementaria: por lo que hace referencia al titular del bien será una sociedad mercantil pública, la cual podrá no ser, además, la que se encargue de la administración, promoción, gestión y explotación de ellos en el caso de que se constituyan entidades filiales para la gestión aeroportuaria individualizada. Por lo que se refiere a la naturaleza del bien, se trata, como ya hemos visto, de unos que tienen naturaleza patrimonial; lo cual es indicativo de que si ante un supuesto de esta naturaleza nos encontramos con que el bien puede ser de propiedad de una empresa con capital privado, es que el demanio tiene una funcionalidad limitada.

Esta es una cuestión de extrema importancia y sobre lo que habrá de seguirse investigando. La jurisprudencia constitucional ya abrió una brecha en la STC 166/1998, la relativa a la inembargabilidad de los caudales públicos, en donde se hizo referencia al principio de la afectación material de un bien a una función pública. Es una idea totalmente razonable teniendo en cuenta que lo que hace que tenga sentido un patrimonio público es precisamente su servicio a los intereses generales. En todo caso, reconociendo las limitaciones que plantea el artículo 132 de la Constitución y la propia legislación patrimonial pública, lo que se abría en dicha resolución es la posibilidad de un *tertium genus* dentro de los bienes públicos generales, que no fuera ni demanial ni patrimonial sino algo intermedio. Es una solución que no oculta esa evolución tan extraña del derecho de bienes públicos a final del siglo XIX, en donde el dominio público se construye por acumulación, y en el que la autoridad del Código Civil ha impedido un debate sereno sobre la extensión y configuración de los bienes públicos. Pues bien, aquí nos encontramos con que el nuevo régimen de los aeropuertos entraría en ellos... aunque habría que incluir que sirve también para los bienes que solo parcialmente son públicos, teniendo en cuenta que el destino de estos bienes es su enajenación parcial. El *tertium genus* abriría la puerta a un cuarto con un régimen jurídico que no está claro, más allá que sepamos que son bienes «patrimoniales».

16.2. Apuntes sobre las peculiaridades patrimoniales de AENA

Pero para los bienes patrimoniales la situación también presenta contornos novedosos. No es esa categoría de bienes públicos residual, que muy gráficamente CHINCHILLA definiera como una estación de paso en un camino que o se dirige a la enajenación o se dirige a la demanialización. Se transforma en una situación estructural, que da justificación a la presencia de un bien dentro del patrimonio público, ya que este bien está sirviendo a los intereses generales, a los cuales está afecto. No es, sin embargo, lo único reseñable.

De entrada, AENA Aeropuertos, SA, «tendrá la condición de beneficiaria de las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión. Los bienes expropiados se integrarán en el patrimonio de "AENA Aeropuertos, SA"».

Se incorporarán al patrimonio de la nueva sociedad mercantil AENA Aeropuertos, SA, «la totalidad de los bienes, derechos, deudas y obligaciones de la entidad pública empresarial AENA actualmente afectos al desarrollo de actividades aeroportuarias, comerciales u otros servicios estatales vinculados a la gestión aeroportuaria», tal como dispone el artículo 9.2. Se trata de un patrimonio que en todo caso «se mantendrá bajo la titularidad de la sociedad AENA, Aeropuertos, SA», tal como dispone el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la constitución de la sociedad estatal «AENA Aeropuertos, SA» y ello con independencia de que se trate de los aeropuertos gestionados por sus sociedades filiales o se trate de los gestionados por los concesionarios. Obviamente, ni lo uno ni lo otro son decisiones que estén exentas de consecuencias jurídicas, tanto para las sociedades integradas en AENA Aeropuertos, ni para los concesionarios ni para terceros ni para el interés general.

Teniendo en cuenta el coste de la construcción de una infraestructura aeroportuaria, el tiempo de amortización y la situación deficitaria de muchos de ellos no deja de plantear dudas desde el punto de vista jurídico: ¿Es embargable una infraestructura aeroportuaria en cobro de los créditos impagados que se hayan solicitado para su construcción? Desde una óptica del Derecho de sociedades, la solución teóricamente debería ser así, aunque el régimen de gestión aeroportuaria que recoge la norma nos conduce a una solución diferente.

16.3. Contratación privada y concesiones

Desde la perspectiva de la contratación, el nuevo régimen aeroportuario tampoco debe dejar indiferente al lector. De entrada, porque AENA Aeropuertos, SA, en cuanto entidad privada, deja de estar sometida a la Ley de Contratos del Sector Público y pasa a estarlo a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Es la primera consecuencia del cambio de régimen que ha producido el real decreto-ley y lo que permite recoger la modalidad contractual del contrato de concesión de servicios que está incluido en el artículo 15 de dicha ley. Pero no el único.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, AENA Aeropuertos, SA, «asumirá el conjunto de funciones y obligaciones que actualmente ejerce la entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA en el momento de entrada en vigor de este real decreto-ley». Este precepto ha sido desarrollado en el artículo 2 de los estatutos de la sociedad, le corresponde «el diseño y elaboración de los proyectos, ejecución, dirección y control de las inversiones en las infraestructuras e instalaciones a que se refieren las letras a) y b) y en bienes

destinados a la prestación de los servicios de tránsito aéreo de aeródromos adscritos a dichas infraestructuras aeroportuarias». Se presupone que la decisión sobre estas materias corresponde al Estado que, a su vez, efectúa una encomienda de gestión a AENA Aeropuertos, SA, para que efectúe las actividades descritas. ¿Sobre qué presupuestos?

El destino declarado de AENA Aeropuertos, SA, es su privatización parcial, como vía para la obtención de recursos para el erario público. En el momento en que se produzca la enajenación parcial de su capital ¿cómo se articulan estos encargos? Mientras siga siendo pública, no hay especial problema, pero ¿cuándo sea parcialmente privada se puede seguir encomendando de igual forma la actividad? Recordemos que las actividades pueden ser adjudicadas directamente a las sociedades estatales, siempre que se cumplan con los requisitos de la jurisprudencia sobre contratos *in house providing* del TJCE que nace de la Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999 y que llega hasta la reciente Sentencia Auroux c. Rouen de 18 de enero de 2007, en la que se afirma, recogiendo la jurisprudencia anterior, que la licitación no es necesaria para los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de este si el «ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

No es ocioso recordar que la presencia en el capital social de un socio privado indica siempre la consecución de intereses de otra naturaleza, de carácter privado. Posiblemente por ello, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»⁶⁰.

En segundo lugar, la perspectiva de la contratación pública tiene un punto llamativo en relación con una de las modalidades de gestión individualizada de los aeropuertos, recogida en el artículo 10. De entrada, la concesión, como figura típica de la Administración pública, pasa a ser otorgada por una entidad de naturaleza privada como es AENA Aeropuertos, SA. Y no puede ser más curioso también que se haya recurrido a una figura extraña, poco utilizada, como es la concesión de servicios que está regulada en la ley de contratos de los sectores excluidos.

Posiblemente, desde la perspectiva del derecho de bienes y de la contratación pública estos sean los elementos más relevantes. No obstante, hay otros elementos de la regulación del sistema aeroportuario español que contempla el real decreto-ley que son dignos de mención, y de crítica, teniendo en cuenta los posibles perjuicios que pueden producirse al interés general. Posiblemente, lo más importante está en este inciso del artículo 8, que dispone que «sin perjuicio de lo establecido en la normativa administrativa de aplicación en materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero...». Cuestiones ya explicadas con anterioridad y, por tanto, a ello me remito.

⁶⁰ Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03 y la de 10 de noviembre de 2005, Comisión c. Austria, As. C-29/04.

17. CONSIDERACIONES FINALES

Estas últimas páginas han querido mostrar cómo el régimen de las infraestructuras públicas está en un momento de especial cambio que va a afectar a las propias categorías jurídicas que habíamos tenido hasta ahora y cuyos contornos parecían claros. Bienes públicos, contratos públicos y entidades públicas no se han podido sustraer de la ola posmodernista que ha quitado la racionalidad a ciertas instituciones públicas. Bien es cierto que quiebras del sistema han existido siempre, aunque en el momento actual se han acrecentado y que la posmodernidad se ha traducido en un incremento de la privatización de lo público con todos los problemas que ello supone: privatización de reducción de lo público que se encomienda al sector privado; privatización por la huida del ordenamiento jurídico propio de las Administraciones públicas; privatización, en fin, por importación de modos de comportamientos privados que se han revelado dañinos –como el uso de la ingeniería jurídico-financiera–. En definitiva, malos tiempos para lo público, que es lo de todos.