

LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS EN LA NUEVA LEY DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO DE ARAGÓN

LUIS BIENDICHO GRACIA

Director de Área Legal de la Corporación Empresarial Pública de Aragón

VITELIO TENA PIAZUELO

Secretario General de la Presidencia

Gobierno de Aragón

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.– II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL.– III. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS: 1. Definición y alcance. 2. Principios rectores y régimen jurídico. 3. Creación y extinción. 4 Régimen de personal. 5. Régimen patrimonial. 6. Régimen presupuestario, contable y de control económico-financiero. 7. Régimen de contratación. 8. Otras disposiciones.– IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS: 1. La dispersión y el solapamiento normativo: A) La particular naturaleza de las sociedades mercantiles públicas. B) La dualidad normativa en el propio ordenamiento administrativo. C) Algunos ejemplos concretos. D) La necesidad de una futura ley específica conforme a principios de buena regulación. 2. La insuficiencia del régimen de los encargos de ejecución a medios propios personificados como posibilidad organizativa y de relación entre las sociedades mercantiles autonómicas: A) Remisión normativa y contenido del art. 57. B) La amplitud y generalidad de la regulación del art. 57. Aspectos críticos. C) La dificultad legal de formular encargos inversos para su ejecución por la Administración matriz. D) Una perspectiva alternativa.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La colaboración analiza el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas en su evolución comparativa con la legislación autonómica previa, dada su condición, reforzada por la nueva ley, de sujetos o entes que forman parte del sector público institucional, e incide en las cuestiones que la regulación deja abiertas, como son las relativas a la dispersión normativa y el solapamiento con la legislación de patrimonio o la articulación de las relaciones entre sí de las sociedades mercantiles autonómicas por medio de la figura de los encargos a medios propios.

Palabras clave: sector público institucional; sociedades mercantiles autonómicas; régimen jurídico; entes derivados; secundarios o dependientes; dispersión normativa; buena regulación; encargos a medios propios; ordenación de servicios intra-grupo.

ABSTRACT: The collaboration analyzes the legal regime of regional public societies in its comparative evolution with previous regional legislation, in view of their status, reinforced by the new law, of subjects or entities that are part of the institutional public

sector, and it touches on the issues that regulation leaves open, as those relating regulatory dispersion and overlap with public heritage legislation or the articulation of relationships among regional public societies through a figure of in house providing.

Key words: institutional public sector; regional public societies; legal regime; secondary; derivative or dependent entities; regulatory dispersion; fine regulation; in house providing; management of intra-group services.

I. ANTECEDENTES

Los artículos 117 a 126 la de la Ley 5/2021, bajo la rúbrica «*De las sociedades mercantiles autonómicas*», integran el capítulo IV de su título IV, configurando un capítulo específico dentro de la genérica regulación de la «*Organización y funcionamiento del sector público institucional autonómico*», ubicado sistemáticamente entre la caracterización general del sector público institucional y el régimen de los organismos públicos autonómicos (cuya doble modalidad organizativa tradicional distingue, en el ordenamiento autonómico de nuestra Comunidad, entre los organismos autónomos y las entidades de derecho público) y la regulación de otras personificaciones de raíz instrumental como son los consorcios autonómicos y las fundaciones del sector público autonómico.

El preámbulo de la norma explica la finalidad de la regulación y da razón de los contenidos y novedades legislativas que introduce. Según enumera, entre las finalidades de la nueva regulación están las de desarrollar y adaptar la normativa autonómica a la legislación estatal en la materia (apartado II), así como la de delimitar su ámbito subjetivo de aplicación y los principios generales de la ley (apartado V).

También se reseñan en el apartado VI del preámbulo las novedades legislativas que introduce su título IV, como son las relativas a la reserva a autorización del Gobierno de Aragón de la participación en cualesquiera entes de distinta naturaleza que no estén integrados en el sector público institucional autonómico, la creación de un Registro de Entes de la Comunidad Autónoma de Aragón, el desarrollo de los principios de control de eficacia y supervisión continua de los entes del sector público institucional y —ya específicamente para las sociedades mercantiles autonómicas— la incorporación del criterio de la *influencia dominante* como elemento sustancial de la condición de la sociedad mercantil autonómica, en coherencia plena con la legislación autonómica de patrimonio y superando la anterior definición de *empresa pública* que generaba dudas sobre las formas que podía admitir su personificación atendiendo a las distintas modalidades societarias, civiles y mercantiles, cuyos regímenes y efectos son dispares en función de cada modalidad.

Junto a la delimitación de las sociedades mercantiles autonómicas como parte del sector público incluido en su ámbito subjetivo de aplicación [título preliminar, capítulo I, art. 2.2.b)], se regulan las sociedades mercantiles autonómicas en los capítulos I («*Del sector público institucional*»), II («*Control de eficacia y supervisión continua*») y IV («*De las sociedades mercantiles autonómicas*»), todos ellos parte del título IV («*Organización y funcionamiento del sector público institucional autonómico*»), así como en varias de las disposiciones de su parte final: las disposiciones adicionales primera, cuarta y décima, las tres disposiciones transitorias y su disposición final primera.

Respecto a los antecedentes normativos más significativos a la vista del contenido material de la nueva ley, hay que señalar que la disposición derogatoria única, apartado b), deroga el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 julio, en adelante LAAr) y, entre otras modificaciones normativas, su disposición final primera modifica los arts. 134.1 y 141.1 del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón (en adelante, TRLPA).

La LAAr regulaba, en su título VI («*De los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma*»), capítulo IV («*De las empresas de la Comunidad Autónoma*»), arts. 83 y ss., las *empresas públicas* (hoy, *sociedades mercantiles autonómicas*), completando dicha regulación su disposición adicional decimotercera que normaba, con cierto grado de detalle, los «*Encargos de ejecución a empresas públicas*» desde la Administración.

En el ínterin, la Ley aragonesa 2/2008, de 14 de mayo, de reestructuración del sector público empresarial de la Comunidad Autónoma, atribuyó a una entidad de gestión, bajo la forma de sociedad mercantil unipersonal —previamente constituida en virtud del Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, *Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.*—, la gestión patrimonial de los títulos y participaciones societarias de la Comunidad cuya propiedad ostentaba la Administración o alguno de sus organismos públicos, incorporando, bajo una misma titularidad, los títulos y participaciones societarias autonómicas en una sociedad de cartera patrimonial ('matriz').

Previo Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, la Ley aragonesa 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial (en adelante, LARSPE), por imperativo de la legislación presupuestaria y partiendo de la legislación patrimonial autonómica entonces vigente, enunció los principios de actuación de las sociedades mercantiles autonómicas (generales, financieros y presupuestarios), reforzó las competencias de la Administración y las funciones de la entidad legal de gestión

(Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. conforme a su art. 4.2), e introdujo una serie de normas de régimen económico-financiero, de supervisión y control, de contratación y de personal, incrementando la intensidad de la intervención administrativa en las sociedades mercantiles públicas.

El TRLPA, sobre la ley que venía a refundir, reguló en su título VI el *Sector empresarial del patrimonio de Aragón*, proporcionando su art. 133 una definición general de la *sociedad mercantil autonómica* basada en el criterio de la *influencia dominante* —evolutiva respecto a la definición de *empresa pública* que había recogido inicialmente la legislación organizativa—, y reguló, en su conjunto, desde su perspectiva administrativa derivada de la titularidad patrimonial pública, la distribución de competencias entre los distintos órganos de la Administración en la creación, disolución y extinción de las sociedades mercantiles regionales, en su supervisión y control y en la autorización de las operaciones societarias que afectaran a su estructura de capital.

Y el TRLPA determinó asimismo las funciones que, en su caso, tendría atribuidas la entidad legal de gestión que ostenta la titularidad formal e instrumental de títulos y participaciones societarias, en su disposición adicional novena, partiendo de la atribución de tales funciones a Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U., calificada asimismo como sociedad matriz.

En el ámbito de la legislación estatal la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público redefinió, con carácter básico, el *sector público institucional* incluyendo bajo esta calificación a las sociedades mercantiles públicas [art. 2.2.b)] y, en sus arts. 81 a 83 (título II, capítulo I), enunció los principios generales de actuación y los deberes de inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, como registro público administrativo cuya función es la de garantizar la información pública y la ordenación de las entidades del sector público institucional dependientes de las distintas Administraciones y, entre ellas, las sociedades mercantiles públicas autonómicas de la Comunidad. La llevanza de este Inventario quedó encomendada a la Intervención General de la Administración del Estado.

La Ley aragonesa 1/2017, de 8 de febrero, de medidas de racionalización del régimen retributivo y de clasificación profesional del personal directivo y del resto del personal al servicio de los entes del sector público institucional de la Comunidad Autónoma, como ley de aplicación, por tanto, al personal de las sociedades mercantiles autonómicas, afectó al régimen de relación de su personal y a la configuración de las plantillas que forman sus estructuras organizativas, Derecho aplicable a las relaciones laborales de empresa.

En este contexto legislativo cabe sintetizar las principales novedades que introduce en la materia la Ley aragonesa 5/2021, de las que las cinco primeras son comunes a la totalidad de las entidades integrantes del sector público institucional de la Comunidad Autónoma:

— Prohíbe la integración en el sector público autonómico, mediante su creación o el ejercicio de su control efectivo, de otros sujetos o entidades distintos de los categorizados en la norma.

— Identifica expresamente el sistema de fuentes del régimen jurídico aplicable al conjunto de las entidades que integran el sector público institucional de la Comunidad Autónoma.

— Exige autorización previa del Gobierno de Aragón para la participación de la Administración y de las entidades dependientes en otros entes o instituciones ajenos al sector público institucional autonómico.

— Crea el Registro de Entes de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Extiende el control de eficacia y supervisión continua a todas las entidades del sector público institucional de la Comunidad.

— Modifica la forma jurídica que adopta la decisión del Gobierno de Aragón autorizando la creación o la extinción de una sociedad mercantil autonómica (o la adquisición o pérdida sobrevenida de esta condición), que pasa a ser un acuerdo del Gobierno y no ya un decreto, sin perjuicio de su publicación oficial.

— Precisa el régimen del personal de las sociedades mercantiles autonómicas, incluyendo el régimen del personal directivo.

— Incorpora el término *sociedades mercantiles autonómicas* en sustitución de las anteriores referencias de la LAAr y legislación coetánea a *empresas públicas* o *empresas de la Comunidad Autónoma*, como terminología clásica que había sido incorporada en el texto original del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto (1). Como es sabido, el texto estatutario actualmente vigente mantiene esa referencia en el art. 100.2, según el cual «*El Gobierno de Aragón podrá constituir empresas públicas para la ejecución de las funciones reconocidas en el presente Estatuto*» y la complementa, dentro del listado de materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, aludiendo a la «*Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con los principios de equilibrio territorial y de sostenibilidad y, en especial, la creación y gestión de un sector público propio de la Comunidad. Participación, en su caso, en la gestión del sector público estatal*» (art. 71.32º) (2).

(1) Su art. 57.2 disponía que «*La Diputación General de Aragón podrá constituir Empresas públicas para la ejecución de sus funciones propias reconocidas en el presente Estatuto, así como instar del Estado la creación de Empresas mixtas que estimulen la actividad económica aragonesa*».

(2) Referencia que actualiza la competencia para «*La creación y gestión de un sector público regional propio de la Comunidad*» prevista en el art. 35.1.14 de la primera norma estatutaria.

II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

En la sistemática de la Ley aragonesa 5/2021, el título IV regula la *Organización y funcionamiento del sector público institucional*, comprensivo de los organismos públicos (organismos autónomos y entidades de derecho público, capítulo III), las sociedades mercantiles autonómicas (capítulo IV), los consorcios autonómicos (capítulo V) y, finalmente, las fundaciones del sector público autonómico (capítulo VI).

Amplía de este modo la nueva ley el contenido del título VI de la LAAr, circunscrito únicamente a la regulación *De los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma* y que obviaba la regulación del régimen de los consorcios y el de las fundaciones del sector público. No obstante, este último estaba previsto en la disposición adicional octava, sobre *Fundaciones privadas de iniciativa pública*.

Ahora se agrupan en un mismo título las distintas tipologías de personificaciones que pueden asumir los entes integrantes del sector público, distintos del sujeto matriz u originario, la Administración de la Comunidad, y sus entes *derivados*, *secundarios* o dependientes los amplía a la regulación de los consorcios, cumpliendo así el mandato de la legislación básica estatal contenido en el art. 119.1 de la Ley 40/2015, y, acomodando la sistemática legal, incluye el régimen de las fundaciones del sector público autonómico. Tal regulación del sector público institucional, la introduce en sendos capítulos —los capítulos I y II del título IV— que son comunes a todos los entes *derivados*, mediante su enumeración, la formulación de los principios generales de actuación aplicables a todos y cada uno de ellos, la definición de su régimen jurídico general y la forma de proceder a su inventario (capítulo I).

Y destaca, en un único precepto, el art. 91, como mecanismo de garantía del cumplimiento de los principios de actuación —en particular, los de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera—, el sistema de *supervisión continua* de todos los entes *derivados*, *secundarios* o dependientes, unido intrínsecamente a su *control de eficacia*, en lo que supone, asimismo, el desarrollo por la legislación autonómica aragonesa del mandato que, circunscrito al sector público estatal, establecía ya el art. 85 de la Ley 40/2015.

Por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley aragonesa 5/2021, referido a todo el sector público autonómico comprensivo globalmente de la Administración y del sector público institucional (art. 2.1), incluye dentro de esta última categoría a las sociedades mercantiles autonómicas, y así lo reitera el art. 85.1.b).

Como novedad, el art. 85.2 introduce una regla general, extensiva a la Administración y a la totalidad de las entidades del sector público institucio-

nal, que prohíbe la integración en el sector público autonómico, mediante su creación o el ejercicio de su control efectivo, directa o indirectamente, de cualesquiera otros sujetos o entidades que, por su naturaleza, no sean organismos públicos, sociedades mercantiles autonómicas, fundaciones del sector público o las universidades públicas integradas en el Sistema Universitario de Aragón.

Esta regla tiene la importante salvedad que a continuación expone el párrafo segundo del art. 85.2, si bien la consecuencia de su mandato es doble:

- de una parte, sujeta a un *sistema cerrado* las formas instrumentales que pueden conformar los entes *secundarios* del sector público autonómico a partir del sujeto originario o matriz, la Administración, legalmente limitadas a las anteriores categorías subjetivas;

- de otra, impide que pasen a formar parte del sector público cualesquiera otras modalidades de personificación jurídica en las que la Administración o sus entes *derivados* pudieran llegar a tener una influencia dominante u ostentar su control por cualquier título, por efecto sobrevenido de la dinámica ordinaria del tráfico jurídico, en tanto que personas jurídicas ajenas a las categorías legales que define la enumeración de los entes *secundarios* del sector público (en su caso, por ejemplo, la participación en una sociedad civil o comanditaria o en algún tipo de ente asociativo).

En consecuencia, si llegara a darse una situación semejante, obligará, por imperativo de la nueva norma autonómica, bien a su transformación en alguna de las personificaciones instrumentales calificadas ahora bajo el *numerus clausus* de la tipología de entes *derivados* que integran el sector público institucional en la Comunidad (organismos públicos, sociedades mercantiles públicas, consorcios o fundaciones de sector público), o bien, si no fuera posible esa operación, a promover su disolución, liquidación y extinción.

Y esta situación obligará, igualmente, a la ponderación de su justificación desde una perspectiva funcional y en el desarrollo del interés público conforme a los principios de eficiencia en el cumplimiento de objetivos y fines institucionales y de sostenibilidad financiera bajo una necesaria aplicación extensiva del sistema de control de eficacia que supone la garantía legal del adecuado dimensionamiento del sector público, al menos desde su perspectiva teórica.

El precepto admite únicamente excepcionar la prohibición que establece en aquellos supuestos en los que, sobre principios de coordinación y cooperación institucional y técnicas públicas de colaboración, el principio de autonomía institucional, aun manteniéndose el interés público autonómico en la actuación, queda modulado por las técnicas de relación y, con él, limitada la potestad de autoorganización de la Administración consecuencia del principio de autonomía, siempre que la causa que fundamente la integración en entidades de tipología diversa a la legalmente reseñada responda a la participación en organismos internacionales, en entidades de ámbito supranacional

o en organismos de normalización y acreditación nacionales, o cuando esta participación sea estrictamente necesaria para el desarrollo de su actividad conforme a la legislación sectorial.

No obstante, este último caso, conforme a un principio de especialidad, exigirá una ulterior predeterminación normativa que ampare la dispensa de tal prohibición.

El art. 86.1 enumera los principios generales de actuación comunes a todo el sector público institucional (legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, integridad y transparencia) destacando el sometimiento a la legalidad presupuestaria en materia de personal. La relación que incorpora la ley aragonesa recoge en un mismo precepto, dirigido al conjunto de entes del sector público institucional, los principios ya enunciados en el art. 81.1 de la Ley 40/2015, añade el principio de integridad y, a su vez, incorpora una gran parte de los enumerados en el art. 3 de la LARSPE, que eran ya de aplicación específica en este último caso a las sociedades mercantiles autonómicas.

Como una consecuencia manifiesta del principio de sostenibilidad financiera, el art. 86.2 de la Ley aragonesa 5/2021 impone al Gobierno de Aragón la obligación de establecer un sistema de *supervisión continua* de la totalidad de los sujetos que integran el sector público institucional —y, por tanto, también de las sociedades mercantiles— en modo que permita la verificación y control de la subsistencia de los motivos que justificaron la creación del ente —esto es, la continuidad del objetivo institucional relevante para la satisfacción del interés público y la ejecución de las políticas públicas, que opera como su elemento causal—, así como su viabilidad, e incluirá, conforme al principio de eficiencia, la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción, de tal modo que, en desarrollo de la legislación básica estatal, da cumplimiento al mandato del art. 81.2 de la Ley 40/2015.

El art. 87 introduce, *ex novo*, las fuentes de régimen jurídico por referencia a la propia ley y a la legislación básica estatal que desarrolla.

El art. 88, también de nuevo cuño, somete a autorización previa del Gobierno de Aragón la participación de los entes del sector público institucional autonómico en otros entes, instituciones o asociaciones ajenas a él (art. 88.1), siempre previo informe del departamento competente en materia de hacienda sobre las consecuencias presupuestarias, contables y patrimoniales de la propuesta (art. 88.2) y bajo control político *ex post* de las Cortes de Aragón, a las que el Gobierno informará de los acuerdos adoptados en ese sentido (art. 88.3).

El art. 89 prevé, *ex novo*, la creación del Registro de Entes de la Comunidad Autónoma de Aragón, trasladando al ámbito competencial y organizativo de la Comunidad Autónoma de Aragón el registro que, para el Estado, regula el art. 82 de la ley estatal.

Se trata de un registro administrativo que contiene y centraliza la información de la totalidad de los entes que conforman el sector público e incluye, asimismo, a los entes participados por los sujetos que integran el sector público institucional de la Comunidad (art. 89.1).

Su gestión se encomienda legalmente a la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma bajo la obligación de los titulares de cada departamento y de los órganos de gobierno o dirección de cada ente de remitir la información en plazo legal no superior a veinte días hábiles desde la generación de la concreta información (arts. 89.2 y 89.3).

El acceso a la información del registro será público, a través de la página web del portal de transparencia autonómico (art. 89.4).

El art. 90 de la Ley aragonesa 5/2021, asimismo en desarrollo del art. 83 de la Ley 40/2015 y de carácter ciertamente autoorganizativo, regula el modo de cumplir con el deber de proporcionar información al Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local que gestiona el Estado y que establecen los arts. 82 y 83 de la norma estatal, como obligación que corresponde a los órganos que enumera el art. 89.3, en idéntico plazo legal (art. 90.2) y que la Comunidad canaliza a través de la Intervención General de su Administración (art. 90.3), en coherencia con la competencia que el art. 89.3 atribuye a la Intervención General para la llevanza del Registro de Entes de la Comunidad.

El art. 91 regula —también *ex novo*—, en desarrollo del art. 81.2 de la norma básica, el control de eficacia partiendo de un elemento nuclear de su motivación, justificativo, como es el *plan de actuación*, configurado como instrumento de planificación y gestión que definirá las reglas estratégicas de la actividad del sujeto o ente que desarrollarán y completarán, luego, los sucesivos *planes anuales* y el presupuesto a elaborar sobre objetivos y líneas fundamentales de actuación (art. 91.1).

En el caso de las sociedades mercantiles públicas, la competencia o función de control del plan de actuación y de sus planes anuales —que deberá de desarrollar cada compañía pública— se atribuye al departamento de tutela o a la entidad de gestión (art. 91.1), en coherencia con lo dispuesto en los arts. 135.3.a) y 135.3.c) del TRLPA.

La función de control tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de los principios de sostenibilidad financiera, de eficacia y de eficiencia en la realización de los fines institucionales que justifican la creación y existencia del concreto ente, la evaluación del cumplimiento de los objetivos definidos en los instrumentos de programación, y la adecuada utilización de sus medios por las sociedades. En el ejercicio de la función de control el departamento de tutela (o la entidad legal de gestión) emitirá un informe anual durante el primer trimestre del año que tendrá por objeto proporcionar información económico-financiera

y de gestión relativa al ejercicio inmediato anterior (art. 91.2) y que remitirá a la Intervención General de la Administración de la Comunidad para que este órgano planifique, ejecute y evalúe en la forma que determine un desarrollo reglamentario que habrá de abordarse (art. 91.3).

La Intervención General —siempre— y el departamento de tutela o la entidad legal de gestión, según corresponda en cada caso, informará al Gobierno anualmente de los resultados con anterioridad al término de 31 de junio de cada año (art. 91.4).

III. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS

1. Definición y alcance

La Ley de Organización y Régimen Jurídico aragonesa reitera la definición legal de sociedad mercantil autonómica por referencia al concepto central de la *influencia dominante* del socio por causa de su propiedad, de su participación financiera o de las normas de aplicación, para lo que reproduce, en el art. 117.1, la definición legal contenida en el art. 133.1 del TRLPA. Queda superada así la definición legal de *empresa pública* que formulaba el art. 83 de la LAAr, muy limitada al venir exclusivamente circunscrita a la titularidad de la mayoría del capital social («*sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos*»).

El art. 117.2 recoge, asimismo, como categoría cualificada, la definición legal de sociedad mercantil autonómica unipersonal o de capital íntegramente público autonómico mejorando técnicamente la redacción del art. 133.2 del TRLPA al referir ahora «...*las acciones, participaciones sociales o títulos...*» frente a la simple mención a las 'participaciones sociales' en la definición del art. 133.2, que únicamente representan la titularidad del capital en las sociedades de responsabilidad limitada y que obligaban a una interpretación y aplicación de la norma por analogía.

El art. 118 asume la regulación de la participación minoritaria en otras sociedades conforme al precedente del art. 86 de la LAAr, ampliando ahora por contraposición su contenido al concepto de sociedad mercantil autonómica. La nueva regulación mantiene la reserva de autorización a la competencia del Gobierno de Aragón (art. 118.1), cuya motivación no queda ya solo circunscrita al informe del departamento competente en materia de patrimonio, sino también, ahora, al que emita el departamento competente en materia de hacienda, que analizará, con mayor amplitud, las consecuencias de la propuesta desde su perspectiva presupuestaria y contable, no únicamente patrimonial (art. 118.2).

Por coherencia sistemática, la autorización administrativa previa que debe otorgarse conllevará la encomienda a la entidad legal de gestión de la suscripción o adquisición de los títulos o participaciones societarias representativas del capital según la legislación mercantil conforme a las especialidades que establece la legislación patrimonial pública autonómica en los arts. 138 y ss. del TRLPA (art. 118.3), que, en cierta medida, simplifica.

2. Principios rectores y régimen jurídico

El art. 119 enumera, de nuevo, los principios de actuación (eficiencia, transparencia y buen gobierno), que concreta ahora para las sociedades mercantiles autonómicas y que amplían los principios genéricos para todo el sector público institucional que enuncian los arts. 81.1 de la ley estatal y 86.1 de la norma autonómica, así como los específicos de las sociedades mercantiles autonómicas que introdujo el art. 3 de la LARSPE, cuya concreción informará los códigos de conducta y de buenas prácticas societarias y cuya función será complementaria a la de supervisión general que incumbe al socio en los términos de los arts. 134 y ss. del TRLPA y 91 de la Ley aragonesa 5/2021 —que desarrolla el modo de ejercer la función de control de eficacia— y que anticipaba en esencia el art. 84.2.f) de la LAAr.

El art. 120 sintetiza, mediante su formulación general, el régimen jurídico que rige las sociedades mercantiles autonómicas, modulando la aplicación del Derecho privado en función de las especialidades derivadas de la titularidad pública autonómica del capital que establecen la legislación de régimen del sector público, la de hacienda, presupuestos, contabilidad y control económico-financiero, así como la legislación en materia de personal y de contratación, todo ello en forma semejante al art. 85 de la LAAr, si bien en orden de exposición inverso en su sistemática.

En su último inciso, con un carácter esencial, el art. 120 prohíbe la atribución de potestades públicas a las sociedades mercantiles autonómicas, incompatible con su naturaleza jurídica derivada de la forma mercantil, que prevalece pese a su naturaleza instrumental, al suponer, como tal personificación jurídico-societaria, uno de los medios *derivados* o *secundarios* de entre todos aquellos a los que podrá recurrir la Administración en el marco de las técnicas organizativas de las que dispone para el ejercicio de sus competencias, la ejecución de las políticas públicas y la satisfacción, en última instancia, de los intereses generales.

3. Creación y extinción

El art. 121 regula la creación de las sociedades mercantiles autonómicas o la adquisición o pérdida sobrevinida de su condición por efecto dinámico de

las operaciones societarias en el tráfico mercantil, siempre previa autorización del Gobierno de la Comunidad mediante acuerdo expreso al efecto.

Es muy importante la justificación y motivación de estos acuerdos que autorizan la constitución o la adquisición sobrevenida de la condición de sociedad mercantil autonómica, como novedad respecto de la legislación de patrimonio vigente, en cuanto exige una promoción coordinada, sustentada en diferentes piezas que deben integrar el correspondiente procedimiento administrativo preparatorio del acuerdo gubernamental:

a) propuesta conjunta de la entidad de gestión y del departamento que promueve su constitución (art. 121.1);

b) informes del departamento competente en materia de hacienda sobre sus consecuencias presupuestarias, contables y patrimoniales (art. 121.2);

c) propuesta de estatutos cuyo contenido seguirá lo dispuesto en la legislación mercantil (art. 121.3);

d) plan de actuación que contemple al menos los contenidos mínimos descritos en el art. 121.4 y que refiere, a su vez, elementos causales adicionales: la expresión de las razones justificativas de su creación dando cuenta, razonadamente, de la inexistencia de duplicidades con otras entidades que pudieran desarrollar actividades o actuaciones análogas sobre el mismo territorio y población; el análisis de eficiencia de la forma jurídica mercantil frente a otras opciones organizativas; los objetivos anuales y los indicadores que permitan el control de cumplimiento, que ha de responder al principio de *supervisión continua* en el modo previsto en el art. 91 de la Ley aragonesa 5/2021 con carácter general para todos los entes *derivados*, *secundarios* o dependientes.

Para el recto entendimiento de estas limitaciones, o condicionantes justificativos de la creación de una sociedad, conviene tener presente el principio general que se consagra en el art. 128.2, primer inciso, de la Constitución española, al reconocer la iniciativa pública en la actividad económica en términos tan genéricos e inequívocos que han permitido a la doctrina hablar de un sistema de compatibilidad o coinciativa pública y privada (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER). En efecto, limitar no equivale a supeditar o subordinar la iniciativa pública a la iniciativa privada, lo que equivaldría a interpretar erróneamente que las exigencias de justificación formal de la iniciativa (entre otras cuestiones, evitando una ineficaz y redundante duplicidad) conducen a la reintroducción del conocido principio de subsidiariedad proclamado en el ordenamiento jurídico preconstitucional.

Dicho principio significa, en esencia, que solamente se reconoce la legitimidad de la actividad económica pública en defecto de la privada. Con ese carácter fue utilizado por el régimen franquista instaurado tras la guerra civil en nuestro país, como palanca para intensificar el intervencionismo estatal en la actividad económica con objeto de impulsar la ingente tarea de reconstrucción que debía acometerse, dando de este modo origen al conglomerado empre-

serial público en torno al denominado Instituto Nacional de Industria creado en el año 1941. Aun respondiendo a razonables planteamientos teóricos de la ciencia económica alrededor de las ineficiencias y fallos del mercado (3), fundamentados en situaciones y experiencias reales que se ha ido dando a lo largo de la historia, resulta mayoritariamente rechazado por la doctrina jurídica (4). Lo ha recordado recientemente GUIMERÁ (2020, 139 y ss.):

«Como se recordará, el principio de subsidiariedad se había vuelto a positivar en el III Plan de Desarrollo, que nunca fue formalmente derogado. Pero la Constitución no lo recogió explícitamente. Esto dio lugar a un debate doctrinal en el que las ideas en contraste estaban fuertemente influidas por connotaciones ideológica, histórica e incluso religiosa. Lo cual no es de extrañar, dado que estos factores influyeron también en la misma redacción de la Norma Fundamental. Conviene recordar el contexto en el que fue elaborada, con el mundo aún dividido en los bloques soviético y occidental, y con España intentando asegurar un tránsito pacífico hacia un sistema democrático moderno. El caso que la omisión del principio de subsidiariedad en el texto constitucional había sido del todo intencionada, y se concluyó que la Administración no estaba vinculada por tal principio» (5).

Las consecuencias, en punto al régimen jurídico, las apunta más adelante el autor y ayuda a situar perfectamente su comprensión en cuanto al alcance de la iniciativa pública, que no cabe asimilar sin más a privilegios exorbitantes:

«Que la iniciativa pública económica faculta a la Administración para realizar actividades empresariales en condiciones de igualdad con el sector privado nunca ha estado discutida, las dificultades residían en precisar el contenido de esta afirmación. Combinando ambas premisas puede afirmarse que el artículo 128.2 CE solo habilita a actuar como empresario, a ‘saltar’ de un sector a otro, pasando a regirse por el derecho mercantil en lugar del administrativo que le es propio cuando ejerce potestades —o cuando produce en régimen de no mercado—. Desde esta perspectiva, tanto la iniciativa pública económica como la libertad de empresa cumplen la misma función, ambos son títulos jurídicos que legitiman la aplicación del derecho mercantil como estatuto jurídico del empresario. En conclusión: la huida del derecho administrativo solo es huida hacia el derecho de la competencia» (6).

(3) Una breve orientación muy esclarecedora en SEGURA (1989) y ORTEGA (2003). Como apunta sintéticamente el primero, dos líneas de actuación: «1) privatizar allí donde la empresa pública actúe ineficientemente en actividades en que no existan fallos de mercado; 2) entrar allí donde la empresa pública sea el instrumento más adecuado de intervención —frente a la regulación y los incentivos directos— y se produzcan fallos de mercado, principalmente derivados de información imperfecta y estructuras de mercado no competitivas» (1989, 15).

(4) MARTÍN-RETORTILLO (1988), MUÑOZ (1998), COSCULLUELA (2003), FERNÁNDEZ FARRERES (2003), PAREJO (2015), MONTOYA (2018), SALAMERO (2019).

(5) GUIMERÁ (2020, 141 y 142).

(6) GUIMERÁ (2020, 366). Es clara la fundamentación de este régimen en el Derecho comunitario europeo, para el que resulta en principio indiferente la titularidad pública o privada de la empresa, en aras a la afirmación del sistema de economía de mercado que

Por otra parte, en los casos de modificación del objeto social y de operaciones societarias que impliquen variación del capital social, por su aumento o reducción, o la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de la sociedad, el Gobierno de la Comunidad autorizará lo que proceda a los miembros de los órganos de gobierno (Junta General) o de administración de las compañías (administradores o consejeros en el Consejo de Administración) que hubiera designado (art. 121.6). Esta regla reitera la que anteriormente establecía el art. 84.4 de la LAAr, que recogió el art. 134.1.d) del TRLPA, y que, con lógica manifiesta, la nueva ley amplía ahora también a las modificaciones del objeto social en tanto que, junto con la estructura de capital, el objeto social constituye el elemento definidor esencial que delimita la capacidad de obrar de la compañía en el tráfico jurídico.

En relación con las obligaciones de publicidad e información consecuentes, los acuerdos de creación y extinción serán objeto de publicación en el Boletín Oficial de Aragón (art. 121.5) y el Gobierno dará cuenta a la comisión competente en materia de Hacienda de las Cortes de Aragón del acuerdo que autorice la creación de una sociedad mercantil autonómica o la pérdida de su condición (art. 121.7).

Mejora considerablemente el art. 121 la regulación que contenían los preceptos anteriormente dedicados a estas cuestiones. Los derogados arts. 84.1 y 84.2 de la LAAr remitían con notoria parquedad a su creación por decreto del Consejo de Gobierno, como forma que adoptaba una decisión administrativa cuya eficacia última *ad extra* exige la aplicación de la legislación mercantil y cuya categorización y naturaleza jurídica era confusa, pese a la amplia determinación del contenido legal mínimo del decreto (en el art. 84.4) cuya justificación requería simplemente de un procedimiento que debía instruir el departamento competente en materia de hacienda que justificase la 'utilidad y oportunidad' de su constitución.

La nueva norma adecua en parte la regulación al régimen que ya anticipaban los arts. 134.1 y 138.3 del TRLPA sustituyendo la forma jurídica

era esencial para la creación de un nuevo mercado común como puso de manifiesto, por ejemplo, COSCULLUELA: «*la defensa de la libre competencia no tiene una especial connotación ideológica, sino que es la consecuencia obligada de una economía de mercado, basada precisamente en la igualdad de oportunidades económicas de los agentes que operan en el mismo*» (2003, 129). El enfoque actual se plasma, a escala global, en la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, de 31 de mayo de 2021, sobre Neutralidad Competitiva, que pretende que los gobiernos garanticen las mismas condiciones tanto entre las empresas públicas y las privadas, como entre las diferentes empresas privadas, asegurando un marco legal neutral: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>. Con anterioridad, Recomendación del Consejo relativa a las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, de 8 de julio de 2015.

del acto de autorización (ahora, un acuerdo). Con ello simplifica el procedimiento administrativo a seguir en orden a la formación de la voluntad pública, adaptándolo así a la legislación estatal de régimen jurídico del sector público, redefiniéndolo para el ámbito organizativo de la Comunidad sobre su autonomía institucional y conforme a su competencia para el desarrollo de especialidades propias de procedimiento administrativo que determina su potestad de autoorganización.

4. Régimen de personal

El art. 122 regula el régimen de personal, precisándolo respecto del art. 87 de la LAAr, pues si bien se encuentra sujeto al Derecho laboral, el art. 122.1 matiza su aplicación con la importante modulación que, en el concreto sistema de fuentes de la relación laboral, supone su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria y a la normativa que lo desarrolla, que operan como condicionante adicional de la legislación laboral.

Se introduce ahora una norma que regula expresamente la contratación del personal directivo, completando lo ya previsto en el art. 87.2 de la LAAr para la contratación del personal no directivo, reproducido ahora en el art. 122.2: la selección del personal no directivo mediante convocatoria pública y un proceso selectivo basado en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

La contratación del personal directivo la estructura la ley en torno a un régimen de garantías proporcionado a la naturaleza y objeto de las funciones a desempeñar y, así, la hace partícipe de los principios de mérito y capacidad, incorporando adicionalmente un criterio de idoneidad y el sometimiento del proceso selectivo a principios de publicidad y concurrencia, que persigue la adecuación de la contratación del personal directivo (esto es, del *responsable máximo* de la compañía pública) a principios de objetividad, transparencia y eficacia (art. 122.3). Se pretende así garantizar la profesionalidad en el desempeño de la función directiva y, con ello, la eficiencia en la gestión de la sociedad pública.

La Ley aragonesa 5/2021 asume previsiones que tienen origen en la normativa presupuestaria, cual es el caso de la intervención de supervisión y control de las entidades de gestión correspondientes según proceda por la adscripción de la compañía contratante (art. 122.4), recogiendo ahora, con una vocación de estabilidad regulatoria, las funciones que viene asumiendo como entidad de gestión Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. (o, para el grupo societario de medios de comunicación, la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión), en coherencia con aquéllas que atribuye la legislación patrimonial pública (*vid.* los artículos 135.3.a), 135.3.b) y 135.3.c) del TRLPA).

5. Régimen patrimonial

El art. 123 regula el régimen patrimonial a partir de lo que disponía el art. 88 de la LAAr, ahora derogado, cuyos contenidos reordena según la prelación del sistema de fuentes que opera en el concreto ámbito material. De este modo, el Derecho privado queda, a su vez, matizado en su aplicación por la legislación de organización y régimen jurídico del sector público autonómico y la legislación patrimonial (art. 123.1), delimitando el marco de ejercicio de las facultades de gestión patrimonial (art. 123.3).

Se distingue, asimismo, por su origen, el patrimonio propio de la sociedad y el de adscripción por la Comunidad (art. 123.2), reproduciendo en el art. 123.4 la prohibición de disponer y la limitación de usos para el patrimonio de adscripción que ya establecía el art. 88 de la LAAr.

6. Régimen presupuestario, contable y de control económico-financiero

El art. 124 regula el régimen presupuestario, en sus dos primeros apartados, en forma semejante a como lo hacía el art. 89 de la LAAr. Estos dos preceptos vienen referidos, respectivamente:

— al carácter estimativo del presupuesto de las sociedades mercantiles públicas frente al presupuesto limitativo propio de la Administración y la extensión del régimen ya no sólo a la legislación de hacienda, sino también a las leyes anuales de presupuestos, que integran, junto con la anterior, el bloque de la legislación presupuestaria (art. 124.1);

— a la aportación de fondos por la Administración al margen de las operaciones societarias, esto es, al margen de la condición mercantil del socio, para el cumplimiento de su finalidad institucional y los objetivos vinculados a la razón de su constitución, a instrumentalizar mediante convenios y contratos-programa como mecanismo legal para financiar su actividad según prevé asimismo la legislación autonómica de hacienda (art. 124.2).

Se introduce como parte del régimen presupuestario una norma ciertamente extraña por su naturaleza e implicaciones —que trascienden la materia estrictamente presupuestaria—, como la relativa a los encargos de ejecución para cuya formalización el art. 123.3 remite al art. 57 de la misma ley. Este último regula los *encargos de ejecución a medios propios personificados* en el marco de las formas de actuación administrativa como medio de los que dispone la acción de la Administración en la gestión pública (capítulo V del título I), sustituyendo de este modo a la regulación contenida en la disposición adicional decimotercera de la LAAr.

El art. 125 acoge literalmente la redacción del art. 90 de la LAAr sobre régimen de contabilidad pública y de control. El art. 125.1, en su contenido,

puede dar lugar a equívoco en cuanto las sociedades mercantiles autonómicas están sujetas, principalmente, a la legislación contable mercantil y societaria, aun cuando tal circunstancia no niegue las significativas especialidades derivadas de su fiscalización adicional por medio de los mecanismos de control propios de la contabilidad pública a través de órganos internos (Intervención General) y externos (Cámara de Cuentas de Aragón y Tribunal de Cuentas).

E igualmente ocurre con la referencia a las auditorías como medio de control de eficiencia en el cumplimiento de los fines institucionales (art. 125.2), como trasunto de las previsiones que ya recoge la legislación de hacienda, si bien parece que quedará superada por el desarrollo del *principio de supervisión continua*, regulado en el art. 91 al amparo de la legislación básica, que acentúa la mayor intensidad y regularidad del control de eficacia.

7. Régimen de contratación

En la lógica de la evolución experimentada por la legislación de contratación pública por efecto del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia dictada en su aplicación, el art. 126 ha extendido el ámbito subjetivo de la contratación pública más allá de la contratación de las Administraciones públicas en su sentido estricto, alcanzando la contratación del conjunto del sector público y, por tanto, de sus entes *secundarios*, bajo un principio de unidad normativa que pone fin a la *huida del Derecho administrativo*.

Como puso de manifiesto la *Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, que modifica el Tratado Constitutivo según el Instrumento ratificado en Lisboa en fecha de 13 de diciembre de 2007, «*los recursos de las empresas públicas también constituyen fondos estatales a tenor del artículo 107, apartado 1, del Tratado porque el Estado puede orientar la utilización de los mismos*» (7).

La Ley aragonesa 5/2021 introduce, por tanto, un contenido nuevo que parte de la remisión general a la legislación específica de contratación del sector público (art. 126.1) y que traslada —en una obvia mejora sistemática— el contenido que ya había introducido anteriormente la LARSPE.

En efecto, se incluyen normas de garantía que atribuyen a la Administración de la Comunidad el control de la contratación de las sociedades mercantiles públicas, por umbral de cuantía, según establecieron en la ley previa sus arts. 14.1 y 14.2: reserva a la autorización previa del Gobierno de Aragón del otorgamiento de contratos de cuantía superior a doce millones de euros

(7) Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de julio de 2016 (C 262/1), parágrafo 49.

y habilitación para modificar el umbral en las leyes anuales de presupuestos o, subsidiariamente, a los Consejeros titulares de los departamentos de tutela, para fijar umbrales de control en contratos de cuantías inferiores (nunca inferior a cuatro millones de euros o al tercio de la cantidad que deba ser autorizada por el Gobierno de Aragón).

Tales reglas tenían y tienen origen en la legislación en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (arts. 126.2 y 126.3), y de su ámbito objetivo de aplicación quedan excluidos, en cualquier caso, los contratos de financiación y gestión financiera (art. 126.4) como igualmente establecía ya el art. 14.4 de la LARSPE.

8. Otras disposiciones

Por último, la parte final de la Ley aragonesa 5/2021 establece varias disposiciones de directa aplicación a las sociedades mercantiles autonómicas que vienen a completar su régimen jurídico.

La disposición adicional primera extiende la atribución al Servicio Jurídico del Gobierno de Aragón de las funciones de dirección y coordinación de la asistencia jurídica, consultiva y contenciosa no sólo a la Administración pública y sus organismos públicos sino a la totalidad del sector público institucional, a diferencia de la disposición adicional tercera de la LAAr que limitaba su ejercicio al ámbito estricto de la Administración y sus organismos públicos.

Eleva, pues, la disposición adicional primera a rango legal la previsión reglamentaria contenida ya en el reglamento que regula la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico autonómico. El Decreto 169/2018, de 9 de octubre, del Gobierno de Aragón, que organiza la asistencia, defensa y representación jurídica a la Comunidad Autónoma de Aragón, prevé que el asesoramiento en derecho y la representación y defensa en juicio de las sociedades mercantiles autonómicas, puedan asumirlas los Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón integrados en la Dirección General de Servicios Jurídicos a través del mecanismo convencional establecido en su art. 19.

La disposición adicional cuarta ordena la adaptación al contenido de la nueva ley a la totalidad de las entidades que integran el sector público en el término de dos años a contar desde su entrada en vigor, que tuvo lugar el día 2 de octubre de 2021, en lo que, dado el concreto mandato temporal de la disposición transitoria tercera, afecta, principalmente, al término para la aplicación de los mecanismos de control de eficacia y supervisión continua en la forma que establece el art. 91.

La disposición adicional décima conlleva la sustitución terminológica del uso de 'empresas de la Comunidad Autónoma', coherente con el concepto, más amplio y propio, de sociedad mercantil autonómica.

La disposición transitoria primera fija el régimen de los encargos a empresas públicas vigentes a la entrada en vigor de la ley conforme a la disposición adicional decimotercera de la LAAr, manteniendo en tales casos la aplicación de la legislación anterior bajo la vigencia de la nueva ley y con ese carácter transitorio, hasta que se finalice completamente su ejecución.

La disposición transitoria segunda, en lo que afecta exclusivamente en su apartado uno a las sociedades mercantiles autonómicas, remite a la disposición adicional cuarta, ya reseñada, en tanto que mantiene en vigor la normativa anterior hasta el término conferido para la adaptación a los contenidos de la ley.

Finalmente, la disposición transitoria tercera establece un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley (esto es, el día 2 de abril de 2022) para el cumplimiento, por los órganos superiores o directivos de los entes del sector público —y, entre ellos, las compañías mercantiles públicas—, de la obligación de proporcionar la información inscribible en el Registro de Entes de la Comunidad Autónoma de Aragón.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. La dispersión y el solapamiento normativo

A) La particular naturaleza de las sociedades mercantiles públicas

Tal y como apuntábamos en los antecedentes que introducen el presente trabajo y en la exposición descriptiva de la nueva regulación de las sociedades mercantiles autonómicas, la Ley aragonesa 5/2021 desarrolla la legislación básica estatal en el ejercicio de las competencias que el Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad para la regulación del «...procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia...», y, en su expresión más amplia, de los bienes «...patrimoniales de su titularidad» (art. 71.7º).

El Estatuto de Autonomía habilita expresamente al Gobierno de la Comunidad para la constitución de sociedades mercantiles de capital público regional, como instrumentos de ejecución de la política económica general y de las distintas políticas sectoriales que sirvan al desarrollo socioeconómico de la Comunidad, al incremento de los niveles de renta y a la más equitativa y equilibrada distribución de la riqueza para el logro de la justicia social (art. 100). Todo ello siempre dentro de los límites y en el marco de la legislación básica en los ámbitos materiales concurrentes en el cumplimiento de las citadas finalidades que definen el interés público (*vid.* arts. 149.1.6º, 149.1.13º o 149.1.18º de la Constitución).

De ahí se sigue que la particular naturaleza jurídico-patrimonial de las sociedades mercantiles, como sujetos de Derecho de raíz asociativa cuyo

elemento causal consiste en la finalidad que persiguen los socios para la obtención y distribución de ganancias por efecto del pacto asociativo, queda distorsionada en el caso de las sociedades públicas por su caracterización adicional opuesta al anterior orden de razón, pese a gozar de personalidad jurídica propia como sujeto formalmente independiente. Tal diferencia que afecta al elemento causal, cuando menos matiza o difumina su fundamento vinculado al contrato de sociedad y a la función económica del pacto societario que persigue la obtención de un lucro (*vid.* artículo 1.665 del Código Civil).

Por el contrario, la constitución y existencia de la sociedad mercantil pública vendrá justificada en su condición instrumental como medio o recurso vicario en tanto que ente *secundario, derivado* o dependiente de una Administración que está caracterizada, a su vez, en cuanto persona jurídica y sujeto de Derecho, como una *organización servicial* cuya actividad y actuación vienen regidas por su subordinación a la satisfacción objetiva y a la realización del interés general. Como ha recordado ACOSTA, sintetizando los diferentes elementos que confluyen en el concepto de interés general y sus poderes de limitación de las esferas de libertad, como concepto jurídico-político y como principio general del derecho, constituye no solo un criterio orientador de las políticas públicas, sino también un límite a las concretas decisiones de los gestores en tanto que «*medidas o actuaciones que resulten ser contrarias o lesivas al interés general serán sin duda contrarias al ordenamiento jurídico*» (8).

A su vez, la sociedad pública se caracteriza técnicamente como instrumento para la gestión por medio propio personificado que la jurisprudencia califica de directa, pese a la forma societaria que reviste el sujeto *derivado*, tal y como manifiesta, por ejemplo, la sentencia núm. 354/2016, de 13 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (JUR 2016\217387), que afirma que la «...*gestión directa (...) puede ser llevada a cabo a través de distintos modos —gestión indiferenciada, a través de establecimiento o empresa sin personalidad, por medio de servicio público personificado (Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales o Agencias Estatales), o en forma de sociedad privada—...*» (fundamento de derecho 5º), y según recoge expresamente ahora el art. 56.a) de la Ley aragonesa 5/2021 al relacionar las distintas formas en que la Administración autonómica puede realizar su actividad: mediante gestión directa o con medios propios; mediante gestión indirecta, con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; y mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro para la prestación de servicios a las personas.

(8) ACOSTA (2019, 181).

B) La dualidad normativa en el propio ordenamiento administrativo

La dualidad definida por su doble componente formal (derivado de su personificación como sociedad mercantil de capital) y causal o material (resultante, como razón del ente *secundario*, de la justificación de interés público que motiva y explica su constitución y que trasciende la mera obtención de un beneficio mensurable en la rentabilidad económica directa para su socio o socios) desdibuja no solamente la línea divisoria entre los regímenes jurídico-privado (mercantil) y jurídico-público (administrativo), sino también la que resultaría, *ad intra*, de la normativa sectorial en el seno del Derecho administrativo. Aparece ciertamente la dificultad de deslindar la materia patrimonial de la organizativa en la condición de *tertium genus* de las sociedades mercantiles de titularidad pública.

En el planteamiento esencial de las relaciones *ad intra*, definidas por el ordenamiento administrativo, el régimen de las sociedades mercantiles públicas abarca, pues, no solo el ámbito de la regulación patrimonial pública partiendo del concepto de título mercantil en tanto que objeto de propiedad (la acción y la participación, en su formulación más primaria), sino también el de la normativa organizativa dado que la constitución de la sociedad (la personificación, en suma), responde, conforme al *velo societario*, al uso de un instrumento del que dispone la Administración para la ejecución de las políticas públicas en el ejercicio de las competencias que predeterminan su capacidad, su actividad y su ámbito de actuación, según tiene legalmente atribuidas.

Sobre esa bisectriz que gira en el doble ámbito de lo patrimonial y lo organizativo, el régimen de las sociedades mercantiles públicas resulta, también, afectado por las regulaciones administrativas que gozan de una vocación expansiva en su aplicación a la totalidad de entes o sujetos encuadrados bajo la amplia categoría de *sector público*. En este sentido, véanse las especialidades que, para el régimen de las sociedades mercantiles públicas, introducen la normativa presupuestaria, de hacienda y contabilidad, de contratación, o de empleo en el sector público.

Esta disonancia normativa, que ya arrastraba asimismo la LAAr —trasunto de la propia legislación estatal—, la agudiza la vigente Ley aragonesa 5/2021, pues, sin derogar la regulación que, sobre el *Sector empresarial del patrimonio de Aragón*, contiene el título VI del TRLPA (y, en particular, por su mayor proyección organizativa, su capítulo III, *Régimen administrativo en relación con las sociedades mercantiles autonómicas*), recoge, asume o desarrolla contenidos propiamente 'patrimoniales' hasta ahora regulados principalmente en el TRLPA o en leyes especiales aplicables a esa parte específica del sector público institucional que traen causa de la legislación presupuestaria (caso

de la LARSPE, que a su vez responde a medidas generales derivadas de los mecanismos previstos para lograr la estabilidad o equilibrio presupuestario) (9).

C) Algunos ejemplos concretos

Podemos mencionar algunos ejemplos concretos de lo que se acaba de exponer empezando por el régimen de control y supervisión continua (art. 91 de la Ley 5/2021) y de las disposiciones que, complementándolo, modulan su aplicación temporal (las disposiciones adicional cuarta y transitoria primera, ésta en su apartado uno). El artículo 91.2 atribuye la función de *supervisión continua* al «...departamento o entidad de gestión en el caso de las sociedades mercantiles autonómicas...», en lo que enlaza con lo dispuesto en el artículo 135 del TRLPA, que enuncia las funciones del 'departamento o entidad de gestión', comunes pero que tienen un carácter eminentemente alternativo.

Asimismo cabe citar los siguientes: la *Participación minoritaria en otras sociedades* (art. 118); su *Creación o extinción* (art. 121); la literalidad de las menciones del art. 122; los regímenes de auditoría y control económico-financiero (art. 125) y su relación con las medidas que introdujo la LARSPE; o las posibilidades —omitidas— de una regulación sistemática y más amplia, expresa, conforme al desarrollo de la actividad que desempeña como entidad legal de gestión y sociedad matriz, Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. bajo un principio de especialidad y como organización que cuenta con medios técnicos y profesionales adecuados a la gestión patrimonial de la cartera de los títulos societarios autonómicos y que ha desplazado una parte de las funciones propias de la competencia material atribuida tradicionalmente al departamento que asumía su gestión cuando las titularidades de la Comunidad residían en la propia Administración o en algunas de sus entidades de Derecho público.

El art. 135.1 identifica el 'departamento' con «*el departamento competente en materia de patrimonio...*», como órgano administrativo al que, en la estructura de la Administración general, la ley confiere la competencia para la gestión de las participaciones públicas, si bien ya entonces con carácter subsidiario: esto es, «...salvo cuando el Gobierno de Aragón atribuya dichas responsabilidades con el carácter de entidad de gestión a un organismo público o a una sociedad matriz, que dependerá del departamento que determine el Gobierno de Aragón, y reunirá las características establecidas en el artículo siguiente» (art. 135.1, *in fine*).

(9) Éste fenómeno de la dispersión y dualidad normativas parece ser una constante inherente a la propia regulación de las sociedades mercantiles autonómicas que ya fue puesto de manifiesto por SETUAIN en relación con la incidencia de las previsiones del TRLPA sobre las disposiciones antecedentes en la materia (2014, 1044).

Por su parte, la entidad de gestión, como consecuencia del proceso de reestructuración de las titularidades accionariales y las participaciones públicas acometido por la Comunidad en el año 2008 bajo la mano única de una sociedad *patrimonial* o *de cartera*, quedó legalmente definida en la disposición adicional novena del TRLPA, que califica como tal, en su apartado primero, a la sociedad mercantil Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U., creada por Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón.

Como condición estructural ex arts. 136.a) y 136.b) del TRLPA, Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. está participada exclusivamente por la Comunidad a través de su Administración, y es la titular instrumental —asimismo por efecto de la citada reestructuración patrimonial— de los títulos, acciones y participaciones autonómicas en distintas sociedades mercantiles, participadas o autonómicas.

Sobre su presupuesto como *entidad de gestión* configurada como una sociedad *patrimonial* o *de cartera* presta servicios consecuentes a las funciones que tiene legalmente atribuidas y otras vinculadas a una posición de *back-office* empresarial respecto del resto de su grupo societario (las sociedades mercantiles de las que es socio único o mayoritario) en la lógica de sociedad matriz instrumental de la Administración para la gestión de un conglomerado de compañías mercantiles autonómicas de variado objeto y que responden en sus objetivos a distintas finalidades institucionales (promoción económica, servicio público, etc.).

De esta forma, conforme a los arts. 135.2 y 135.3 del TRLPA, Corporación Empresarial Pública, S.L.U. ha desplazado en la actualidad al departamento competente en materia de patrimonio en el ejercicio de las distintas funciones enumeradas en la ley que tienen por finalidad y objeto la gestión de la cartera patrimonial autonómica.

Aun cuando tales funciones constituyan manifestación de una misma y única realidad patrimonial y organizativa, cabe agruparlas según tengan por objeto el control de las facultades vinculadas al ejercicio de los derechos del socio conforme a la legislación mercantil (arts. 135.2 y 142.2), o, en un sentido más amplio, respondan a un principio de *unidad de dirección* dimanante, sin duda, del concepto de grupo societario que recoge el art. 42 del Código de Comercio (por todas, la sentencia n.º 437/2018, de 11 de julio, del Tribunal Supremo, RJ 2018\2815; la sentencia n.º 200/2014, de 4 de julio, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, JUR 2014\267851; o la sentencia n.º 643/2012, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, AC 2013\426).

El concepto de *unidad de dirección* que proyecta la legislación patrimonial es, sin duda, equivalente al concepto de la *influencia dominante* que viene postulando la doctrina y que introduce, como elemento esencial, la calificación

de la pertenencia de una sociedad mercantil con capital público al sector público institucional (10).

Y así queda proyectado en la reserva legal a la entidad de gestión de su capacidad, *ex ante*, para fijar criterios de dirección [art. 135.3.c)] y, *ex post*, para su control funcional, de eficacia y financiero [arts. 135.3.a) y 135.3.b)]. Todo ello, claro está, siempre dentro de las directrices generales marcadas por el Gobierno de Aragón —la Administración— como socio y titular último del capital de la Comunidad en las distintas compañías mercantiles (arts. 119.2 de la Ley aragonesa 5/2021 y 134.2.a) del TRLPA). Y a salvo de la reserva al Gobierno de la autorización de concretos actos y acuerdos que responden a las exigencias del tráfico mercantil y societario en el control y garantía de cumplimiento de la finalidad institucional a la que responde su constitución o la asunción mayoritaria o exclusiva de su capital por la Administración.

Pues bien, tal prevalencia organizativa en la gestión patrimonial, a la que parece remitir la legislación sectorial última, debería tener una reformulación legal más clara y ordenada en el marco normativo sobre su expresión adecuada de un principio de subsidiariedad de la competencia administrativa respecto de las funciones que asume Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. como entidad de gestión y sociedad *patrimonial* o *de cartera*.

Adicionalmente, por razón de la finalidad institucional para la ejecución de las distintas políticas públicas en los diferentes ámbitos de intervención administrativa que justifica la constitución de las sociedades, el artículo 137 del TRLPA establece una regla para la adscripción de los derechos mercantiles autonómicos a un determinado departamento, denominado *departamento de tutela* conforme a la organización y distribución interna de las competencias de la Administración.

Esta adscripción define, pues, un tercer elemento de organización que infiere en los mecanismos de gestión y control del patrimonio empresarial de la Comunidad y, consecuentemente, en la aplicación de los procedimientos administrativos vinculados a la organización del sector empresarial o a la toma de decisiones societarias, añadiendo un nuevo factor de complejidad organizativa.

La actuación de estos tres elementos —el departamento competente en materia de patrimonio, la entidad de gestión cuyas funciones en la actualidad tiene legalmente atribuidas la sociedad mercantil Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U., y el departamento de tutela— queda, además, supe-
ditada, en cualquier caso, a la reserva última de la competencia al Gobierno de Aragón de las funciones superiores del control administrativo que enumera el art. 134 del TRLPA, como órgano jerárquico superior de la Administración

(10) PEÑA (2010, 1235 y ss), PALÁ (2012, 54 y ss.), LAGUNA (2016, 405 y ss.).

de la Comunidad y que reitera genéricamente el art. 119 de la Ley aragonesa 5/2021 en su último inciso.

Por otra parte, el capítulo II del título VI del TRLPA regula el régimen de adquisición y transmisión de *títulos societarios autonómicos* —en la amplia definición que proporciona su art. 132— sobre una casuística de origen histórico pero fundamentalmente superada por los procesos de reestructuración empresarial y el propio sistema de concentración de la gestión de la cartera patrimonial en un ente instrumental que prevén los artículos 135 y 136 y la disposición adicional novena del TRLPA.

Así lo demuestra también el procedimiento de enajenación de los títulos societarios a través de la transmisión previa desde la Administración general o institucional titular a la sociedad pública de cartera (no obstante, facultativa, art. 140.2) y en tanto que el TRLPA prevé un triple supuesto en función de la titularidad de origen y destino, ya sea la Administración (artículo 138.1), sus organismos públicos (artículo 138.2) o las sociedades mercantiles autonómicas (artículo 138.3). En este último caso, la legislación patrimonial únicamente prevé con carácter preceptivo el informe previo del departamento competente en materia de patrimonio, no así el de la entidad legal de gestión, pese a que, no obstante, promoverá como socio, directo o indirecto, la operación, lo que parece que deberá sustentar en una decisión motivada. Tampoco contempla la emisión de informe por el departamento de tutela, como órgano que tiene atribuida, en el orden interno de distribución de las competencias administrativas, la supervisión directa e inmediata del cumplimiento de los objetivos institucionales a los que obedece la titularidad pública del capital en una compañía mercantil.

Como otra cuestión, en relación estricta con el capítulo III del título VI del TRLPA, de directa aplicación a las sociedades mercantiles autonómicas, en el sistema legal preexistente incide ahora, junto con el citado art. 91, el capítulo IV del título IV de la Ley aragonesa 5/2021 y, en particular, su art. 121, sobre *Creación y extinción* de las sociedades mercantiles autonómicas. Aun cuando contiene una remisión circular a la legislación patrimonial anteriormente descrita («...conforme a lo previsto en esta ley y la normativa de patrimonio de Aragón»), modifica y deroga implícitamente el artículo 141 del TRLPA, cuya aplicación, a su vez, remitía al capítulo II de su título VI, relativo al régimen de adquisición y transmisión de *títulos societarios autonómicos* cuyo contenido ha sido sucintamente expuesto.

Conforme al nuevo régimen legal, el procedimiento de autorización del Gobierno de Aragón, que ahora reviste la forma de acuerdo (eliminando de este modo las dudas procedimentales sobre una hipotética naturaleza normativa que generaba su anterior formulación como ‘decreto’ gubernativo, cuando es mero acto que responde al ejercicio de una potestad autoorganizativa) para

la *constitución* —más propiamente que su *creación*, dada la necesidad de ejecutar la voluntad administrativa de conformidad a la legislación mercantil para que aquélla goce de eficacia plena— requerirá de su promoción *conjunta* por la entidad de gestión y el departamento proponente (quedan excluidos los organismos públicos) mediante la elaboración consensuada de una propuesta de estatutos y un *plan de actuación* que conllevará su justificación y motivación, con un contenido legal *mínimo* y que constituye el elemento central que enlaza directamente con la articulación posterior de los mecanismos de control de gestión y *supervisión continua* conforme al art. 91.1 de la ley.

Esta propuesta conjunta, y los documentos que la deben acompañar, quedará sometida a informe, ahora del departamento competente en materia de *hacienda* (que, en la actual estructura orgánica, es departamento que asume también las competencias en materia de patrimonio (11)), que comprenderá su valoración desde la triple perspectiva presupuestaria, contable y patrimonial.

El sistema anterior del artículo 141 del TRLPA —mucho más difuso— refería la justificación, exclusivamente, a la *conexión* de la finalidad institucional de la sociedad autonómica a constituir —o que fuera a adquirir tal condición por efecto de una operación societaria propia del tráfico mercantil— por parte del promotor —único, ya fuera, alternativamente, un departamento de la Administración, un organismo público o una sociedad mercantil autonómica— y la *tramitación del expediente* por el departamento de tutela, interviniendo, por vía indirecta, el departamento competente en materia de patrimonio en los casos en los que, conforme al art. 138.3, una sociedad mercantil adquiriese títulos societarios autonómicos y aun cuando la transmisión no diese lugar a una posición mayoritaria pública autonómica en la sociedad en cuyo capital participa, directa o indirectamente, la Comunidad, si bien la propuesta del acuerdo de autorización a adoptar en tales casos por el Gobierno la elevaba el Consejo competente en materia de patrimonio.

Por tanto, aunque es evidente que el art. 121 de la Ley aragonesa 5/2021 mejora y racionaliza el mecanismo de control del adecuado dimensionamiento del sector público empresarial conforme a los principios de eficiencia económica y sostenibilidad financiera que justifican su supervisión continua, la dualidad regulatoria mantiene elementos de distorsión dada la más extensa regulación de la legislación patrimonial ante la dificultad de escindir el régimen normativo.

Cabe apuntar una crítica adicional a este precepto, pues resulta evidente que el art. 121, pese a su título, deja sin regulación la extinción de las socie-

(11) Decreto 311/2015, de 1 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, modificado por Decreto 90/2017, 20 junio.

dades mercantiles autonómicas, que quedó ya insuficientemente regulada a su vez en el art. 141 del TRLPA. Esta omisión obliga a una aplicación interpretativa y analógica de los mecanismos procedimentales que deben seguirse por una propuesta de extinción, previa disolución y liquidación de la compañía. Máxime cuando la propuesta de extinción, asimismo, debería guardar una necesaria relación con los resultados del sistema de *supervisión continua*, pues el art. 86.2 de la nueva ley incluye, como objeto del mismo, «...la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación y extinción», aun cuando el art. 91 omite, también, el desarrollo de esta última posibilidad.

El nuevo sistema legal plantea ciertas dudas interpretativas que deberían quedar resueltas por un desarrollo reglamentario posterior al que remite el art. 91.3 y cuyo objeto será la determinación última de las funciones que, en el conjunto del sistema, ha de desempeñar la Intervención General de la Administración de la Comunidad.

Introduce una cierta confusión en la articulación ulterior del sistema la relación o vínculo que puedan mantener el ejercicio de *supervisión continua* y la función de control de eficiencia de las sociedades públicas que, asimismo, el art. 125.2 atribuye al departamento competente en materia de hacienda (al que, tradicionalmente, está adscrita la Intervención General), al prever en este último caso la norma auditorías sobre el funcionamiento de las sociedades y su eficacia en el cumplimiento de sus objetivos institucionales que justificaron su creación, en la lógica de los arts. 4.1, 16.1, 17, 69 y 70.1 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 1/2000, de 29 de junio, que atribuye a la Intervención General el control financiero de las sociedades mercantiles autonómicas a través del instrumento de la auditoría «...en la forma establecida reglamentariamente...» y que, no obstante, parece que constituye regla facultativa cuyo razón de ser puede quedar desplazada por la implantación de un sistema eficaz de *supervisión continua* conforme al art. 91.

Por otra parte, parecen incongruentes o poco precisas las menciones del art. 122.2 de la ley a Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. y a Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, al atribuirles nominativa y expresamente la función de control en el ámbito laboral para la contratación de personal en las sociedades mercantiles autonómicas 'de adscripción' (sic) en contraste con la constante referencia genérica que utiliza el legislador para referir las funciones que corresponden a la entidad de gestión, pese al reconocimiento legal de la condición que ostentan ambos sujetos instrumentales. Esta previsión trae causa de la regulación que establecen las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad, pretendiendo dotar de estabilidad normativa a la regla que atribuye expresamente la función del control presupuestario de la contratación laboral a las dos entidades de cabecera de los dos *holdings* autonómicos.

Por último, la vigencia expresa de la LARSPE, de aplicación a las sociedades mercantiles autonómicas conforme a su art. 2, y que atribuye, de nuevo, en su art. 4.2 funciones a Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. desplazando, asimismo, al «...*departamento competente en materia de patrimonio...*» (art. 4.1), debería haber quedado vinculada, conforme a lo expuesto, a los mecanismos del sistema de control de eficacia y *supervisión continua* en su concreta aplicación a las sociedades públicas.

En particular, las medidas específicas que establece la LARSPE para paliar las situaciones de desequilibrio financiero en la que puedan incurrir las sociedades autonómicas (plan económico-financiero de saneamiento, art. 6), las derivadas de los incumplimientos constatados en la aplicación de las medidas de control económico-financiero (art. 11) o la posibilidad de realizar procesos específicos de auditoría interna «*sin perjuicio de las inspecciones y controles previstos por la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando así lo estime la Corporación Empresarial Pública de Aragón, el departamento de tutela o bien el departamento competente en materia de patrimonio, cualquier sociedad sujeta a esta norma podrá ser sometida a una auditoría interna*» (art. 13).

D) La necesidad de una futura ley específica conforme a principios de buena regulación

Por cuanto ha quedado expuesto, se comprende la virtualidad normativa propia del sector público *empresarial* como categoría que, aunque no está recogida expresamente en los arts. 2.1.d) y 2.2.b) de la ley estatal de régimen jurídico y 2.1.b), 2.2.b) y 85.1.b) de la ley aragonesa, goza de una especificidad propia en su condición de *tertium genus* (12). Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero (fundamentos jurídicos 8 y 9) para el específico supuesto que contemplaba en relación con la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco que preveía diferentes formas jurídicas de las sociedades públicas (13).

(12) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1997, RJ 1997\2394, que estudia en su fundamento de derecho 5º la naturaleza jurídica de la denominada «*Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo*»; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de agosto de 1992, AC 1992\1150, sobre el régimen al que se sometía la «*Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 1992*», a lo largo de sus fundamentos de derecho 5º, 7º, 8º, 17º, 20º, 21º y 22º.

(13) «(...) *se trata de la admisión de un nuevo tipo de sociedad mercantil, perfectamente diferenciado de los previstos hasta el presente en la normativa española, tanto dentro del campo estrictamente mercantil como del derecho público cuando éste ha llegado a disciplinar este tipo de actividades de los entes públicos.*

Como conclusión de todo ello hay que decir que la regulación que de las sociedades públicas especiales se realiza en la Ley impugnada posee un notorio carácter público, en cuanto rectora de la actuación de entes de tal naturaleza, merced a la creación de una forma

Y habida cuenta la evidente dificultad que produce su escisión en la doble vertiente patrimonial y organizativa, sí que parecería razonable, por una razón de seguridad jurídica ex art. 9.3 de la Constitución y en atención a los principios de buena regulación plasmados en el art. 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la compilación del régimen de las sociedades públicas en un texto legal único, que comprenda en sus contenidos, desde la perspectiva de su ordenación administrativa unitaria, las normas que les resultan de aplicación específica.

Todo ello responde a la exigencia de un «...marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas» que recoge el art. 139.4 de la misma Ley 39/2015. Todo ello con la finalidad de evitar, de este modo, una cierta dispersión y solapamiento normativo y el carácter ciertamente asistemático de la regulación hoy vigente tal y como acabamos de apuntar. Dado, por lo demás, el alcance concreto de la disposición derogatoria única de la Ley aragonesa 5/2021, y en tanto que las sociedades mercantiles públicas constituyen manifestación de la potestad pública de la Administración para su gestión patrimonial, la organización de sus bienes y servicios y la ejecución de las distintas políticas públicas, que trasciende, en su configuración y ordenación, la mera normativa organizativa y patrimonial.

2. La insuficiencia del régimen de los encargos de ejecución a medios propios personificados como posibilidad organizativa y de relación entre las sociedades mercantiles autonómicas

A) Remisión normativa y contenido del art. 57

Tal y como ya se ha anticipado, parece insuficiente la regulación de los encargos de ejecución que, para las sociedades mercantiles autonómicas y

societaria atípica, como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado en cuanto al establecimiento de sus bases en el art. 149.1.18 de la C.E., sin duda con la finalidad de posibilitar el mantenimiento de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas administraciones y de que el régimen jurídico de las autonómicas no discrepe del referente al Estado, y sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto a que nos hallamos ante un supuesto al que conviene la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica "régimen jurídico de las Administraciones Públicas", esta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales, una de ellas la que aquí se contempla» (fundamento jurídico 9).

por remisión al art. 57, establece el art. 124 de la Ley aragonesa 5/2021. Dicho precepto regula los *Encargos de ejecución a medios propios* en sede del título I, como segundo artículo de los tres que integran su capítulo V, *Formas de actuación administrativa*.

En realidad, en su función, el art. 57 sustituye a la disposición adicional tercera de la LAAr, específica, de *Encargos de ejecución a empresas públicas*, recogiendo e integrando con algunas previsiones adicionales, que añade ahora la nueva ley, como son:

a) La posibilidad —teórica y no expresamente regulada— de los *encargos inversos* o de los *encargos transversales entre poderes adjudicadores* «...tanto a la Administración de la que dependan como a otros medios propios que dependan de la misma» (art. 57.1).

Este precepto amplía el ámbito de aplicación de la derogada disposición adicional decimotercera de la LAAr, que únicamente preveía los encargos como consecuencia de relaciones *verticales en línea jerárquica descendente* de la Administración a las entonces denominadas *empresas públicas* autonómicas.

Tiene su fundamento teórico en el marco genérico que establecen los arts. 12.2 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública (en adelante, la Directiva), y 31.1.a) y 32.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP).

La regla anterior la completa una remisión normativa, circular, que efectúa a su vez el art. 57.3, pues «a los efectos de lo dispuesto en la normativa de contratos del sector público los medios propios tendrán la condición de poder adjudicador cuando así resulte de la misma».

b) La reserva a la competencia del Gobierno de la potestad para autorizar «los encargos de importe superior a tres millones de euros...» (art. 57.2), trasunto de la regla que, para el ámbito específico del sector público estatal, establece el art. 32.6.c), párrafo primero, de la LCSP, que somete a autorización previa del Consejo de Ministros los encargos «...cuando el importe del gasto (...), sea igual o superior a doce millones de euros...».

Esta cantidad de tres millones de euros constituye un umbral, inferior, al que prevén los arts. 14.1 de la LARSPE, y 126.2 de la Ley aragonesa 5/2021, como condición de autorización administrativa previa del otorgamiento de contratos por las sociedades mercantiles autonómicas, cualquiera que sea su naturaleza, a excepción de los contratos de financiación y gestión financiera, cifrado en este último caso, en doce millones de euros, y reservando la competencia de la autorización al Gobierno.

c) La previsión de un posterior desarrollo reglamentario que establezca el procedimiento a seguir para la ‘aplicación’ (cuando debería decir la ‘aprobación’) del sistema de tarifa que refiere el art. 32.2.a) de la LCSP, en sus párrafos tercero y cuarto (art. 57.4 de la Ley aragonesa 5/2021), y para la formalización del encargo (art. 57.6).

La publicidad de la formalización la califica ese mismo precepto como ‘trámite esencial’, aun cuando no sea, en puridad jurídica, un *trámite*, sino simple condición de eficacia conforme resulta del art. 32.6.b) de la LCSP, cuyo contenido es básico en tanto que tal acto de publicación es, jurídicamente, un acto posterior aun cuando tenga virtualidad condicionante.

d) La posibilidad del pago anticipado de la totalidad de la actuación que constituya el objeto del encargo en el supuesto de su financiación con fondos finalistas y si así lo autoriza expresamente el Gobierno por razones de eficacia y eficiencia en la gestión presupuestaria bajo determinadas condiciones (art. 57.7, segundo párrafo).

e) La exención de la exigibilidad de otorgamiento de garantía por el medio propio por razón de la ejecución, que deroga para el caso la normativa presupuestaria que pudiera requerir la garantía en tanto que dispensa establecida por ley especial posterior para el supuesto concreto (art. 57.7, tercer párrafo).

B) La amplitud y generalidad de la regulación del art. 57. Aspectos críticos

Entendemos que cabe cuestionar la amplitud y generalidad de la regulación de los *encargos a medio propio* que resulta del artículo 57 por diversas razones.

En primer lugar, porque excede la sistemática del texto legal, al regular en el título I, sede de la actuación administrativa de la Administración general, los *encargos de ejecución* susceptibles de propiciar todo el elenco de posibilidades de relación entre los distintos entes del sector público, no sólo de la Administración hacia sus medios propios personificados, sino de éstos hacia a la Administración y de tales entes entre sí.

Esta posibilidad la abren los arts. 31.1.a) y 32.3 de la LCSP en el ámbito particular de los sistemas de *cooperación vertical* o *jerárquica* —que podrá ser *descendente*, *ascendente* o *transversal*—, pese a que el art. 57 de la Ley aragonesa 5/2021 trae causa directa del anterior, su art. 56, que enumera las formas a las que puede acudir la Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización para «...realizar su actividad...», entre ellas la gestión directa o con medios propios ex art. 56.a), sean o no personificados.

Por el contrario, los arts. 31.1.a) y 32.2 de la LCSP incluyen, como sistema incardinado en el marco de las relaciones de *cooperación vertical*, la posibilidad de la *cooperación transversal* de los entes *derivados* que puedan ser, recíprocamente, medios propios, sobre un tronco común, como mecanismo que permite formalizar la articulación de prestaciones de servicios de contenido propiamente contractual que den lugar a relaciones entre las sociedades mercantiles autonómicas cuando forman parte de un mismo grupo empresarial, entre sí, y que actúan, en esa condición, bajo una *unidad de dirección* como manifestación de la *influencia decisiva* que refiere el art. 32.2.a) de la LCSP en su párrafo primero.

En segundo lugar, por la parquedad de la regulación, que, además de no dar respuesta a los problemas que plantea la aplicación genérica de los arts. 32 y 33 de la LCSP (14), remite a un desarrollo reglamentario posterior el procedimiento para su formalización o para la aprobación del sistema de tarifas, todo ello sin mayor indicación o predeterminación legal.

En relación con el procedimiento de formalización del encargo bastaría que la ley hubiera recogido, en paralelo a lo dispuesto en la LCSP (art. 28.1, sobre necesidad e idoneidad del contrato; y arts. 116 y 117, sobre el contenido del expediente de contratación y su aprobación), los elementos determinantes del expediente administrativo de formalización del encargo (informe de necesidad y justificación, contenido, certificado de la existencia de crédito y fiscalización previa de la Intervención), según ya exigía, con valor de instrucción interna, asimismo, la Circular 2/2018, de 8 de marzo, de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre *Contenido del expediente para su fiscalización previa, emitida con ocasión de la fiscalización de los encargos a medios propios de la Administración a sus entes instrumentales*, que incluyen a las sociedades mercantiles autonómicas.

En tercer y último lugar, por abundar en la confusión normativa y conceptual al resaltar o al referir categorías jurídicas plenamente diferenciadas, como pueden ser los trámites para la formalización del encargo, *ex ante*, y sus condiciones de eficacia, *ex post*, y al incorporar expresamente preceptos que responden a los contenidos de la regulación básica estatal, la LCSP, omitiendo otros que, aun cuando su interpretación pueda resultar abierta, sirven para definir un régimen regulatorio básico y muy detallado que parte de la distinción sustancial del elemento personal sobre condiciones o requisitos legales de carácter subjetivo que delimitan la relación entre el *ordenante* o *encomendante* —sea o no poder adjudicador— y *ejecutante* o *mandatario*, siempre y necesariamente *medio propio personificado* (arts. 32.2 y 33.1), y las reglas aplicables al contenido material de la relación que condicionan parte de su contenido último (art. 32.7).

(14) TENA (2018), NOGUERA (2020).

La remisión que contiene el artículo 57.3 de la Ley aragonesa 5/2021 carece, pues, de utilidad normativa cierta cuando, por lo demás, tiene un carácter circular al referir el concepto de *poder adjudicador*. Por el contrario, entendemos que cabría simplificar la regulación de los *encargos de ejecución a medios propios*, separándola en distinta sede legal, por coherencia sistemática y conforme a la teleología de la norma y la finalidad que, en cada caso, la justifica, y soslayando asimismo omisiones significativas.

De este modo, el citado art. 57 debería:

a) Regular exclusivamente, en sede del capítulo V, título I, los *encargos a medios propios personificados* que dirija la Administración a sus entes *derivados, secundarios* o dependientes, cualquiera que sea la naturaleza y forma jurídica de tales sujetos. Tales encargos, que tendrían que cumplir con las condiciones que establece en sus distintos apartados el art. 32.2 de la LCSP, responderían a una relación *vertical* estrictamente jerárquica bajo la habilitación de la potestad autoorganizativa de la Administración.

Dichas condiciones afectan a los siguientes aspectos:

- la dependencia respecto de la Administración como *poder adjudicador*;
- la vinculación funcional;
- la titularidad pública del capital en su integridad;
- la conformidad expresa formal de la Administración como sujeto *ordenante*, una vez esté verificada la idoneidad de los medios materiales y personales del sujeto *ejecutante* para la realización o desarrollo del *encargo* en coherencia con su objeto social y la actividad que le es propia, y el contenido legal mínimo en los estatutos o norma que rija la actividad del ejecutante;
- la publicidad, para general conocimiento en la correspondiente plataforma de contratación, que deberá reunir asimismo las menciones legales que definen el contenido de dicha publicidad.

b) Fijar los trámites esenciales que habrá de contener el procedimiento de formalización de los encargos, más allá de la calificación del carácter esencial de la publicidad, en tanto que si la publicidad determina un medio de control de la legalidad de la actuación (además de una manifestación de transparencia), no es menos cierto que tal control, sobre una potestad discrecional cual es la autoorganizativa, descansará esencialmente en el elemento causal y, por tanto, en su motivación. Ello remite a la importancia de la tramitación *ex ante* a su formalización, carente de reflejo en la ley.

c) Omitir o referir, en la lógica anterior e, incluso, por remisión al título IV de la Ley aragonesa 5/2021, la regulación de los *encargos de ejecución* entre los sujetos integrantes del sector público institucional y, en particular, entre las sociedades mercantiles autonómicas que actúan bajo un principio de *unidad de dirección* o *decisión* conforme al presupuesto del art. 32.2.a) de

la LCSP, y que, en un régimen mercantil, responde, ex artículo 42 del Código de Comercio, a la realidad de un grupo empresarial *público* de compañías vinculadas y recíprocamente dependientes bajo una misma propiedad patrimonial y una única dirección, en lo que constituye manifestación adicional del principio del *control análogo* o de la *influencia dominante* en los términos del artículo 117.1 de la ley aragonesa de régimen jurídico.

C) La dificultad legal de formular encargos *inversos* para su ejecución por la Administración matriz

El análisis del régimen jurídico que introducen los arts. 32.2 y 32.3 de la LCSP y su virtualidad aplicativa genera también notorias dudas acerca de la posibilidad de formular *encargos inversos* desde las sociedades mercantiles autonómicas hacia la Administración, más allá de su planteamiento formal teórico y en quiebra del principio de jerarquía.

En este sentido, la aplicación de los requisitos legales en relaciones *ascendentes* plantea ulteriores cuestiones no resueltas por la LCSP. De estas no es la menor la posibilidad de efectuar *encargos inversos* entre la Administración, como destinataria o *ejecutante*, y, por ejemplo, una sociedad pública unipersonal que actúe como *ordenante*, ante la imposibilidad de la aplicación literal a la Administración de las condiciones legales anteriormente expuestas que permitan su calificación como medio propio personificado de una sociedad mercantil pública que constituye un ente *secundario* o *derivado* de dicha Administración y cuya naturaleza jurídica material, a results de la forma que adopta su personificación, es claramente diferenciada.

Máxime ante la ausencia de sentido lógico de la articulación de la relación *inversa* mediante la técnica de los encargos a medios propios, conforme resulta de una interpretación sistemática y teleológica de la norma.

Dada la dificultad hermenéutica de aplicación del régimen a los encargos *inversos* en este supuesto parece que, en tal caso, bastaría una previsión normativa específica que, conforme a la potestad de autoorganización de la Administración que le permite determinar su estructura y la concreta organización de sus servicios, le amparase y habilitara para la prestación de determinados servicios o la realización de determinadas funciones en favor de la sociedad mercantil, o reservara la posibilidad de realizar distintas actividades en beneficio de sus entes instrumentales, ordenando, por tanto, la relación al margen de la regulación del art. 32.3 y de su consecuente remisión al cumplimiento de los requisitos del art. 32.2.

Esta conclusión —la difícil viabilidad de los *encargos inversos*— parece extensible a la relación de las sociedades mercantiles con aquellos entes que la ley equipara a la Administración pública y en los que recae la descentralización funcional de las competencias administrativas (los organismos públicos) según

se ha configurado tradicionalmente la Administración institucional o sectorial, por contraposición a la Administración general y territorial, aun cuando la subcategoría de los organismos públicos forme parte de la categoría genérica y más amplia del sector público institucional conforme a la definición legal que incluyen las leyes de régimen jurídico estatal y autonómica —y que deberían distinguir, a su vez, como subespecie, la del *sector público empresarial*—, a salvo de aquellas entidades de Derecho público que puedan realizar una actividad concurrente de mercado.

En consecuencia, la limitación del ámbito regulatorio mediante la exclusión, en el art. 57, de los *encargos inversos* entre los distintos sujetos o entes que forman parte del sector público como supuesto diferenciado del recurso de la Administración a sus medios propios, parecería, por lo demás, una solución coherente con la que proporciona la legislación estatal:

— el art. 86.1 de la Ley 40/2015 regula la condición de medios propios de los entes que forman parte del denominado sector público institucional, en su título II, relativo, precisamente, a *Organización y funcionamiento del sector público institucional*;

— el capítulo II del título II de la ley estatal no tiene carácter básico, siendo su aplicación exclusiva para el sector público institucional estatal, conforme a su disposición adicional decimocuarta, apartado 2.c).

De este modo, en el marco del sector público estatal, la Ley 40/2015 no prevé la posibilidad o el régimen de *encargos inversos* de los entes instrumentales a la Administración de la que dependen, pese al efecto directo de la Directiva en el momento de aprobación de la Ley 40/2015, constituyendo los *encargos de ejecución a medios propios* por la Administración una técnica exclusivamente unidireccional en línea jerárquica *descendente* como medio de relación entre la Administración General y los entes secundarios en los que ostenta esa *influencia dominante o decisiva*.

Todo ello se añade a la remisión que efectúa la legislación de contratación pública para que «*las entidades integrantes del sector público institucional...*», y no otras —esto es, excluyendo de tal posibilidad a la Administración General del Estado—, sean «*...consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos...*» en dicha legislación especial (art. 86.1).

D) Una perspectiva alternativa

La amplia generalidad y la multiplicidad de los supuestos que comprende el art. 32 de la LCSP, según acreditan las sucesivas reformas legislativas producidas desde su promulgación y entrada en vigor, reflejada, igualmente, en

el art. 57 de la Ley aragonesa 5/2021, así como las dificultades aplicativas a las que da lugar, determina que el art. 124.3 y la remisión que contiene resulte ciertamente inconsistente e insuficiente para definir y regular las relaciones entre las sociedades mercantiles autonómicas. En efecto, gran parte de ellas, si no la totalidad, son susceptibles de calificarse como *poderes adjudicadores* al amparo del art. 3.3.d) de la LCSP, y, la mayoría, asimismo, son susceptibles de actuar como *medios propios* de otras sociedades mercantiles autonómicas a los efectos del art. 57.1 de la ley aragonesa de régimen jurídico, prestando servicios o desarrollando actividades comprendidas en su objeto social.

No son causa menor de tales dificultades aplicativas las especialidades propias que determina, en el caso de las sociedades mercantiles públicas, su personificación jurídico-privada bajo forma mercantil, aun cuando estén definidas legalmente como entes o sujetos que constituyen parte integrante del sector público institucional. De ahí que, en el ámbito de las relaciones de las sociedades públicas entre sí, la potestad autoorganizativa que justifica la técnica del recurso al medio propio como una de las formas de actuación administrativa ex art. 56.a) de la ley aragonesa, es estrictamente predicable de la Administración pública como manifestación del poder público y queda desplazada, desde el principio de jerarquía, hacia la preeminencia que cobran los principios de control análogo y de unidad de dirección o decisión empresarial aun cuando constituyan una manifestación funcionalmente equivalente al objeto, contenido y ejercicio de dicha potestad.

La posición jurídica de la Administración, revestida de potestad pública, no la ostentan las sociedades mercantiles públicas en sus relaciones recíprocas al actuar desprovistas de *imperium* en el ejercicio de su actividad y en el cumplimiento de sus objetivos y de su finalidad institucional ex art. 120, *in fine*, de la Ley aragonesa 5/2021.

En este punto, la articulación de las relaciones de colaboración entre las sociedades mercantiles autonómicas que pudieran servir para la prestación recíproca de servicios de *back-office* empresarial entre ellas como sujetos que forman parte de un mismo grupo societario (caso del que forma Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. con las sociedades en la que es socio único o mayoritario), a la vista de la legislación vigente, permite concluir lo siguiente:

a) Como consecuencia común, la ordenación de las relaciones de servicios intra-grupo en el sector público empresarial autonómico requerirá una regulación o desarrollo normativo complementario a tal fin, de carácter organizativo.

Más allá de lo dispuesto en el art. 124.3, con una sistemática más que cuestionable como precepto de cierre de la descripción del *Régimen presupuestario*, tal regulación debería amparar un proceso ordenado que permitiera la calificación de las distintas compañías de capital público autonómico como

medios propios, a su vez, de distintas sociedades mercantiles autonómicas, previa determinación de los concretos servicios que pueda ofrecer cada una de ellas con la finalidad de su prestación en el seno del grupo empresarial, recíprocamente entre sí, por ser comunes en el desarrollo de sus actividades conforme a los medios y recursos de los que disponen —o, en otro caso, mediante su redistribución o refuerzo, según requiera la situación—, y que permitiera la concreta formalización ulterior de tales *encargos* con plena garantía legal.

Es en tal supuesto en que la técnica de los *encargos a medio propio* servirá como instrumento para la gestión de las estructuras societarias de acuerdo a los deseables principios de eficiencia pública empresarial, sostenibilidad financiera, racionalidad en su gestión y, en suma, eficacia en el gasto público.

b) La insuficiencia de la remisión del art. 124.3 al art. 57, obligaría a incorporar previsiones relativas a los modos de relación dentro del ámbito del grupo empresarial y entre las sociedades mercantiles autonómicas gestionadas bajo la sociedad común constituida a tal fin, legalmente calificada como *entidad de gestión o sociedad matriz* (arts. 135 y 136 del TRLPA, respectivamente).

Respondería así a la finalidad de obtener una cobertura legal clara, dotada de seguridad jurídica, que garantizase, desde los principios constitucionales de eficiencia y economía en el gasto público, un uso eficiente de los recursos públicos y su asignación y la estabilidad presupuestaria del sector público empresarial (artículo 31.2, «*el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a criterios de eficiencia y economía*»; y artículo 135.6, «*las Comunidades Autónomas (...) adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas...*», ambos de la Constitución).

Una formulación legal que complete la ordenación escasamente innovadora de la Ley aragonesa 5/2021 en esta cuestión constituye el objetivo al que debería ir dirigido el recurso a la utilización recíproca y conjunta de los medios materiales y humanos de los que disponen las sociedades mercantiles autonómicas con la finalidad de minorar los gastos que conlleva la prestación de servicios comunes a sus estructuras empresariales. A ello debería servir el establecimiento, a partir de la técnica de los encargos de ejecución, de fórmulas legales de colaboración entre los entes *derivados* susceptibles de ser catalogados en una subcategoría común, cual es el caso de la del sector público empresarial que actúa bajo un criterio de unidad de dirección, siguiendo el principio de lo que la legislación autonómica comparada ha venido a denominar la técnica de *autoprovisión de bienes y servicios* en el marco de relación entre los entes de un mismo sector público (así, por ejemplo, la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico), que es aún más cualificada cuando las sociedades conformen, estrictamente, su sector empresarial o un mismo grupo societario público.

Suscribimos, en suma, el planteamiento doctrinal que postuló, con mayor ambición o alcance básico, al proponer la extensión del concepto «*como pivote alrededor del cual giren las distintas modalidades técnicas de satisfacción de las necesidades de interés general dentro del propio sector público*» (15) y convocando a esa tarea, en ausencia de un régimen básico estatal, a los legisladores autonómicos en uso de sus competencias legislativas de desarrollo de la legislación contractual y la de régimen jurídico. Tal y como puso de relieve este autor, «*la dispersión de perspectivas reguladoras de la autoprovisión en tres grupos normativos (el de la organización, contratos y defensa de la competencia), y la focalización dogmático-formal sobre las categorías de convenio, encomienda de gestión y encargo, produce un escenario asistemático de inseguridad jurídica nada propicia para el correcto desarrollo y control jurídico de estas técnicas. Títulos competenciales de distinta naturaleza y relevancia se entremezclan y confunden: leyes básicas de contratación que entran en temas organizativos; leyes autonómicas de contratación que desarrollan directamente el derecho comunitario; leyes básicas de organización administrativa que regulan las relaciones de colaboración (convenios), pero no regulan los medios propios en el conjunto del sector público; leyes autonómicas de organización administrativa que desarrollan minuciosamente la organización y operativa de los medios propios... Al mismo tiempo, la ausencia de una regulación de conjunto sobre estas técnicas provoca una escasa densidad normativa de naturaleza básica, hoy apenas acantonada en el plano contractual, propiciando así una fragmentación de soluciones en los derechos autonómicos. Esto ha merecido la crítica del Tribunal de Cuentas, que ha reclamado un marco jurídico común regulador del régimen de encomiendas a medios propios*» (16).

La referencia a la posición del Tribunal de Cuentas se sustenta en una serie de informes realizados sobre diferentes supuestos de utilización de esta técnica, tanto en el ámbito estatal como autonómico, que acabó cristalizando en la *Moción nº 1198 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, de 22 de diciembre de 2016, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas mediante Resolución de 27 de febrero de 2017 (17). En el mismo sentido, en nuestro ámbito, se pronunció la Cámara de Cuentas de Aragón en el *Informe de fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ejercicio 2013*, de 29 de diciembre de 2015, donde

(15) AMOEDO (2018, 129).

(16) AMOEDO (2018, 127 y 128).

(17) Publicada en el BOE de 12 de abril de 2017, en el cual pueden verse además hasta ocho ejemplos de los informes mencionados.

se puso de manifiesto la «*inexistencia de una regulación adecuada y suficiente claramente delimitadora del objeto, requisitos, procedimiento, controles y responsabilidades de las encomiendas a medios propios*» (18).

No obstante la superación de estas críticas como consecuencia de la influencia que tuvieron los informes del órgano de fiscalización externa en la minuciosa redacción acometida en la LCSP (19), estamos muy lejos, como se ha podido apreciar, de solventar las disfunciones y deficiencias anteriormente apuntadas.

V. CONCLUSIONES

La regulación de las sociedades mercantiles autonómicas en la Ley aragonesa 5/2021 incorpora las novedades resultantes de la traslación al ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón de los mandatos incluidos en la legislación básica estatal (registros e inventarios, sistema de control de eficacia y supervisión continua, etc.); delimita el ámbito del sector público autonómico sobre las concretas categorías de entes personificados que lo conforman y un sistema de prohibiciones, que lo cierra; y supera el concepto de *empresa pública* de la LAAr, asumiendo y perfeccionando el de sociedad mercantil pública autonómica ya avanzado en su día por la legislación patrimonial.

Puede decirse que se mejora la regulación, aun siguiendo sustancialmente el esquema de la LAAr y modificando implícitamente la legislación patrimonial, restringe las facultades para la constitución de sociedades mercantiles autonómicas, introduciendo mecanismos más rigurosos para su motivación y control en el marco del procedimiento de autorización, que quedan asimismo vinculados a los procesos de control de eficacia y *supervisión continua* por medio de instrumentos de planificación de su gestión (el *plan de actuación* y su desarrollo a través de *planes anuales*).

No obstante, la nueva ley favorece el mantenimiento de una cierta dispersión normativa y el solapamiento de reglas y normas con la legislación patrimonial pública que regula el *Sector empresarial del patrimonio de Aragón* a las que, en su condición de ley organizativa, no viene a sustituir pero implícitamente modifica en algunos de sus preceptos y queda desvinculada de la legislación presupuestaria específica (caso de las medidas introducidas

(18) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 42, de 18 de enero de 2016 (2776 y ss.) y que dio lugar a la aprobación de las Resoluciones adoptadas por la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario de las Cortes de Aragón, con fecha 30 de octubre de 2017, que pueden consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 200, de 9 de noviembre de 2017 (15308 y ss.).

(19) SANTIAGO (2021, 151).

por la LARSPE, dirigidas a las sociedades mercantiles autonómicas). Parece conveniente, conforme a las exigencias de los principios de seguridad jurídica y de buena regulación, promover una ley de ámbito y contenido material específico bajo el prisma de una ordenación administrativa unitaria que regule el sector empresarial público coordinando y adecuando las normas que, en la actualidad, establecen las leyes en materia de organización, patrimonio y hacienda y presupuestos.

Resulta insuficiente la regulación uniforme de los *encargos a medios propios personificados*, mediante su equívoca remisión al art. 57 de la ley. En particular, se aprecia una extraordinaria dificultad en la aplicación práctica de la figura de los *encargos inversos* de las sociedades mercantiles autonómicas a la Administración de la Comunidad, más allá de su enunciado y formulación teórica. Queda pendiente de articular un sistema de relación estructural, a partir de la regulación de los *encargos a medios propios*, que permita la *autoprovisión* de servicios de *back-office* empresarial en el seno del grupo empresarial público de la Comunidad y, con ello, que dote de plena seguridad jurídica a la utilización recíproca y conjunta de los recursos de los que disponen las sociedades mercantiles autonómicas con la finalidad de minorar los gastos que conlleva la prestación de servicios comunes a sus estructuras empresariales de acuerdo a los principios de eficiencia, sostenibilidad financiera, racionalidad en la gestión y, en suma, eficacia del gasto público conforme a los mandatos constitucionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GALLO, Pablo (2019): «Interés general», *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16.
- AMOEDO SOUTO (2018): «En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos», *Revista de Administración Pública*, núm. 205.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2003): «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los principios generales del Derecho Público Económico», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003): «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas.
- GUIMERÁ RICO, Juan José (2020): *Las sociedades públicas. Fundamento y límites de la huida al Derecho privado*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2016): *Derecho Administrativo Económico*, Civitas.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1988): *Derecho administrativo económico I*, La Ley.
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación (2018): «Lección 1. La intervención del Estado en la economía» y «Lección 3. Potestades de intervención pública en la economía», en *Lecciones de derecho administrativo vol III. Regulación económica y medio ambiente*, Tecnos.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas.
- NOGUERA DE LA MUELA (2020): «A vueltas con los encargos a medios propios personificados del Art. 33 de la Ley de Contratos del Sector Público a raíz del Covid-19», *Observatorio de Contratación Pública*, 19/05/2020.
- ORTEGA ALMÓN, M^o Ángeles (2003): «La empresa pública a debate», *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8.
- PALÁ LAGUNA, Reyes (2012): «Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas», en esta REVISTA, núm. 39.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, Tirant lo Blanch.
- PEÑA OCHOA, Alfonso (2010): «El sector empresarial público de la Comunidad Autónoma», en BERMEJO VERA, J. y LÓPEZ RAMÓN, F. (dirs.), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Thomson Civitas.
- SALAMERO TEIXIDÓ, Laura (2019): «Lección 20. La iniciativa económica pública», en MENÉNDEZ GARCÍA, P. y EZQUERRA HUERVA, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters-Civitas.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^o José (2021): «El alcance del control de los encargos a medio propios tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 77.
- SEGURA, Julio (1989): «La empresa pública: teoría y realidad», *Papeles de Economía Española*, núm. 38.
- SETUAIN MENDÍA, Beatriz (2014): «El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón», en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Derecho Público Aragonés*, IberCaja / El JUSTICIA DE ARAGÓN.
- TENA PIAZUELO, Vitelio (2018): «¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público», en TEJEDOR BIELSA, J. C. y BERNAL BLAY, M. A. (eds.), *La Ley de Contratos del Sector Público*, Monografía de esta REVISTA, XVIII, Zaragoza.