

I. ESPAÑA

LA ENAJENACION DE PARTICIPACIONES PUBLICAS EN EMPRESAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES DE INTERES PUBLICO. SU REGULACION POR LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO

Por

M.^a NIEVES DE LA SERNA BILBAO
Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina)
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MECANISMO ARTICULADO POR LA LEY 5/1995 PARA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO; BREVE ANÁLISIS DE LAS OPCIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 128.2 CE.—III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO PÚBLICO: A) *El artículo 90.2 del Tratado Comunitario Europeo*. B) *Compatibilidad del régimen establecido por la Ley y el Derecho comunitario*. C) *Las distintas técnicas articuladas por algunos países miembros comunitarios para proteger el interés general y el mecanismo articulado por la Ley*.—IV. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA COMO GARANTE DEL INTERÉS PÚBLICO: A) *Distinta eficacia de los preceptos contenidos en la Ley 5/1995, de enajenación de las participaciones públicas*. B) *Ambito subjetivo de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. C) *Ambito objetivo de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. D) *El régimen de autorización administrativa previa. Su análisis*. E) *Procedimiento de aplicación del régimen de autorización administrativa previa*.

I. INTRODUCCIÓN

Como he destacado en otra ocasión (1), en nuestra sociedad contemporánea es evidente la situación de crisis, cuando no de auténtico descrédito, en la que se encuentra sumido el sector público, en general, frente al ámbito privado. Esta circunstancia ha llevado a los Poderes públicos a aplicar ciertas políticas que toman como ejemplo aquel ámbito de la realidad y que han supuesto, a menudo, la reforma de algunos aspectos de éste. En efecto, junto a la racionalización de la «dimensión» del Estado, es posible afirmar que el objetivo principal de aquella política es adecuar la forma de actuación pública a los principios propios del mercado; es decir, el desarrollo de su actuación con arreglo a los principios de eficiencia, eficacia y economía característicos del ámbito económico privado. En fin, lo privado

(1) *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

se ha convertido en el criterio de medida y el principio rector de toda acción pública.

En este sentido, es preciso señalar que la situación descrita se produce en la actualidad en todos los ámbitos de actuación de los Poderes públicos, de suerte que rebasa el ámbito originario —la actividad mercantil o industrial— en el que surgió. Incluso llega a incidir en el núcleo mismo de la actividad administrativa, es decir, aquellas potestades consideradas tradicionalmente como propiamente públicas. Como es conocido, esta situación ha originado un amplio debate doctrinal sobre la denominada «huida del Derecho Público», fenómeno cuyo análisis excede de los objetivos de este trabajo (2).

Las causas que han conducido a esta situación son muy variadas. No obstante, es posible destacar, como elemento determinante de la misma, el intento de racionalizar la dimensión del Estado. En efecto, en determinados sectores se considera que el Estado contemporáneo ha adquirido unas enormes proporciones y, por tanto, como consecuencia de la limitación de recursos económicos, su dimensión debe ser objeto de revisión. De este modo, se puede afirmar que dicha concepción ha dado lugar a la aparición y desarrollo de los procesos de privatización y de desregulación (3); proce-

(2) En ese amplio debate es posible citar, sin ningún ánimo de exhaustividad, a autores como R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 34 y ss.; S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 101 y ss., y de la misma autora, *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, en el núm. 133 de esta REVISTA, págs. 57 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Ed. Real Colegio Español de Bolonia, Bolonia, 1993; I. BORRAJO IÑIESTA, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, en «REDA», núm. 78, págs. 233 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vols. I y II, Ed. Civitas, Madrid, 1993; G. ARIÑO ORTIZ, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Ed. Fundación BBV, Madrid, 1994; M. MARALET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo*, en el núm. 136 de esta REVISTA, págs. 201 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación del Derecho público*, Ed. CEC, Madrid, 1991, y del mismo autor, «La organización y el régimen jurídico de la Administración en cuanto actuación administrativa», en *Ponencias del Siminari de Dret Local*, Ed. Ajuntament de Barcelona, 1995; «Público y privado en la Administración Pública», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ*, Ed. Civitas, págs. 4667 y ss., y *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ed. BOE e INAP, Madrid, 1995; M.ª N. DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización en España...*, ob. cit., y más recientemente, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo*, en el núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 25 y ss., y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996.

(3) Ambos conceptos presentan una sobrecarga de significaciones analizadas en el libro *La Privatización en España...*, ob. cit. Sintéticamente, el concepto de privatización que aquí se utiliza hace referencia a la transferencia y devolución de actividades de contenido económico desarrolladas, hasta entonces, por los Poderes públicos a los sujetos privados. Este concepto, que denominamos privatización material, se debe distinguir del de privatización en sentido formal. Con este último se designa el fenómeno de la aplicación del Derecho privado en el ámbito de la iniciativa pública económica desarrollada en virtud de la habilitación contenida en el artículo 128.2 de nuestro texto constitucional. La aplicación del Derecho privado en el desarrollo de una actividad administrativa es considerada como una «huida del derecho público», en ningún caso una privatización. En relación con el

sos con los que se persigue, fundamentalmente, reorganizar la actuación de los Poderes públicos en el ámbito económico.

Por lo demás, no es posible desconocer, en este punto, que la reorganización de la actividad económica de los Poderes públicos ha sido también resultado, en gran medida, de las exigencias derivadas del proceso de integración comunitaria europea. En efecto, la apertura del mercado nacional ha ocasionado que las distintas empresas públicas que venían desarrollando actividades en sectores económicamente relevantes, en los que la competencia era limitada, hayan precisado alguna clase de reorganización. En concreto, se debe señalar que la adecuación a las exigencias comunitarias ha supuesto para el ámbito empresarial público la necesidad de actuar al margen de toda prerrogativa que pudiera poner en peligro la consecución del principio de la libre competencia (4).

Las circunstancias apuntadas han producido un cambio en las relaciones entre aquellas empresas con los Poderes públicos; cambio que ha ocasionado la merma o, en algunos supuestos, la desaparición de la participación pública en las empresas y que ha venido a regular, concretamente, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, «Reguladora del régimen para la garantía de la continuidad de la actividad empresarial en caso de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas». Se trata de un texto legal que, a pesar de su importancia en el actual contexto político-social, ha pasado inadvertido, en gran medida, por la doctrina (5). El estudio de este reciente texto legal, conjuntamente con el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, es el objetivo del presente trabajo.

II. MECANISMO ARTICULADO POR LA LEY 5/1995 PARA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO; BREVE ANÁLISIS DE LAS OPCIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 128.2 CE

La reducción continua que a nivel internacional viene experimentando la participación pública en las diferentes empresas en su poder —situación motivada, fundamentalmente, por razones económicas, tecnológicas y, en nuestro caso, políticas, como la incorporación de España a la Comunidad

proceso de desregulación, éste es un proceso distinto del de privatización, aunque no por ello contradictorio o incompatible con aquél, sino que, por el contrario, supone una medida complementaria e, incluso, necesaria de los procesos de privatización. De esta forma, podemos definir la desregulación, desde una perspectiva estrictamente económica, como la eliminación, modificación o simplificación, por parte de los Poderes públicos, de aquellas normativas o trámites administrativos que de alguna manera limitan, condicionan o restringen la iniciativa y el desarrollo de las actividades de contenido económico tanto públicas como privadas.

(4) Principio, fundamentalmente, regulado por los artículos 85, 86 y 90 del Tratado Comunitario Europeo y su normativa de desarrollo.

(5) Sólo se han ocupado del tema J. L. PINAR MAÑAS, en *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, en «REDA», núm. 84, págs. 569 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, en «Organización y actividad en la Administración Pública», en *Eficacia...*, ob. cit., nota pie 105, y DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, ob. cit., págs. 201 y ss.

Europea— ha supuesto cambios sustanciales en el régimen jurídico al que es sometido la propiedad de aquella clase de empresas. En efecto, las circunstancias apuntadas han llevado a los Poderes públicos a poner en marcha una política administrativa de enajenación de participaciones públicas en todas las empresas de su propiedad, incluidas aquellas que realizan una actividad que se considera de interés público. En este último caso, es preciso destacar que los desarrollos de los procesos de privatización no tienen por qué suponer, por sí mismo, la desaparición de aquel interés público. Por el contrario, éste puede continuar presente a pesar de la pérdida de la participación pública necesaria para controlar la gestión de las empresas. Es, casualmente, la preservación de estos intereses el objetivo que se pretende asegurar con la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y con el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 5/1995, de 23 de marzo (6).

Es preciso adelantar ya en este lugar que aquellos textos normativos no constituyen propiamente una regulación completa y acabada, comprensiva del entero procedimiento legal a seguir para privatizar las diferentes empresas públicas. Por el contrario, la normativa analizada sólo persigue que el interés público que determinadas empresas de tal carácter tienen asignado no sea desconocido como consecuencia de la pérdida de control por parte de los Poderes públicos por el desarrollo de los procesos privatizadores. Con esta finalidad, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, distingue en la Exposición de Motivos entre aquellas empresas propiedad de los Poderes públicos en ejercicio de la habilitación constitucional de la iniciativa económica y aquellas otras en que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público. Son precisamente estas últimas el objeto de la regulación del texto legal.

Al respecto, es necesario recordar que la Constitución configura a la Administración, en los artículos 103 y 106, tanto como organización como actividad jurídica pública. Pero también establece un orden económico fundamentado, básicamente, por un lado, en el reconocimiento de la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado —art. 38— y, de otro, en la autorización a los Poderes públicos de reivindicar, por Ley, para sí mismos, la libertad de empresa e, incluso, reservarse en monopolio recursos o actividades esenciales, es decir, publicar la actividad —art. 128.2—. La Constitución establece así un nuevo orden económico, definiendo en el artículo 128.2 CE las formas de participación directa de los Poderes públicos en la vida económica y reconociendo la única excepción permitida constitucionalmente a la libertad de empresa. Por tanto, resulta decisiva la interpretación que del artículo 128.2 CE se realice a efectos de determinar qué empresas se encuentran sometidas a la regulación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

El artículo 128.2 CE dispone que *«se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recur-*

(6) Es éste el sentido que se expresa en las distintas Exposiciones de Motivos de los textos normativos citados.

sos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

A tenor del precepto constitucional expuesto, se pueden diferenciar tres formas de participación pública en la actividad económica (7), a saber:

- a) En primer lugar, la iniciativa pública en la actividad económica, contenida en el primer párrafo del artículo.
- b) En segundo, la reserva formal al sector público de recursos o servicios esenciales, reconocida en el segundo párrafo del precepto.
- c) Por último, la intervención de empresas, recogida en el último párrafo.

Pues bien, al margen del tercer supuesto, ajeno al tema que nos ocupa, hay que señalar que las empresas incluidas en la primera categoría son aquellas empresas «competitivas o de mercado» que se caracterizan por desarrollar una actividad mercantil de carácter productivo o comercial, en régimen de rigurosa concurrencia y paridad con el sector privado. En este supuesto, como destaca la misma Ley en su Exposición de Motivos, la privatización de las mismas no presenta problemas relevantes en relación con los intereses públicos debido a la circunstancia de que, en este caso, deben ser los propios Poderes públicos quienes valoren la oportunidad o conveniencia y, paralelamente, la extensión de su intervención de conformidad con los principios que definan, en cada caso, la política económica asumida. Es conocido que el reconocimiento constitucional del principio de coactividad pública y privada conlleva el sometimiento de ambos sectores —público y privado— al mismo estatuto jurídico (8). Es decir, la actuación de los Poderes públicos como agentes económicos productores de bienes y de servicios se debe desarrollar con arreglo al Derecho privado, de forma

(7) En este sentido se manifiestan autores como L. M. CAZORLA PRIETO, «El artículo 128 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, págs. 1894 y ss.; O. DE JUAN ASEÑO, *La Constitución Económica española*, Ed. CEC, Madrid, 1984; L. PAREJO ALFONSO, «La organización...», *ob. cit.*, y del mismo autor, «Organización y actividad...», *ob. cit.*, en especial págs. 82 y ss.

(8) Así lo reconoce un numeroso sector doctrinal, entre los que cabe citar a M. MORISSI, en «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la "crisis"», en obra colectiva *La Constitución Española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en «Reflexiones sobre la empresa pública española», en *La Empresa Pública Española*, Ed. IEF, Madrid, 1980, pág. 47; R. MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía*, Ed. CEURA, Madrid, 1985, pág. 377; A. ROJO, en *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española*, en «RDM», núms. 169/170, pág. 320; J. I. FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 160; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Ed. La Ley, Madrid, 1991, pág. 95; S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Ed. Civitas, Madrid, 1993; L. PAREJO ALFONSO, en «La organización...», *ob. cit.*, y del mismo autor, *Eficacia...*, *ob. cit.*, págs. 35 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, en *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, en el núm. 133 de esta REVISTA. Igualmente, se puede consultar la doctrina citada en la nota 377 del libro *La Privatización...*, *ob. cit.*

similar a la actuación de los sujetos privados que llevan a cabo una actividad meramente mercantil. En este supuesto y como consecuencia de la derogación del principio de subsidiariedad por el texto constitucional, no es preciso que la iniciativa pública encuentre justificación en la insuficiente presencia o deficiente prestación por el sector privado. Por el contrario, es posible crear o ampliar empresas públicas en un sector económico determinado aunque la acción económica desarrollada por los sujetos privados se estime suficiente. Se permite, de este modo, un mercado de competencia entre ambos sectores.

Por otra parte, el artículo 128.2 de la CE habilita también a los Poderes públicos para que sean titulares de un sector de empresas prestadoras de servicios públicos, a través de las que persiguen la consecución de ciertas prestaciones de bienes o de servicios que se considera tienen carácter esencial para la comunidad. En estas hipótesis, se trata de empresas que desarrollan una actividad cuyo objeto es la satisfacción del interés público y es, precisamente, la presencia de aquel interés el fundamento último bien de la reserva del sector o servicio, bien del ejercicio por parte de los Poderes públicos de ciertas potestades exorbitantes que son consideradas necesarias para su cumplimiento satisfactorio y que la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y su norma reglamentaria tienen por objeto proteger.

No obstante, es preciso señalar, en cualquier caso, la falta de un concepto constitucional, concreto y expreso de «servicio público». Por ello, resulta decisiva la interpretación que del artículo 128.2 CE se realice con la expresión «recursos o servicios esenciales». Dicho precepto es el que puede conceder cobertura constitucional al concepto de «servicio público» y, consecuentemente, a aquellas empresas que son objeto de regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo. En relación con aquella interpretación se pueden destacar dos posiciones (9):

1.º En primer lugar, desde una perspectiva subjetiva del concepto de servicio público, a la expresión «especialmente en caso de monopolio» o al adjetivo «esencial» no se otorga un especial significado delimitador. Se trata de una interpretación amplia que remite al legislador la decisión para establecer una reserva pública en relación con ciertos recursos o servicios esenciales. Esta posición, partiendo de la premisa de la titularidad pública del sector de la actividad económica determinada, admite que el servicio público puede ser gestionado de varias formas, bien mediante una gestión directa a través de una empresa pública, bien por una gestión indirecta como puede ser una empresa privada, por medio de una autorización, con permiso administrativo o por la figura de la concesión (10).

(9) Véase al respecto L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Aranzadi, 1995, págs. 123 y 124, quien estudia ambas posiciones.

(10) Dentro de esta concepción subjetiva del concepto de servicio público se puede citar a autores como R. MARTÍN MATEO, en la voz «Nacionalización», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XVI, Barcelona, 1978, pág. 831; del mismo autor, *Ordenación del sector público en España*, Ed. Trivium, Madrid, 1973; y en la obra conjunta con F. SOSA WAGNER, *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Trivium, 1974, pág. 104, y de este último autor, *La*

2.º) En segundo, desde un punto de vista objetivo del concepto de «servicio público», se parte de la diferencia entre los conceptos de «estatalización» y de «servicio público» que la posición subjetiva, a criterio de esta concepción, los confunde. En efecto, el concepto de estatalización sólo puede tener como objeto los recursos o servicios esenciales donde la titularidad es pública, es decir, donde existe una «publicación» de la actividad. En estos supuestos, la expresión utilizada por el artículo 128.2 CE, «especialmente en caso de monopolio», es el criterio para valorar el carácter esencial de una actividad. Sin embargo, para esta posición existen otros servicios que se desarrollan bajo el criterio de la libertad de iniciativa pero que satisfacen un interés público. En estos casos, no se establece una reserva en favor de los Poderes públicos, sino que se reconoce la libertad de actuar en el sector de que se trate, pero siempre sujeta a un control por parte de la Administración, que aparece dotada por el Ordenamiento jurídico de potestades concretas en orden a controlar dicha actividad y, por tanto, permitir la consecución del interés general. Se trata de los supuestos de servicios y actividades de interés públicos en sentido objetivo (11).

El cambio operado en las bases tradicionales del régimen jurídico de los servicios públicos (12) ha llevado a reconsiderar el concepto subjetivo de «servicio público» y, por tanto, intentar liberarlo de las exigencias de titularidad pública en los casos de actividades que no se consideran esenciales. Esta nueva dirección estima que lo esencial de lo reservado no es la titularidad de la actividad o sector, sino la vigilancia y control sobre la acti-

gestión de los servicios públicos locales, Ed. Civitas, pág. 35. Igualmente, se puede consultar F. GARRIDO FALLA, en *El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*, en «REDA», núm. 29, págs. 225 y ss.; R. ENTRENA CUESTA, en «El principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. I, Ed. IEE, Madrid, 1980, págs. 103 y ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 80; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., págs. 253 y ss.

(11) Dentro de esta concepción es posible citar autores como G. FERNÁNDEZ FARRERES, en *Libertad de empresa y nacionalizaciones en la Constitución*, Cuadernos Aragoneses de Economía, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza, Zaragoza, 1979, págs. 219 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en los núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 2471 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ, *El servicio público como alternativa*, en «REDA», núm. 23, págs. 537 y ss.; y del mismo autor, *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 9, 1983, págs. 11 y ss.; «La empresa pública», en *El modelo económico de la Constitución*, ob. cit., págs. 11 y ss.; y *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 275 y ss.; LISSET BORRÉL, *La actividad empresarial de los entes locales*, Ed. Abella, Madrid, 1990, págs. 123 y 124.

(12) Como destaca ARIÑO ORTIZ, *Economía...*, ob. cit., pág. 340, la forma jurídica de prestación de aquellos servicios, principalmente los desarrollados bajo el régimen de monopolio, ha sufrido una importante modificación, de manera que su prestación se realiza conforme a los principios de eficiencia propios del mundo empresarial. De esta situación no es sino un ejemplo el sometimiento de dichos servicios públicos, siempre que sea posible, a las reglas de la libre competencia, lo que implica, a su vez, proceder a la liberalización o desregulación de algunos aspectos de la actividad en que consiste el servicio público en cuestión.

vidad por los Poderes públicos independientemente de quién sea el sujeto que desarrolle el servicio. De esta forma, se puede afirmar que en la actual interpretación se pretende asignar al concepto de servicio público una interpretación objetiva.

De lo expuesto se desprende que en la actualidad es preciso partir de la diferencia entre servicios público esenciales, por un lado, y servicios públicos objetivos, de otro. En relación con los primeros, constituyen, desde el punto de vista constitucional, puras excepciones de la libertad de empresa que sólo son lícitas en el ámbito del artículo 128.2 CE. Por lo que respecta a los segundos, el servicio público no supone ninguna excepción a la libertad de empresa, sino que consiste en la regulación administrativamente objetiva de la actividad o la prestación del servicio. Partiendo de esta interpretación del concepto de «servicio público» se puede afirmar que la misma no sólo está de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución española, sino que también coincide con las exigencias impuestas por el Tratado de la Unión Europea, como más adelante se tendrá oportunidad de estudiar.

Determinado así el concepto, es posible verificar que la Ley 5/1995, de 23 de marzo, conduce en esta dirección, bajo el motivo general de la racionalización del sector público en su conjunto. Por medio de esta Ley se persigue asegurar la continuidad en la prestación de aquellos servicios que tengan asignado el cumplimiento de un preciso interés público sin que, en cualquier caso, el Estado tenga que tomar por sí mismo la realización del servicio afectado. En este sentido, se debe señalar que cuando los Poderes públicos transfieren esta actividad al sector privado no cesa, por esa circunstancia, el deber de aquéllos de asegurar la adecuación de dicha actividad al interés público cuando éste permanece. En todo caso, será preciso identificar por los Poderes públicos ese interés público concurrente y, de esta forma, protegerlo, sin necesidad de asumir la titularidad o de publicarla.

Por tanto, es perfectamente lícito vislumbrar la hipótesis de que la efectiva consecución del interés público que tienen asignadas esas empresas públicas se pueda ver afectado por el desarrollo de los procesos de privatización. Hasta épocas recientes, en la mayoría de los casos, dicho interés era asegurado por la forma de propiedad del capital social que quedaba en poder de los Poderes públicos. Sin embargo, la puesta en práctica en los últimos tiempos de los procesos de privatización ha quebrado con aquel planteamiento tradicional y, consecuentemente, se ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con otros instrumentos diferentes a la propiedad, para preservar el interés público concurrente en actividades desarrolladas por aquellas empresas. Antes de la entrada en vigor de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, la Ley General Presupuestaria determinaba que para la creación, la adquisición y la pérdida de la posición mayoritaria del Estado, Organismos Autónomos y Entidades de Derecho público era necesario o se exigía exista un acuerdo del Consejo de Ministros. En este supuesto, el interés público se encontraba garantizado por la autorización que emitía el propio Consejo de Ministros. Por ello, es posible afirmar que previo a la Ley 5/1995, de 23 de marzo, no existía instrumento jurídico alguno que

permitiera preservar el interés público en caso de pérdida de la propiedad mayoritaria concurrente en alguna de las actividades de ciertas empresas. Dicho interés sólo podía preservarse por medio de una participación suficiente en el capital social de la empresa de forma que permitiera tener un control de la misma. Por esta circunstancia es que este nuevo texto legal viene a articular un instrumento de índole jurídico-pública alternativo de aquella protección del interés general, sin que, en cualquier caso, los Poderes públicos tengan que asumir por sí mismos el servicio o actividad de interés público. La Ley analizada pretende resolver esta situación de tensión postulando la exigencia de una autorización administrativa para la realización de determinados supuestos.

En efecto, el texto legal 5/1995, de 23 de marzo, instituye, como se acaba de exponer, un mecanismo de nueva configuración de índole jurídico-pública que permite a los Poderes públicos asegurar el interés general que tienen asignado esas empresas sin necesidad de ostentar la propiedad sobre una determinada porción del capital social. En este sentido, la Ley y su reglamento vienen a regular aquel nuevo sistema mediante el establecimiento de un régimen de autorización administrativa previa que posibilita que los Poderes públicos se reserven el derecho de intervención en determinados ámbitos de la gestión de estas empresas. De esta forma, la normativa estudiada permite asegurar que el traspaso a manos privadas de determinadas empresas que tienen asignado el cumplimiento del interés general —hasta ahora garantizado por la propiedad pública— sea compatible con el aseguramiento de aquellos intereses públicos. En cualquier caso y como veremos inmediatamente, de acuerdo con las exigencias impuestas por la normativa comunitaria, el régimen exorbitante del Derecho común se debe aplicar, única y exclusivamente, en la medida que lo exijan las necesidades de la actividad en cuestión, es decir, en función de que el interés público a realizar lo exija.

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO PÚBLICO

A) *El artículo 90.2 del Tratado Comunitario Europeo*

Como he apuntado en el epígrafe anterior, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, centra su atención en las empresas que prestan un servicio público. Dicha actividad se encuentra también regulada por el Derecho comunitario, el que somete a ésta a los mismos criterios de actuación que la actividad mercantil realizada por los Poderes públicos, si bien exceptúa de dicha exigencia la hipótesis de la imposibilidad del cumplimiento del servicio público debido a la aplicación de estas normas comunitarias.

En este sentido, el artículo 90.2 del Tratado Comunitario Europeo menciona de manera especial a las empresas encargadas de la gestión de

servicios de interés económico general (13), disponiendo, expresamente, que «*las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad*».

De este modo, es posible afirmar que el precepto comunitario establece un principio de carácter general en virtud del que, en todo caso, la actuación de esta clase de empresas (14) debe respetar lo dispuesto en el Tratado y, en especial, lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del régimen de competencia (15).

No obstante, es preciso destacar que esa regla puede ser objeto de una derogación limitada en la hipótesis de que la aplicación de dicha normativa impida llevar a cabo el objetivo asignado a la empresa en cuestión. Por esta razón, dicha derogación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y su aplicación debe encontrar fundamento en la circunstancia de que constituye un presupuesto, es decir, que sea necesaria para el cumplimen-

(13) Respecto del concepto de interés general en el ámbito comunitario, es posible advertir, sucintamente, que la calificación de la empresa como realizadora de aquel interés corresponde al propio Estado en la medida en que es el competente para determinar, por razones de oportunidad, regímenes especiales para ciertas tareas que considera de interés público. Sin embargo, esta circunstancia no impide que los propios órganos comunitarios realicen un control no tanto sobre el concepto mismo de interés general, que en todo caso depende de la política nacional adoptada, pero sí en relación con la importancia económica objetiva del sector en cuestión.

(14) Dentro de esta clase de empresas es posible englobar tanto las empresas públicas como privadas, siempre, claro está, que desarrollen una gestión de servicios de interés económico por disposición de un acto de los Poderes públicos. Véase en este sentido la Sentencia *BRT c/ SABAM*, de 21 de marzo de 1974, Asunto 127/1973. En relación con el artículo 90 del TCE se puede consultar T. QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Ed. CEC, Madrid, 1995, págs. 43 y ss.

(15) Estos dos artículos del Tratado, como señala A. BERCOVITZ, «Normas sobre la competencia en el Tratado de la CEE», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 341, prevén dos supuestos distintos de atentados a la libre competencia. No obstante, un elemento fundamental delimitador del supuesto de hecho radica en que las actuaciones anticompetitivas pueden afectar al comercio entre los Estados.

Por un lado, el artículo 85 TCE hace alusión a dos supuestos: en primer lugar, a los denominados ententes, es decir, los acuerdos, decisiones o prácticas restrictivas de la competencia, y, de otro, contempla los abusos de posición dominante de una empresa sobre otra u otras.

Con respecto al artículo 86, éste prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Al igual que el artículo 85 TCE, éste establece una enumeración, a modo de ejemplo, de lo que se debe entender por abuso de posición dominante.

Finalmente cabe destacar que las normas sobre la competencia, y en especial de estos dos artículos 85 y 86 del TCE, son de aplicación directa a los Estados miembros, sin que pueda ser obstaculizada por medidas adoptadas por las autoridades nacionales. Igualmente, estas normas sobre la competencia tienen prioridad sobre el Derecho interno de cada Estado miembro, pero ello no significa que estos últimos no puedan tener una legislación relativa a la protección de la libre competencia.

to de las misiones específicas que tiene confiadas (16) y que no exista ningún otro medio, sea legal, técnico o económico, para que la empresa pueda efectuar la misión asignada.

En la praxis comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha mostrado en un principio en extremo reacio a excepcionar a este tipo de empresas que cumplen un interés general de la aplicación de las normas de la competencia con fundamento, básicamente, en que la no aplicación de estas reglas suponía eximir de la aplicación de unas reglas que son consideradas de importancia capital (17). Sin embargo, recientemente el Tribunal de Justicia ha resuelto dos asuntos relevantes sobre el tema, ya que vienen a reconocer la posibilidad de no aplicar las normas de la competencia en determinados ámbitos del desarrollo de la actividad en cuestión. Ellos son el Asunto 320/1991, caso *Corbeau*, Sentencia de 19 de mayo de 1993, y el Asunto 393/1992, *Ayuntamiento de Al-melo y otros c/ N. V. Energiebedrijf Ijsselmij* —IJM—, Sentencia de 27 de abril de 1994 (18). En el primero de ellos, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 90 del Tratado se opone a que una reglamentación nacional que confiere derechos exclusivos para la recogida, transporte y distribución del correo prohíba ofrecer servicios específicos, disociados del servicio de interés general, que respondan a necesidades particulares del público y que impliquen ciertas restricciones suplementarias que no ofrece el servicio postal nacional. No obstante, destaca, ello será posible en la medida en que el reconocimiento de los servicios no afecte al equilibrio económico de la empresa que desarrolla el servicio de interés general. En parecidos términos se pronuncia en el segundo de los asuntos mencionados al expresar que «restricciones a la concurrencia para otros agentes económicos son admisibles en la medida en que sean necesarias para posibilitar el cumplimiento de su tarea a la empresa encargada de la función de interés general. Al respecto deben considerarse los presupuestos económicos bajo los que debe actuar el empresario. En particular, los costes y las normas a observar».

En conclusión, el Tribunal reconoce y admite la posibilidad de limitación en la aplicación de las normas de la competencia siempre que dicha limitación encuentre fundamento en la imposibilidad material de llevar a cabo el cumplimiento del interés general asignado a la misma, imposibili-

(16) Sentencia de 18 de junio de 1991, Asunto 260/1989, *E. Radiophonia Tileorassi c/ Dimotiki Etairia*.

(17) En este sentido, pueden resultar ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia comunitario de 30 de abril de 1974, en Asunto 155/1973, *Sacchi*; Sentencia de 11 de abril de 1989, en Asunto 66/1986, *Saeed*; Sentencia de 10 de diciembre de 1991, en Asunto 179/1990, *Porto di Genova c/ Siderúrgica Gabrielli*, y Sentencia de 10 de julio de 1991, en Asunto 69/1989, *RTE c/ Comisión*, entre otras.

(18) En relación con estas sentencias se puede consultar el artículo del profesor A. JIMÉNEZ BLANCO, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ*, Ed. Civitas, publicado también en «REDA», núm. 84, pág. 589; M.^o N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España...*, ob. cit., págs. 269 y ss., y T. QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones...*, ob. cit., págs. 135 y ss.

dad que se produce, en los casos analizados, al poner en peligro el equilibrio económico.

Igualmente, es importante señalar que a nivel comunitario estas empresas que prestan un servicio o actividad considerada de interés general han suscitado diversos estudios, a tal punto que existe, por un lado, una propuesta de modificación del Título V del Tratado Comunitario, que, como es sabido, establece las reglas comunes sobre la competencia, y, de otro, un proyecto de Carta Europea de los Servicios de interés económico general. En relación con el primero de ellos se debe destacar que el proyecto prevé insertar un nuevo Capítulo dentro del Título V intitulado «Servicios de interés económico general». Por medio de él se somete a las empresas encargadas de un servicio de interés económico general al cumplimiento de unas obligaciones especiales tales como la igualdad de acceso del público a sus prestaciones, la continuidad, la adaptabilidad y la calidad del servicio prestado, la transparencia, la eficacia y la apertura de su gestión a la concentración. No obstante, se sigue manteniendo la necesidad de cumplir, por parte de las empresas que desarrollen tales servicios o actividades, con las normas sobre competencia en la medida que la aplicación de las mismas no impida el cumplimiento de la misión particular a ellas confiada.

Por otra parte, en el Proyecto de Carta Europea mencionada se define a los servicios de interés económico general como «toda actividad de interés general ejercida en razón de consideraciones de eficacia económica, de cohesión social o de preparación de un desarrollo sostenible, bajo la dirección de un Estado Miembro o de la Comunidad». La existencia de estos servicios encuentra justificación, entre otros motivos, en la necesidad de garantizar la gestión de actividades que tengan efectos externos sobre el conjunto de la economía, la protección de los consumidores, la ordenación equilibrada del territorio y la satisfacción de una necesidad social de la población. Sin embargo, se debe destacar que, a pesar de este reconocimiento, la Comunidad Europea mantiene un límite en la constitución y desarrollo de éstos justificado en la necesidad de que «no afecte al desarrollo de los intercambios contrariamente a los intereses de la Comunidad».

De lo expuesto se puede concluir destacando que la objetivación del concepto de servicio público en España se adapta perfectamente a los requerimientos jurídicos exigidos por la normativa comunitaria europea. Es decir, las actividades o servicios que persigan la consecución de un interés general se pueden desarrollar conforme el principio de libre competencia, si bien, en todo caso, sometidas a una regulación objetiva que permita el cumplimiento de la misión específicamente confiada.

B) *Compatibilidad del régimen establecido por la Ley y el Derecho comunitario*

Determinada la importancia que ha adquirido el tema de las empresas que prestan un servicio de interés general en el ámbito comunitario, al

igual que la doctrina sustentada por el Tribunal de Justicia comunitario en relación con la interpretación que debe darse al artículo 90 del Tratado Comunitario, es que procede el análisis de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

Esta Ley contiene, en este sentido, referencias precisas al Derecho comunitario, compatibilizando las exigencias de éste con las limitaciones impuestas por la Ley analizada. De este modo, su Exposición de Motivos señala al efecto que el mecanismo de protección del interés público adoptado por la Ley es plenamente respetuoso con lo determinado en el artículo 90 del Tratado Comunitario Europeo, circunstancia que permite afirmar que la Ley no vulnera norma alguna del mencionado Tratado y, especialmente, las relativas a la competencia. Por este motivo, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del régimen legal, se menciona, expresamente, aquellas empresas que, participadas por el Estado en el porcentaje determinado, estén exentas del cumplimiento, total o parcialmente, de las normas sobre la libre competencia; es decir, las empresas encargadas de la gestión de servicios catalogados como de interés general (19). De todo lo expuesto y si nos atenemos al Derecho comunitario, la Ley se aplicará sólo a aquellas empresas que se encuentren bajo el dominio o control del Estado en el porcentaje determinado por la Ley, quedando excluidas, por tanto, del ámbito de aplicación del texto legal 5/1995, de 23 de marzo, las empresas que, a pesar de desarrollar servicios de interés general, están controladas por las empresas privadas.

Finalmente, destacar que en relación con el Derecho comunitario la Ley 5/1995, de 23 de marzo, contempla como causa que provoca la suspensión del plazo legal para resolver el procedimiento para otorgar la autorización administrativa, bien cuando se produzca la intervención de un órgano comunitario europeo competente, bien cuando exista una formulación de consulta al órgano comunitario europeo en los supuestos de fusión, escisión o transmisión de propiedad o usos de activos empresariales (20). El fundamento de dicha limitación es lógico, ya que será la autoridad comunitaria, en virtud del Tratado Comunitario (21), la que tenga la decisión final última sobre el tema sometido a su consideración.

C) *Las distintas técnicas articuladas por algunos países miembros comunitarios para proteger el interés general y el mecanismo articulado por la Ley*

La Ley objeto de análisis, de régimen jurídico de enajenaciones de participaciones públicas en determinadas empresas, al igual que su desarrollo reglamentario, pretenden salvar los obstáculos a los que se han visto suje-

(19) Véase el artículo 1.1 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(20) Véase el artículo 5.3.c) y d) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(21) Véase el artículo 90.3 del Tratado Comunitario.

tos los mecanismos jurídicos utilizados a tal fin por otros países comunitarios. Así, en los distintos procesos de privatización desarrollados hasta el momento en países miembros como Inglaterra en empresas que se consideraba tenían asignado el cumplimiento de un interés general, este deber se venía materializando a través de la utilización de diferentes técnicas de intervención. La medida quizás más conocida, adoptada en este sentido por el Gobierno de este país, han sido las *Golden Share* o acciones de oro. Como es sabido, estas acciones habilitan a su poseedor —los Poderes públicos— reservarse derechos especiales —oponerse a determinadas decisiones o acuerdos que se considera podían poner en peligro aquel interés protegido— que le permiten compatibilizar una operación de transferencia de acciones de una empresa pública a la esfera privada, asegurando en todo caso la protección del interés público subyacente (22), e intervenir, de esta manera, en la gestión de la empresa en cuestión (23).

Igualmente, en Francia se ha articulado un sistema por medio del cual se permite al Gobierno limitar los porcentajes de participación del capital extranjero, cuando la salvaguardia de los intereses nacionales así lo exija. El no cumplimiento de estas limitaciones puede ser objeto de sanción, ya sea mediante la obligación de ceder los títulos adquiridos de forma irregular, ya sea con la anulación del derecho de voto (24). Medidas similares han sido también adoptadas por otros países comunitarios como Alemania.

Sin embargo, es preciso destacar que la aplicación de dichos procedimientos produce, en ocasiones, conflictos y tensiones entre los intereses objeto de protección por estas técnicas de intervención y aquellos otros a cuya consecución se ordena el Derecho comunitario. En este sentido, KOVAR (25) destaca que cualquier limitación a la participación del capital extranjero —entendido como capital de otro país comunitario— en los procesos de privatización de empresas públicas es contrario en principio a las reglas previstas por el ordenamiento comunitario que persigue evitar conductas discriminatorias. De esta forma, afirma que dicho comportamiento pone en entredicho el artículo 52 del Tratado Comunitario Europeo, relativo a la libertad de establecimiento; el artículo 58.1 del mismo texto legal, que contiene la regulación de la libertad de constitución y gestión de empresas en otros países comunitarios, y el artículo 73.b) del Tratado citado,

(22) Véanse, por ejemplo, las privatizaciones de las empresas British Telecom, British Gas, British Airports Authority, Britoil y Cable and Wireless, entre las más relevantes.

(23) En este sentido, E. ALVAREZ y A. CALLEJA, *Privatizaciones y el sistema de la acción especial («Golden Share»)*, en «Economistas», núm. 63, págs. 44 y ss.; enumeran determinadas características que revisten estas acciones, entre las que cabe citar un valor nominal mínimo, normalmente amortizable en fecha predeterminada, y su tenedor suele ser, en nombre del Gobierno, un Ministro o representante.

(24) Véase en este sentido la Ley 912/1986, de 5 de agosto, y su modificatoria la Ley 293/1993, de 19 de julio, y su desarrollo reglamentario el Decreto 1269/1993, de 13 de diciembre.

(25) R. KOVAR, «Nationalisations-privatisations et droit communautaire», en *Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la Communauté européenne dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE*, ed. The European Policy Unit at the European University Institute, Florence, 1988, págs. 113 y ss.

como complementario del primero en cuanto que regula el derecho de inversión en otros países. Por esta razón, en esta Ley 5/1995, de 23 de marzo, reguladora del régimen para la garantía de la continuidad de la actividad empresarial en caso de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, se destaca que el régimen jurídico regulado en dicha norma responde por completo a la idea de la menor intervención pública compatible con el aseguramiento del interés público (26). La adecuación del procedimiento regulado por el texto legal citado al Derecho comunitario es igualmente confirmada por el Real Decreto 1525/1995, de desarrollo reglamentario de la Ley (27), que destaca su conformidad respecto al Tratado Comunitario Europeo. De este modo, la Ley sólo somete a autorización pública unos actos muy concretos que, en todo caso, deben encontrar justificación en la protección del interés general y que además permiten, como hemos visto, el control por los órganos comunitarios (28).

En definitiva, en relación con las empresas que prestan un determinado servicio público, se debe destacar que los procesos de privatización han supuesto para ellas un cambio fundamental en relación con su regulación jurídica. De esta forma, como ya tuvimos ocasión de señalar, a pesar que desde un punto de vista jurídico los Poderes públicos están dotados de un título habilitante que les permite el ejercicio de ciertas facultades de carácter exorbitante con el fin de prestar el servicio, esta circunstancia no les hace perder, en todos los casos, su carácter de actividad privada. Desde esta perspectiva, las empresas prestadoras de servicios públicos se presentan como empresas mercantiles y, como tales, sometidas a un estatuto jurídico de Derecho privado.

Esta situación de equiparación entre los servicios públicos y las empresas mercantiles no es bien acogida por los estudiosos de los servicios públicos. Fundamentalmente, es objeto de crítica la pretendida aplicación de un mismo régimen jurídico para todos los sectores. En este sentido, se afirma que no todos los sectores económicos se pueden someter al mismo régimen jurídico, ya que las medidas que tienden a liberalizar el sector deben, en todo caso, respetar la seguridad en el abastecimiento, la regularidad y la continuidad del mismo, fines que, como hemos tenido ocasión de señalar, persigue asegurar el Derecho comunitario. Como sostiene DEL GUAYO CASTIELLA (29), una indiscriminada apertura del mercado, con la consiguiente abolición de todo derecho exclusivo o especial a favor de alguna o algunas empresas, sería, en este sentido, un riesgo. De ahí que debe ponderarse siempre, en cada situación, la necesidad de introducir competencia —arts. 37, 55 y 92 del Tratado Comunitario— con la de respetar

(26) Véase la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(27) Véase la Exposición de Motivos del Real Decreto de desarrollo reglamentario.

(28) Véase el artículo 53.c) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(29) I. DEL GUAYO CASTIELLA, «Producción, transporte y suministro de gas en España», en conferencia publicada por Ruhr-Universität Bochum, 1992, págs. 32 y ss., y en parecidos términos se ha pronunciado el profesor P. J. TETTINGER, «Problemas legales de la energía en el marco de la Europa comunitaria», en conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III, marzo de 1994.

ciertas misiones confiadas por el Estado a alguna empresa —artículo 90 del Tratado Comunitario—. Esta tensión es parecida a la que existe entre la búsqueda de integración de la industria y la competencia en beneficio del usuario.

Finalmente, destacar que la reducción al mínimo indispensable de la aplicación del Derecho público en este ámbito de la actividad tiene como fundamento dos factores:

a) En primer lugar, desde una perspectiva tecnológica, los avances en este campo permiten que determinadas actividades que se encontraban reservadas puedan entrar en el tráfico normal de competencia.

b) En el orden jurídico, se debe destacar que la normativa comunitaria impide «salvo excepciones» la sustracción de estos ámbitos de la aplicación de la normativa de la competencia.

IV. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA COMO GARANTE DEL INTERÉS PÚBLICO

El nuevo instrumento de Derecho jurídico-público regulado por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y su desarrollo reglamentario, constituye una técnica que permite introducir limitaciones en las empresas que prestan un preciso interés general con la finalidad de controlar y asegurar el cumplimiento del interés general asignado. Por tanto, es posible afirmar que los cambios organizativos a los que han sido sometidas las empresas que prestan un determinado interés público han supuesto la modificación de los controles tradicionales. Se trata, como ya vimos, de proteger el interés general que desarrollan esas empresas así como las garantías para el ciudadano, como son el goce correcto y efectivo de una determinada actividad, regulando, en todo caso, la relación entre el mercado y la competencia. Por este motivo, esta situación de intervención pública se produce muy especialmente cuando las actividades presentan cierta trascendencia para la vida social.

De este modo, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y su desarrollo reglamentario, permite cuando se transfiere todo un sector a los agentes privados, y concretamente cuando tienen la condición de servicios esenciales para la comunidad —como es el supuesto de Repsol, S.A. y de las sociedades de su grupo relacionadas en el anexo del Real Decreto 3/1996, de 15 de enero—, introducir ciertas limitaciones a la libre disposición en la gestión de la empresa, con el fin de proteger los intereses públicos en juego. Estas limitaciones pueden ser de distintos grados e implicar desde una limitación en el ámbito de disposición de una porción del capital hasta la necesidad de requerir una autorización previa administrativa. De esta forma, como destaca el texto legal analizado (30), la entrada en juego del régimen contenido en la Ley depende de distintas circunstancias:

(30) Véase la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

1. En primer lugar, de que la operación de disposición de las participaciones públicas tenga una entidad suficiente como para producir la idoneidad de la mera condición de propietario para salvaguardar el referido interés público.

2. En segundo término, de que el control administrativo se reduzca a concretos actos o acuerdos que se consideran relevantes para la continuidad empresarial.

3. Por último, la exigencia de que el régimen de autorización administrativa previa se encuentre regulado con anterioridad a la operación de enajenación, de tal forma que la determinación del interés público encuentre justificación en la implantación de dicho régimen, con la expresa previsión de que el régimen de que se trata pueda ser suprimido, total o parcialmente, en cuanto se modifiquen las razones de interés público que lo sustentaban.

Como señala la propia Exposición de Motivos del texto legal, éste tiene por objeto permitir la preservación de los intereses públicos respecto de las actividades de empresas de determinados sectores que se encuentran participadas, tanto directa como indirectamente, por el Estado y respecto de las que por razones de planificación económica general no es preciso el mantenimiento de los porcentajes de participación pública. En este sentido, se dispone expresamente que *«la racionalización del sector público cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público presenta problemas jurídicos. Esta circunstancia es debida, en este caso, porque se plantearía inmediatamente el problema de la garantía suficiente del interés público, hasta entonces no exigida por encontrarse cubierta por la propiedad pública, total o parcial, de la correspondiente empresa»*.

De esta manera, la Ley viene a solucionar este problema por medio de la instauración de un nuevo mecanismo de protección del interés público necesario, sustitutivo de la propiedad de capital social, cual es la sujeción a un régimen de aprobación administrativa previa de determinados acuerdos y actos relacionados con las correspondientes entidades mercantiles.

La finalidad de este instrumento de nueva configuración no es otra que garantizar la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio que viene cumpliendo la empresa pública sometida a un proceso de privatización. Es decir, se trata de redefinir la dimensión del sector público y del sector privado, favoreciendo la presencia de este último en las empresas que tengan asignadas actividades con relevancia de interés público pero preservando, en todo caso, el interés público asignado. A tal fin, tanto la Ley 5/1995, de 23 de marzo, como su desarrollo reglamentario identifican los sujetos y los actos que se encuentran sometidos a dicha regulación, así como el procedimiento de sujeción al nuevo mecanismo jurídico-público regulado. En consecuencia, la Ley tiene por objeto la formalización de un sistema que otorgue cobertura a la ejecución de una política de racionalización de todo el sector público.

A) *Distinta eficacia de los preceptos contenidos en la Ley 5/1995, de enajenación de las participaciones públicas*

Como he destacado en el epígrafe anterior, la Ley tiene por objeto la formalización de una política de racionalización de todo el sector público. Sin embargo, esta afirmación requiere ser analizada desde el punto de vista del ámbito de aplicación de la Ley en las distintas organizaciones territoriales.

En relación con el Estado, la misma Exposición de Motivos reconoce expresamente que «*la Ley tiene por objeto el sector público del Estado*». No obstante, inmediatamente reconoce la posibilidad de que, si así lo deciden las instituciones correspondientes de las Comunidades Autónomas en el sector público autonómico, y también el local, puedan proceder a la aplicación de la misma sin que esta situación suponga una afectación al ámbito respectivo de su autonomía. En principio, las posibles políticas de racionalización que pudieran pretender tanto unas como otras Administraciones aparecen limitadas por la necesidad de respetar el *status* de las entidades mercantiles establecido en la correspondiente legislación estatal en el caso de las Comunidades Autónomas y por el alcance puramente administrativo del autogobierno de las entidades locales. Estas dificultades quedan solucionadas en la Disposición Adicional Segunda y en la Disposición Final Primera.

Respecto de las Comunidades Autónomas es preciso partir de los títulos competenciales que habilitan para la promulgación de esta Ley. Estos son, como destaca el propio texto legal analizado, los contenidos en los apartados 6, 13 y 18 del artículo 149.1 de la Constitución. Como consecuencia del distinto alcance que estos preceptos presentan se derivan distintas posibilidades de actuación para las Administraciones Públicas. Por ello y con el fin de respetar la distribución constitucional de competencias, la Ley establece taxativamente qué preceptos son de aplicación plena —directa— y qué preceptos tienen carácter básico. De esta forma se pretende no vulnerar el ámbito de decisión que pertenece a cada Comunidad Autónoma que, de suyo, tenga la necesaria competencia para ello.

En relación con los preceptos que la Ley establece de aplicación plena —directa—, éstos son: el artículo 3, donde se regula la autorización administrativa previa; el artículo 6, que regula las consecuencias de la falta de autorización administrativa —excepto en lo relativo al órgano administrativo competente previsto en el apartado 3 del citado artículo—; la Disposición Adicional Primera, relativa al acceso al Registro Mercantil; la Disposición Final Primera, apartado segundo, donde se determinan los artículos de aplicación plena —directa—, y la Disposición Final Tercera, reguladora de la entrada en vigor de la Ley. Paralelamente, la Ley también establece que son de aplicación básica: el artículo 1, que determina el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley; el artículo 2, regulador de los presupuestos de aplicación del texto normativo; el artículo 4, que contiene el régimen de autorización administrativa, salvo lo relativo, lógicamente, a la determina-

ción de los órganos competentes; el artículo 5, donde se regula el procedimiento para otorgar la autorización administrativa, excepto lo relativo al plazo para resolver, contenido en el apartado 1; el artículo 6.3, regulador del órgano administrativo competente; la Disposición Adicional Segunda, que regula la aplicación de esta Ley en el Sector público de las Entidades locales; la Disposición Final Primera, apartado tercero, que contiene la enumeración de las disposiciones que se consideran básicas, y, finalmente, la Disposición Final Segunda, que prevé el desarrollo reglamentario del texto legal estudiado.

Distinto es el supuesto de las Administraciones locales. Como destaca la propia Exposición de Motivos, en este caso corresponde al legislador estatal la competencia de verificar directamente las entidades que integran dicha instancia territorial, de acuerdo, claro está, con la distribución de competencias que constitucional y legalmente tengan establecidas. En efecto, a tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, las competencias atribuidas a los órganos de la Administración del Estado deben ser ejercidas por los correspondientes órganos de las entidades locales competentes. Se trata de los siguientes órganos:

a) En primer lugar, los Plenos de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares y Ayuntamientos, que ejercerán las competencias atribuidas por la Ley al Consejo de Ministros. En todo caso, dichas competencias deben ser ejercidas mediante ordenanzas y siempre previo dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, si existiera, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

b) En segundo término, las Comisiones de Gobierno de los respectivos entes locales que desarrollan las competencias atribuidas a los Ministerios.

Quedan exceptuados de esta norma general los territorios históricos del País Vasco, que se regirán a estos efectos por su normativa específica (31).

Determinada la eficacia de los preceptos de la Ley, procede estudiar el ámbito de aplicación del texto legal normativo.

B) *Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo*

A tenor del artículo 1.º de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, quedan comprendidas en su ámbito subjetivo de aplicación aquellas entidades de naturaleza mercantil en las que el Estado posea una participación, directa o indirecta, superior al 25 por 100 del capital social y en las que, además, ejerza un control sobre las mismas por alguna técnica regulada en la legislación mercantil. En este sentido, es preciso señalar que las entidades de naturaleza mercantil a que se refiere este artículo son las reguladas en

(31) Esta exclusión se encuentra contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley.

el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (32), texto que considera son sociedades mercantiles estatales aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás entidades de Derecho Público. Por lo demás, hay que recordar que la actuación de estas entidades, como es sabido, se rige en su totalidad por normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la Ley General Presupuestaria. Además, la Ley entiende que una entidad está controlada por el Estado cuando bien éste se encuentre respecto de la entidad mercantil en algunas de las circunstancias previstas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de Mercado de Valores (33), bien cuando forman parte de un grupo determinado de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 antes mencionado (34).

Sin embargo, es preciso destacar que no todas las entidades que reúnan los requisitos antes expuestos quedan sometidas a la Ley 5/1995, de 23 de marzo. Se trata solamente de aquellas en las que además concorra alguna de las siguientes circunstancias, a saber:

1. En primer lugar, cuando se trate de prestar servicios esenciales o servicios públicos declarados formalmente como tales, es decir, aquellas empresas contempladas en el artículo 128.2, segundo párrafo. Por ello, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las empresas creadas por los Poderes públicos en virtud de la habilitación constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica —art. 128.2, primer párrafo—.

2. En segundo, cuando desarrollen alguna actividad sujeta por Ley, por razones de interés público, a un específico régimen de control administrativo y, en especial, los sujetos que la realizan. Estas, como quedó expuesto, son los servicios públicos objetivos.

3. Igualmente, cuando se trate de actividades que están exentas, total o parcialmente, de la aplicación de las normas sobre la libre competencia

(32) Véase el artículo 1.1 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario.

(33) El artículo 4 citado, conforme la nueva redacción dada por la Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos propios, dispone expresamente: «A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.»

(34) En este sentido, los artículos 1.2 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y 1.2 del Reglamento.

en los términos establecidos en el artículo 90 del Tratado Comunitario Europeo, ya estudiado en epígrafe anterior.

4. Finalmente, cuando integren, alguna de las empresas antes mencionadas, un grupo de empresas donde tenga u ostente una posición dominante.

En consecuencia y como destaca PIÑAR MAÑAS (35), el elemento esencial para determinar la aplicación de la Ley es el de la participación directa o indirecta del 25 por 100 del capital por parte del Estado. Pero además se encuentran dentro de la clasificación ya aludida del servicio público esencial y servicio público objetivo. No obstante, quedan excluidas de la aplicación de la Ley aquellas empresas que prestan un servicio público (objetivo) y en las que el Estado tenga una posición dominante (36) pero no reúne aquella participación.

Por tanto, para que la Ley sea de aplicación es preciso que exista, en primer lugar, una participación de al menos un 25 por 100 del capital por parte del Estado en la empresa y, en segundo, que la citada empresa reúna alguna —sólo es suficiente una— de las circunstancias mencionadas en el artículo 1 ya estudiado, es decir, tenga asignado el cumplimiento de un interés general. Cumplidas dichas condiciones, se aplica en principio el régimen previsto en la Ley, pero además es necesario que se presenten una serie de presupuestos que constituyen el ámbito objetivo de aplicación de la Ley y que se estudian a continuación.

C) *Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo*

Determinado así el ámbito subjetivo, el texto legal comentado articula el mecanismo de protección de los intereses públicos por medio del régimen de aprobación administrativa previa. Para la aplicación de dicho régimen (37) es preciso no sólo que se trate de un sujeto definido en el aparta-

(35) *Reflexiones sobre la privatización de las empresas...*, ob. cit., pág. 571.

(36) La Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, en su artículo 2 dispone que «con arreglo a la presente Directiva, se entiende por empresa pública cualquier empresa en la que los Poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen», y procede inmediatamente a establecer unos criterios para determinar cuándo existe aquella influencia dominante. A tenor de esta norma existe dicha influencia cuando posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, cuando dispongan de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa y cuando puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa. Por su parte, el Tribunal de Justicia Comunitario en Sentencia de 6 de julio de 1982. Asuntos acumulados 188 a 190/80, *Francia, Italia y Reino Unido c/ Comisión CEE*, ha precisado que la enumeración que realiza aquella Directiva sólo constituyen criterios o pautas para determinar que existe una posición dominante, pero en ningún caso se trata de una lista cerrada, sino que es perfectamente posible aceptar otras formas distintas ajenas a dicha enumeración.

(37) Que sólo se aplicará mediante un Real Decreto, conforme a los artículos 3 y 4 de la Ley.

do anterior, sino que además es preciso que se produzca alguna de las dos hipótesis legalmente determinadas (38), a saber:

1. En primer lugar, cuando el Estado enajene, en un solo acto o actos sucesivos, un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y esto suponga una reducción de la participación, directa o indirecta, en menos del 50 por 100 del capital social. Se entiende por actos de disposición sucesivos cuando formen parte de una misma operación financiera o respondan a una misma unidad de propósito; en particular, las enajenaciones por tramos y las ampliaciones de la operación inicial (39). Igualmente, considera que la participación pública queda por debajo del 50 por 100 del capital social cuando ésta sea inferior a dicho porcentaje con anterioridad al establecimiento del régimen de autorización o cuando ello sea consecuencia de la realización de los concretos actos de disposición.

2. En segundo, cuando reduzca su porcentaje de participación a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.

En ambos supuestos, se podrá someter a autorización administrativa previa aquellos acuerdos adoptados por los órganos sociales de las entidades mercantiles comprendidas en la Ley. Dichos acuerdos pueden comprender bien la disolución, la escisión o la fusión de la entidad, al igual que la enajenación o el gravamen de las participaciones sociales que al efecto se establezcan, o bien la sustitución del objeto social (40). No obstante, se debe destacar que la utilización de la forma facultativa «podrán» por el mismo texto legal permite pensar que, en todo caso, no siempre que se lleven a cabo estos supuestos es necesario solicitar la autorización administrativa previa, situación que sólo será precisa cuando así lo contemple el Real Decreto pertinente (41).

Igualmente, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, prevé la posibilidad de someter a autorización administrativa previa, siempre que así lo establezca el Real Decreto regulador de aquella técnica, tanto los actos de disposición de un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social (42) como la adquisición, directa o indirecta, por terceros, sea por sí o por persona interpuesta o fiduciarios, de una parte del capital social que pueda dar derecho de disposición sobre al menos un 10 por 100 del capital social. En este último supuesto, la Ley somete la adquisición del capital social a las normas reguladoras de las ofertas públicas de adquisición de acciones,

(38) A tenor de lo establecido en el artículo 2 de la citada Ley.

(39) Véase el artículo 2.a) del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario.

(40) En este sentido, el artículo 3.º de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(41) Ejemplo muy ilustrativo es el reciente Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Repsol, Sociedad Anónima», y a determinadas sociedades de su grupo. En el artículo 2 de dicha disposición concreta, de forma expresa, los acuerdos y actos sujetos al régimen de autorización administrativa.

(42) Véase el artículo 2.2.b) de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

sólo a los efectos allí mencionados (43). Dichos efectos a tenor del texto legal son los siguientes:

- a) En primer lugar, la calificación como adquisición de las operaciones realizadas por grupos de sociedades o personas físicas o jurídicas que actúen concertadamente.
- b) En segundo, el cómputo de participaciones cuando se disponga del derecho a voto por concepto distinto al de la titularidad dominical.
- c) Finalmente, cuando la posesión o adquisición de valores o instrumentos den derechos a la suscripción o adquisición de participaciones sociales.

De todo ello se desprende que el régimen de autorización administrativa previa no es necesario en todos los casos, sino sólo en aquellos que se establezca en el Real Decreto correspondiente.

D) *El régimen de autorización administrativa previa. Su análisis*

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, el régimen de autorización administrativa previa debe ser regulado mediante un Real Decreto. El proyecto de Real Decreto debe ser elaborado por el o los Ministros competentes en la materia (44), cuando la sociedad participada le comunique la intención de realizar alguno de los actos de disposición previstos en el artículo 2 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y éste considere conveniente someterlo al régimen de autorización (45). Se entiende por Ministro competente aquel a quien estén adscritas las entidades de Derecho público o sociedades dominantes de grupo titulares de participaciones en sociedades mercantiles (46). Una vez realizado el proyecto, el o los Ministros deben someterlo al trámite de información pública regulado por el artículo 130.5 de la Ley Procedimiento Administrativo, por un plazo de veinte días (47). Igualmente, si la sociedad sometida al régimen de autorización presenta una especial relevancia para los intereses económicos de una o varias Comunidades Autónomas, se debe proceder a solicitar a éstas la emisión de un informe relativo al proyecto del Real Decreto (48).

(43) Véase en este sentido el artículo 3.3.

(44) A tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, las competencias atribuidas en esta Ley a los órganos de la Administración del Estado serán ejercidas en sus respectivos casos por los correspondientes órganos de las entidades locales.

(45) En este supuesto, el o los Ministros competentes cuentan con un plazo de treinta días, desde la comunicación de propuesta, para resolver sobre el sometimiento de la sociedad al régimen de autorización. En caso contrario, transcurrido dicho plazo sin que exista resolución al respecto se entenderá que ésta es contraria al establecimiento del régimen de autorización (art. 3 del Reglamento).

(46) Véase el artículo 3.1, segundo párrafo, del texto reglamentario.

(47) Véase el artículo 4.4 del Reglamento.

(48) Véase el artículo 4.3 del Reglamento.

Una vez cumplidos los trámites anteriores, el proyecto será sometido, a propuesta del Ministro o Ministros competentes por razón de la materia, para su aprobación al Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado (49). Esta última exigencia tiene por finalidad garantizar suficientemente el régimen de enajenación de acuerdo con el interés general.

De conformidad con los textos legales analizados, el Real Decreto debe contener, necesariamente, los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación, es decir, una relación de las concretas sociedades a las que sea de aplicación el régimen de autorización administrativa.

b) En segundo, los actos y acuerdos de disposición concretos que quedan sujetos a previa aprobación administrativa.

c) Igualmente, debe mencionar el órgano competente para otorgar la autorización.

d) Finalmente, el plazo de vigencia del régimen de la autorización administrativa.

En relación con estos requisitos es preciso destacar que sólo es posible acordar la supresión o modificación de los mismos, con excepción del último, por otro Real Decreto que, en todo caso, debe quedar sometido al mismo procedimiento de elaboración señalado (50).

Por otra parte, hay que señalar que, en todo caso, el Real Decreto que regula la autorización administrativa previa sólo puede ser aplicable cuando el mismo se encuentre en vigor antes de la realización de los actos de disposición o acuerdos antes reseñados.

E) *Procedimiento de aplicación del régimen de autorización administrativa previa*

La Ley 5/1995, de 23 de marzo, y su desarrollo reglamentario regulan también el procedimiento que es necesario seguir a fin de que se otorgue la autorización administrativa previa. A este efecto, establece la necesidad de que los interesados presenten las correspondientes solicitudes en el Registro del Ministerio competente; solicitud que debe reunir en todos los casos los requisitos del artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (51).

(49) Esta exigencia viene contenida en los artículos 4 de la Ley y 4 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley. Asimismo, el cumplimiento de dichas disposiciones se ha materializado con la aprobación del Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Repsol, Sociedad Anónima», y a determinadas sociedades de su grupo.

(50) Véase el artículo 4.3 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo.

(51) A tenor de dicho artículo, las solicitudes que se formulen deberán contener:

La resolución de las solicitudes así presentadas corresponde al órgano competente, que cuenta con un plazo máximo de un mes, contado desde la fecha de entrada de la solicitud en el Registro, para su resolución. Sin embargo, y como consecuencia de la trascendencia y complejidad que cada supuesto presenta, dicho plazo puede ser ampliado, dentro de los primeros diez días del plazo para resolver. En todo caso, la ampliación del plazo no puede ser superior a la mitad de aquel plazo y precisa, necesariamente, contar con una resolución motivada (52).

Igualmente, hay que destacar que dicho plazo legal puede ser objeto de suspensión en los siguientes supuestos:

a) En primer lugar, cuando se requiera la subsanación de las solicitudes presentadas hasta que se produzca la correspondiente subsanación.

b) En segundo, la formulación de propuesta de acuerdo por la Administración hasta que se proceda a la aceptación o rechazo por los interesados.

c) Finalmente, la intervención de un órgano comunitario europeo competente o la formulación de consulta al órgano comunitario europeo en casos de fusión, escisión o transmisión de propiedad o usos de activos empresariales

Ahora bien, transcurridos los plazos legales para resolver y notificar la resolución por el órgano competente sin que exista alguna de las causas de suspensión analizadas, a tenor de la Ley se debe entender estimada la solicitud (53). Como es sabido, el régimen del silencio positivo requiere para ser válido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la emisión del correspondiente certificado del acto presunto. Es a partir de dicho momento cuando la Ley 5/1995, de 23 de marzo, en su artículo 5, considera otorgada la autorización administrativa previa. Asimismo, el texto legal estudiado permite que el procedimiento de autorización administrativa previa finalice por medio de la suscripción de un Convenio propuesto bien por la Administración actuante, bien por el o los interesados.

En otro orden de ideas, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, regula las distintas consecuencias que trae causa la infracción de lo dispuesto por ésta. La excepción del régimen que regula la Ley conduce a la aplicación de un sis-

a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

b) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.

c) Lugar y fecha.

d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.

e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

(52) Véase el artículo 5.1 de la citada Ley.

(53) Véase artículo 5 de la Ley 5/1995, de 23 de diciembre.

tema especial de validez de los actos y acuerdos sociales sujetos efectivamente al régimen de aprobación administrativa. De esta forma, la citada Ley sanciona ya sea con la nulidad de pleno derecho los actos o acuerdos sociales que se lleven a cabo sin la aprobación administrativa, ya sea prohibiendo, simplemente, el ejercicio de los derechos políticos. En efecto, a tenor del artículo 6 de la Ley, son nulos de pleno derecho los siguientes actos y acuerdos:

1. En primer lugar, los actos y acuerdos que no cuenten con la aprobación administrativa dispuesta en esta Ley.
2. En segundo, los acuerdos adoptados por cualquier órgano social, cuando para la constitución de éste o la adopción de aquéllos hubiera sido necesario computar participaciones sociales cuya adquisición no cuente con la preceptiva autorización administrativa o cuyos derechos políticos no sean ejercitables conforme a este artículo.

Este segundo supuesto persigue, en todo caso, evitar, en la mayor medida posible, la intervención pública, motivo por el cual se limitan los efectos de la nulidad a la prohibición del ejercicio de los derechos políticos pero sólo de los constitutivos en exceso, hasta tanto se proceda a regularizar la situación desencadenante de la aplicación de tal medida. A tal fin, el reglamento (54) entiende por derechos políticos derivados de las participaciones sociales los siguientes:

- a) En primer lugar, el derecho de asistir y votar en las Juntas.
- b) En segundo término, el derecho de información.
- c) El derecho de suscripción preferente.
- d) El derecho a formar parte de los órganos de administración de la sociedad.
- e) En quinto, el derecho a impugnar los acuerdos sociales, salvo que éstos sean contrarios a la Ley.
- f) Por último, se incluyen, en general, todos los que tengan un contenido exclusivamente económico.

En otro orden de ideas y como medida adicional de salvaguardia de los intereses de terceros, se debe destacar que la Ley permite el acceso al Registro Mercantil a fin de poder conocer el contenido dispositivo de los Reales Decretos que contienen el régimen de aprobación administrativa. En este sentido, a tenor de la Disposición Adicional Primera del texto analizado, *«el contenido dispositivo de los Reales Decretos de establecimiento del régimen de autorización administrativa previa a que se refiere el párrafo b) del apartado 2 del artículo 4 de esta Ley tendrá acceso al Registro Mercantil en la forma y los términos que se determinen reglamentariamente»*. A tal fin el Reglamento ha venido a regular el procedimiento de inscripción en el Regis-

(54) Véase artículo 8 del Reglamento.

tro Mercantil del contenido dispositivo del Real Decreto por el que se contiene el régimen de autorización. Así, con carácter transitorio, hasta tanto se regule dicho procedimiento de inscripción por la normativa propia del Registro Mercantil, se registrará por lo dispuesto en el Reglamento.

En relación con el procedimiento transitorio de inscripción regulado por el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario, que consiste, básicamente, en que bien el representante de la sociedad sujeta a régimen de autorización, bien el Subsecretario del Ministerio competente por razón de la materia, debe requerir al Registrador mercantil para que proceda a inscribir en la hoja abierta de la entidad el régimen de autorización contenido en el Real Decreto. Dicha inscripción debe contener el texto dispositivo del Real Decreto y la fecha de publicación en el «BOE». La inscripción del Real Decreto supone la necesidad de contar con la correspondiente autorización para la inscripción de los actos y/o acuerdos sujetos a dicho régimen. Caso contrario, dicha inscripción debe quedar suspendida hasta tanto se acredite que se cuenta con la autorización pertinente. Sólo quedan exceptuados de la aplicación del régimen antes descrito los actos de disposición que se encuentren en curso a la entrada en vigor del presente Real Decreto, es decir, los realizados antes del día 26 de septiembre de 1995.

Finalmente, se debe destacar que la Ley prevé la posibilidad de la supresión total o parcial del expresado régimen en cualquier momento, es decir, en cuanto se modifiquen las razones de interés público que lo sustentaban.

