

Del árbol de la sabiduría a la selva de instituciones.

(Sobre la problemática de las Universidades, sus fundaciones y otras empresas de base tecnológica como grupo de empresa)

Mercedes Fuertes

Catedrática de Derecho Administrativo

Universidad de León

I

Mis primeras palabras han de mostrar mi agradecimiento hacia Juan Manuel del Valle, responsable de que disfrute hoy con Vds. de estas sesiones. Su generosa invitación para intervenir y, sobre todo, su inestimable ayuda a la hora de facilitarme una voluminosa información sobre las pasadas reuniones promovidas por la Asociación para el estudio del Derecho universitario, han constituido un auxilio indispensable para lo que aquí se me pide, a saber, que formule mi opinión sobre algunos problemas que suscitan las complejas tendencias de organización de las Universidades.

Y es que no es lo mismo contemplar el paisaje de las Universidades españolas, que pretender entrar y conocer el mismo. Permítanme una imagen. Algunas Universidades tienen como emblema el árbol de la sabiduría. Pues bien, alrededor de ese ejemplar tan singular advertimos que han crecido otros nuevos especímenes y su desarrollo ha sido bien portentoso. Algunos sí parecen propios del espacio y clima universitario, otros me resultan exóticos, quizá -me permito sospechar- fruto de la ingeniería genética... En fin, que al buscar el cobijo en ese atractivo árbol de la sabiduría nos encontramos con un denso bosque, cuando no una selva.

¿Ejemplos? Vds. los conocen mejor que yo, pero recuerdo algunos datos que he extraído de la navegación a través de Internet.

Hay alrededor de cincuenta Universidades públicas en España, prácticamente todas han creado una "fundación general" con la finalidad de promover más cursos de formación, mejorar la gestión de proyectos de investigación, facilitar la colaboración con empresas privadas, administrar parques científicos e, incluso, adquirir acciones de algunas empresas... En ocasiones, el impulso de un parque científico ha generado la creación de una nueva entidad, con la participación de otras Administraciones o asociaciones de empresarios. El objeto de esa nueva sociedad mixta es la promoción del parque, así como su futura gestión. Por ejemplo, la Universidad de Alcalá de Henares es accionista junto con el Instituto de Desarrollo de la Comunidad Autónoma de Madrid, con el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y con la asociación de empresarios del Henares, de la mercantil "Parque científico tecnológico de la Universidad de Alcalá, S.A.", una peculiar empresa mixta de gestión de un polígono industrial. También la Universidad de Córdoba es titular de más de un veinticuatro por

ciento de las acciones de la mercantil “Parque científico-tecnológico de Córdoba”, sociedad en la que también participan el Ayuntamiento, la Diputación, la Junta de Andalucía, cajas de ahorro y algunos grupos de empresarios privados.

Es también conocido que el empuje de la investigación aplicada ha estimulado la aparición como personificaciones societarias de las llamadas “empresas de base tecnológica” o, por economía lingüística, “spin-off”. Son muchas las sociedades así creadas por las Universidades. Con mayor presencia en Internet he encontrado las siguientes: la citada Universidad de Alcalá tiene tres empresas, dedicadas a los estudios inmunológicos, la telefonía o la programación industrial; la Universidad Miguel Hernández tiene cuatro empresas de base tecnológica (sobre investigación neurológica, estudios hidrológicos, recuperación de suelos contaminados, etc.); la Universidad de Cádiz cuenta con cinco spin-off con forma de sociedades de responsabilidad limitada (de robótica, química verde, estudios acústicos, etc.); en la Universidad de Almería hay ocho empresas (dedicadas a las microalgas, a la tecnología de los cultivos, al software, a los residuos de los plaguicidas, al diseño de mobiliario urbano, etc.); también tiene ocho la Universidad de Granada (tecnológicas, de análisis genómico, de estudios sobre la cristalización de proteínas...); nueve empresas tiene la Universidad de Girona (sobre moldes de fibra de carbono, generadores eléctricos, técnicas de inteligencia artificial, análisis microbiológicos...); trece he contado dependientes de la Universidad de Sevilla (para el estudio de los micro y nano fluidos, la transformación de productos biológicos, servicios de telecomunicaciones e informática, etc.); dieciséis tiene la Universidad Politécnica de Madrid (dedicadas al hardware, a la robótica, a la ingeniería acústica, telecomunicaciones, ingeniería naval; el comercio en Internet) en fin, veinte spin-off presenta la Universidad de Málaga (donde junto al análisis de gases industriales o mantenimiento de productos químicos, hay varias empresas de tecnología y de consultoría, de diseño industrial y también la comercialización de conservas). Sin duda existirán más, pero creo suficientemente ilustrativa esta muestra.

Pero en este momento, yo les quiero llamar la atención sobre lo siguiente. Junto a la aparición de estas nuevas sociedades que pueden servir para satisfacer el objetivo de facilitar la transferencia de la investigación científica y tecnológica, en algunas Universidades se ha multiplicado la personificación de dependencias y servicios. No les abrumo con ejemplos. Déjenme sólo que les recuerde que la Universidad Autónoma de Barcelona, además de sus veintiséis spin-off, tiene una fundación general que ha creado varias escuelas, gestiona otras fundaciones y también administra las sociedades dedicadas a la prestación de servicios de restauración, de promoción de actividades y congresos, un hotel... Y la Universidad de Córdoba, a través de la sociedad anónima “Corporación empresarial de la Universidad de Córdoba, S.A.” gestiona numerosas empresas, muchas con la forma de sociedades de responsabilidad limitada y muy diversos objetos sociales: el estudio de lenguas

modernas y la traducción, el título propio de piloto de aviación, el uso de las instalaciones deportivas de la Universidad, la gestión del hospital clínico veterinario, una tienda, un parque solar, además de una sociedad anónima para la adquisición, administración y venta de fincas rústicas y pecuarias y de sus productos.

En fin, unos auténticos bosques de personificaciones, cuando no selvas.

Permítanme que siga con la imagen y me presente aquí como una especie de crítica del arte pictórico sobre estos paisajes universitarios para darles mi modesta opinión. Con una actitud crítica que parte, lógicamente, de unos parámetros previos. También los críticos artísticos, por su concepción del arte y por sus gustos, establecen unas previas clasificaciones de los movimientos y tendencias artísticas. Con ello consiguen desechar los camelos. Aclaro que no me preocupa la riqueza o el exotismo de los paisajes. Admiro y disfruto tanto con los jardines de Santiago Rusiñol, como con los paisajes coloristas de Claude Monet o Paul Gauguin, o con la visión expresionista de George Brake. Pero ¡no existen paisajes abstractos!

Esa misma falta de prejuicios iniciales la traslado al bosque de personificaciones universitarias, en otras palabras, admito que cada Universidad pueda organizarse con mayor o menor complejidad. Muchas son las opciones y el muestrario de las personificaciones. Pero toda la estructura debe ser comprensibles y transitables. Deben ser fruto de una voluntad consciente de sus rectores. Qué es lo que quieren pintar, qué paisaje universitario quieren dibujar. Reclamo responsabilidad a la hora de procrear una nueva personificación, para que no surja como un mero comportamiento inconsciente o impostado de imitar otras actitudes, confundiendo cantidad y calidad. Ni por supuesto admito un cúmulo de abstractos entes. Eso es lo que me preocupa. Pido que las decisiones sean responsables. Máxime cuando hay tantos fondos y recursos públicos destinados a las Universidades. Máxime, cuando están afectados servicios públicos tan importantes para una sociedad como son la enseñanza y la investigación.

Pero es más, a los efectos que aquí interesan mi atención y mi preocupación se centran en el régimen de estas densas organizaciones. Porque me pregunto ¿son conscientes los responsables universitarios de las consecuencias que origina la creación de nuevas personificaciones y la existencia de un grupo de sociedades?

II

Es importante recordar que el tradicional Derecho aplicable a los organismos y sociedades puede verse alterado si se encuentran en la órbita de un “grupo de sociedades”, concepto muy distinto al de mero “holding de empresas” o

sociedades vinculadas, participadas o asociadas. Cuando un entramado de personificaciones tiene el carácter de “grupo”, el régimen jurídico es verdaderamente peculiar. De ahí que sea indispensable precisar cuándo deben calificarse estas sociedades como “entes vinculados” y cuando como “integrantes de un grupo”.

En mi libro “***Grupos públicos de sociedades***” he partido de la definición que es mayoritariamente aceptada por la doctrina mercantilista, a la que lógicamente he añadido nuevas notas que derivan de las peculiaridades del Derecho público. Entiendo como grupo el conjunto integrado por una pluralidad de entidades, organismos o sociedades, con personalidad jurídica propia, que están sometidas a una dirección unitaria. La dirección unitaria es el elemento substancial que singulariza y delimita los grupos de sociedades mercantiles frente a otras situaciones, en las que se advierten provechosas relaciones empresariales, pero sin que en las mismas los acuerdos y vínculos societarios conduzcan a aunar una dirección y sus intereses en otro superior. La unidad de dirección es el elemento trascendental de los grupos. Supone una consciente voluntad de guiar de manera positiva, continua y eficaz la actividad del conjunto. Lo contrario a las situaciones en que hay pasividad y un “dejar hacer” a los propios administradores de cada sociedad, para que sean éstos los que dispongan y decidan sobre el negocio. Voluntad distinta también a la que se manifiesta con los vetos para determinadas actuaciones sociales, o la que deriva de una influencia ocasional para adoptar algunas inversiones. La dirección unitaria es la voluntad firme y, sobre todo, continua de mantener la gestión empresarial de todo el conjunto y se mueve por el espíritu de beneficiar a la unión, porque realmente existe un “interés del grupo” superior al que persiguen de manera individual cada una de las sociedades agrupadas.

Ese elemento fija de manera adecuada el concepto de un grupo societario. Rechazo con ello la consideración de un grupo de entidades cuando hay un mero control de una dominante sobre otras. A mi entender, las presunciones de control en las que descansan muchas definiciones legales (caso ahora del Código de comercio español) no resultan del todo idóneas, porque la existencia de control ni es suficiente ni tampoco indispensable para reconocer a un grupo de sociedades. De manera breve apunto mis argumentos para defender esta idea: a) hay posiciones dominantes en sociedades que, por no incidir de manera positiva y eficaz en la actuación, no pueden encuadrarse en los grupos, sino en las meras intenciones de inversión a través de significativas participaciones sociales; b) por el contrario, la práctica mercantil ofrece situaciones sin aparente control donde sí existe un grupo por la eficaz influencia dominante que se ejerce desde una sociedad o desde un concierto societario y c) en los grupos concertados, aquellos que surgen por el acuerdo de varias entidades y organizaciones para vincular sus estructuras, no se dan manifestaciones de control.

Estos argumentos justifican de manera sobrada la conveniencia de separar, por un lado, las situaciones de control y, por otro, la existencia de un grupo. Realidades -control y grupo- que pueden coincidir en la práctica mercantil, pero que no están inescindiblemente vinculadas ni se presentan siempre juntas. Pues bien, si esto se advierte en las sociedades privadas, esta distinción resulta más necesaria en el ámbito público. No hacerlo nos llevaría a la estéril idea de que toda fundación, sociedad u organismo dependiente de una Universidad integraría siempre su grupo societario.

Insisto en esta idea. El control por la Universidad, su inserción en la estructura institucional y presupuestaria, el hecho de satisfacer unos intereses públicos, son notas que, acriticamente consideradas, conducirían a la automática calificación de todas las fundaciones y sociedades como integrantes de un grupo. Sin embargo, conviene no precipitarse y analizar con cautela esas situaciones porque la calificación de grupo, en este caso de un gran grupo público, originaría singulares efectos que, en muchos casos, no resultarían indiferentes a las Universidades, sino que podrían derivar en perniciosas consecuencias, en situaciones no queridas e, incluso, contrarias precisamente a lo perseguido con la creación de esas sociedades.

Hay que saber que cuando hay un grupo de sociedades se pueden exigir responsabilidades a su cabecera. En el ámbito que ahora nos interesa, el de las Universidades y sus personificaciones, la existencia de un grupo implicaría la posibilidad de trasladar al patrimonio general las consecuencias de las actuaciones de esas otras sociedades. Se originarían, por ejemplo, efectos probablemente indeseados en el ámbito de las relaciones laborales, porque los trabajadores de una sociedad podrían exigir su incorporación a la Universidad... Los acreedores de una sociedad podrían dirigirse también al patrimonio universitario. Y así otras disfunciones de este peculiar régimen que no fueron advertidos al multiplicarse las personificaciones.

Estas y otras consideraciones llevarían a preguntar al rector responsable: ¿para qué, entonces, se han creado esas sociedades? ¿para qué se han personificado los servicios y actividades, si luego invocando el derecho de grupos se vuelve a reunir todo en la misma casa de la Universidad y en la misma caja del patrimonio universitario, con unas consecuencias más nocivas porque los órganos rectores de la Universidad no han participado ni conocido las decisiones societarias? Resulta, por ello, indispensable ser consciente de las consecuencias de procrear nuevas personificaciones públicas porque en ocasiones esta multiplicación puede generar un grupo.

¿Cuándo surgirá un grupo universitario? Es preciso fijar con prudencia las específicas notas que lo delimitan. Ya he adelantado que el control no debe presentarse como la cualidad determinante. El control es el elemento que define a una sociedad, a un organismo como público, pero no debe a la vez definir también el grupo de sociedades. El control o la influencia dominante no

delimitan el grupo público. El grupo aparecerá cuando exista otra nota, a saber, una auténtica dirección unitaria, la voluntad activa de encauzar de manera continua y eficaz la gestión de las sociedades.

La determinación de esa característica tan relevante, la “dirección unitaria”, sobre varios organismos y sociedades públicas no resulta una tarea sencilla. El acuerdo de una Universidad de acotar una específica función o servicio y reconocer una personalidad propia, revela la voluntad de singularizar esa actuación, de separar su administración. Por tanto, en principio, esa decisión podría interpretarse como el propósito de diferenciar una gestión. Pero hay que saber si esa separación significa también emancipación, en términos más comunes, una gestión autónoma, o no.

Si a pesar de la creación de una nueva personificación, la gestión por los órganos societarios no es totalmente autónoma, sino que siguen las instrucciones y directrices de algún órgano rector de la Universidad, han de cumplir unos planes y proyectos, han de perseguir unos objetivos marcados, en ese caso debe reconocerse la “dirección unitaria” y, en consecuencia, la existencia de un grupo público. Por supuesto, si en estas sociedades los órganos de administración se integran por cargos del Rectorado, de tal modo que se advierte con claridad la afinidad familiar (en las sociedades de habla de sociedades gemelas y trillizas), también hay grupo.

En consecuencia, a mi entender, algunos de los ejemplos que antes cité de complejas estructuras organizativas en las Universidades han de considerarse como auténticos grupos públicos. Sin duda en relación con las Fundaciones universitarias que, por un lado, insisten en potenciar los fines docentes e investigadores de las Universidades, pero, sobre todo, porque se advierte esa “dirección unitaria” a través de los acuerdos de sus patronatos, en los que se integran los órganos rectores de la Universidad. También algunas sociedades universitarias, que gestionan las tiendas, hoteles, servicios de restauración, giran alrededor de los dictados del correspondiente rectorado. Lo mismo me atrevo a defender con relación a las sociedades mercantiles unipersonales que gestionan los parques tecnológicos. Con relación a aquellos donde participan en el capital otras Administraciones y también empresarios privados, será conveniente analizar en cada caso si la Universidad ejerce o no una influencia determinante en la gestión del parque.

Requerirá del mismo modo una atención específica la calificación de las múltiples sociedades spin-off. Como es sabido, pueden poseer participaciones significativas los profesores e investigadores, pues para estos casos no rige el tradicional límite de incompatibilidad para poseer acciones que superen el diez por ciento del capital social. Esto supone que, junto a la participación pública de la Universidad hay participación privada, aunque sean profesores e investigadores de la propia Universidad, porque asumen a título privado la adquisición de esas acciones. En estos casos será determinante considerar la

participación concreta de los investigadores y si su influencia en el órgano de administración es relevante. Como he defendido supra, el porcentaje de participación no es el dato definitivo para advertir la existencia de un grupo. Determina el control patrimonial de la sociedad, pero no quién ejerce la dirección de actuación. Con un número de acciones “significativo” se puede gobernar la sociedad e imponer la estrategia. Por tanto, habrá que analizar en cada caso si son los profesores o investigadores los que dirigen e imponen la estrategia de actuación societaria. No me refiero al avance de sus investigaciones que pueden verse potenciadas desde la sociedad. Me refiero a la concreta gestión patrimonial de la persona jurídica, a la decisión sobre la distribución del presupuesto, de los acuerdos de suscribir otros contratos... Si es el investigador quien fija según su criterio los acuerdos societarios, a mi entender, no quedan incorporadas estas sociedades en la órbita del grupo universitario. Una cosa es que estén vinculadas a la Universidad, que la Universidad controle la sociedad y otra, distinta, que pertenezcan a su grupo.

Con estos mimbres se entretaje el cesto que contiene las fundaciones y sociedades que integran el grupo de entidades de una Universidad. Quedan fuera las sociedades mixtas, ya porque participen otras Administraciones o mixtas privadas por la participación de empresarios o investigadores a título individual, y en las que la Universidad no ejerce una clara influencia dominante. Las diferencias en el régimen jurídico aplicable a una sociedad cuando está en el cesto y cuando no, cuando se integra en el grupo universitario o cuando sólo es una sociedad vinculada o asociada, son notorias. Detengámonos en algunas.

III

Las reglas singulares sobre los grupos de sociedades surgieron de manera especial en dos ámbitos jurídicos. Por un lado, en el Derecho tributario, a la hora de presentar cuentas y establecer la consolidación de beneficios, y en el Derecho mercantil, preocupado por la protección de los accionistas minoritarios de las sociedades integradas en el grupo, pues pueden verse perjudicados por las decisiones que se adopten en la sociedad matriz. Pero en otras muchas ramas jurídicas se analizan también las diferencias. En el ámbito penal afecta la existencia de un grupo a los delitos de apropiación indebida, administración desleal y otros de naturaleza patrimonial. Los Tribunales sociales de manera abrumadora resuelven conflictos con el ánimo siempre tuitivo de proteger a los trabajadores. Se ha tratado de evitar que sus derechos laborales, individuales y colectivos, quedaran afectados por esta singular estructura organizativa. La compleja organización puede incidir en su movilidad, en el cambio de prestaciones, en la sucesión de contratos temporales, en la negociación colectiva, en el número de representantes, etc. En fin, como acertó a expresar el prof. Wiedemann “en el grupo todo es diferente”.

Entre tantos aspectos quisiera apuntar en este momento solo tres que tienen más relación con el ámbito de la contratación y del derecho de la competencia. Empiezo con las consecuencias de los contratos que han suscrito entidades o sociedades del grupo y formulo la siguiente pregunta: ¿qué responsabilidad contractual tendría la Universidad con relación a los compromisos y deudas que generan las entidades y sociedades del grupo? La respuesta dada desde el régimen general predicaría que son las sociedades las que han de responder de manera personal de sus obligaciones sin que fuera posible trasladar las mismas a la Universidad. Pero, hay que conocer que, a la hora de construir el Derecho de grupos, una preocupación destacada ha sido la de determinar la protección de los acreedores de las distintas sociedades. Muchas decisiones de las sociedades universitarias pueden comprometer su patrimonio, porque asumen grandes obligaciones, constituyen operaciones arriesgadas, firman grandes compromisos de inversiones... Decisiones que comprometen su patrimonio y han sido impuestas por los órganos rectores de la Universidad. Esa consideración permite preguntarse si, ante el incumplimiento de las obligaciones por una sociedad, pueden los acreedores dirigirse a la Universidad para que satisfaga la correspondiente deuda. No será extraño que aleguen que han contratado confiados en la apariencia de que la actividad económica estaba respaldada por el presupuesto universitario.

Las soluciones ofrecidas en otros ordenamientos son diversas: mientras en Alemania la sociedad dominante asume las deudas de las sociedades dependientes, los Códigos portugués e italianos establecen sistemas mixtos en los que debe analizarse la concreta gestión social y empresarial de los administradores y los beneficios de la sociedad dominante. La propuesta de Código de sociedades que se redactó en España hace años admitía la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante, cuando se hubiera hecho constar en las relaciones negociales la pertenencia a un grupo o se dedujera de otros hechos, caso de la publicidad existente. Pero, aún no existe en el derecho español vigente una regulación sistemática de los grupos y, con relación a este determinado aspecto, sólo cabe citar dos preceptos de los que extraer alguna idea para afirmar la posible responsabilidad del grupo. Uno, el derogado artículo 8 de la Ley de defensa de la competencia, que establecía la corresponsabilidad de la sociedad dominante con relación a las conductas prohibidas que realizaban por indicación las sociedades del grupo. Dos, la posible aplicación analógica del régimen aplicado a la sociedad que devenía unipersonal: si trascurridos seis meses no se había inscrito esta circunstancia en el registro mercantil, se imponía la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de ese único socio ante las deudas contraídas con posterioridad a ese prudencial plazo (art. 129 LSRL).

La insuficiencia de una sistemática regulación ha sido salvada por los Tribunales, que han precisado algunos criterios porque varias son las sentencias que admiten sin gran dificultad esa transmisión de responsabilidad en los grupos de sociedades. La “confusión de personalidades” (STS de 16 de octubre de 1989, RJ

6925) o la existencia de una auténtica “comunidad de gestión, intereses y beneficios” entre las sociedades (STS de 13 de diciembre de 1996, RJ 9016) han sido argumentos esgrimidos por los Tribunales que, sin mayores reparos, acuden con frecuencia a la teoría del levantamiento del velo para trasladar la responsabilidad de una sociedad al grupo o exigir la responsabilidad solidaria a todas las empresas porque “pueda entenderse que ha existido una vinculación más o menos explícita de la misma como garante, o bien cuando con sus propios actos ha creado una apariencia generadora de confianza para los terceros que contratan con las sociedades filiales” (como recuerda la STS de 4 de junio de 2002, RJ 6754, al analizar la intromisión ilegítima de varias empresas de comunicación pertenecientes al mismo grupo ante una demanda en defensa del honor). Entre las últimas sentencias que confirman este criterio puede leerse la del Supremo de 25 de mayo de 2005 (RJ 5703), que condena de manera solidaria a varias sociedades al pago de material informático adquirido por otra.

Es cierto que, frente a esa asequible técnica, la doctrina discute y critica lo que se está convirtiendo en la práctica como un “ilimitado derecho de recuperar los créditos”, pero los problemas que se plantean en los grupos de sociedades privadas, donde hay muchos accionistas, no son los que ahora aquí interesan con los grupos que dependen de las Universidades.

El principal argumento, a mi juicio, para mantener esa transferencia de responsabilidad es que la Universidad genera una confianza en el tráfico jurídico en las relaciones que los acreedores traban con las sociedades dependientes.

El segundo aspecto que quiero mencionar se refiere a los matices introducidos en el Derecho de la competencia cuando los organismos y sociedades se integran en un grupo. Y es que la pertenencia a un grupo conduce a que no puedan conceptuarse como abusivos ni desleales los acuerdos y conductas que se adopten en su seno. No supone una vulneración a las reglas de la competencia el hecho de que las sociedades del grupo se ofrezcan entre sí condiciones comerciales muy distintas a las que presentan a otros terceros clientes. Este es el denominado en la práctica mercantil: “privilegio del grupo”. Deriva de la idea de la existencia de un ahorro de costes en las relaciones internas, pero, además, en la admisión a una específica política empresarial fijada por la dirección.

Y esto conecta con la tercera precisión que quería recordarles, porque las relaciones entre las sociedades del grupo público requieren una atención y análisis propio y diferente al que ocupa con fruto a la doctrina privada respecto a los contratos entre sociedades.

En los grupos de sociedades privados preocupan los perjuicios que pueden causar los negocios internos. El hecho de que dos sociedades del grupo contraten entre sí tiene una fácil justificación: lo impone una “economía de costes”. Resultaría un derroche de dinero, de energías y de tiempo que alguna sociedad del grupo obtuviera fuera del mismo los servicios o bienes que generan otras sociedades,

que pertenecen también al mismo grupo. Además, lo que supondría sobre todo esa conducta sería una incoherencia, cuando no deslealtad, entre las sociedades hermanas. El hecho de que la expansión de una empresa haya dado lugar a una organización compleja, procreando distintas sociedades, no supone ningún obstáculo para que, lo que antes eran relaciones entre distintos departamentos, se formalicen y vistan ahora como contratos, debido a la existencia instrumental de dos personificaciones.

Junto a estos argumentos tan evidentes a favor de los negocios internos entre las sociedades del mismo grupo, no hay que ignorar que esas relaciones pueden ser también objeto de una abusiva y perjudicial utilización: los negocios simulados o ficticios; los contratos que generan injustificados enriquecimientos o los que originan graves perjuicios para accionistas o terceros; los que ocultan un abuso del derecho o disfrazan un fraude de ley; o, en fin, las complejas operaciones que bajo el rutilante título de “ingeniería societaria” encubren también beneficios y perjuicios no confesables. Estos riesgos son los que han preocupado, con razón, a la doctrina privada y su análisis y solución se han encarrilado a través del régimen y los límites de la autocontratación. Es fácil advertir que la dirección unitaria que implica el grupo y que permite incidir en las decisiones de distintas sociedades, supone una voluntad similar a la de una persona que puede aunar dos voluntades, la de quien representa o la de una sociedad unipersonal propia. Y hoy encuentran un cierto marco regulador en el artículo 128 de la LSRL que atiende a los contratos entre el socio único y su sociedad unipersonal.

En los grupos públicos estos riesgos y problemas deberían tener menor relevancia. Los motivos que originan esos fraudes y perjuicios en el ámbito privado esconden sus raíces en una avaricia abonada de ánimo de lucro. Son significativos ejemplos las sucesivas transmisiones de bienes generando plusvalías o descapitalizando otras sociedades... Ese *animus* no debería informar las actuaciones universitarias. No caigo en la ingenuidad de pensar que no existan. La naturaleza humana (que comparten los administradores de las sociedades privadas y públicas) contiene esos ingredientes. Pero parto de que, en principio, lo normal y adecuado es que la actitud de los administradores públicos sea responsable y que no esté especialmente aquejada de esa contagiosa patología.

Otros son, pues, los aspectos que reclaman la atención en las relaciones entre las sociedades del grupo. El carácter “público” de estas sociedades atrae la aplicación de la normativa de contratación pública que se dirige a satisfacer, entre otros fines, la concurrencia competitiva y la no discriminación de empresarios domiciliados en los países de la Unión europea. Ante esta normativa comunitaria, que contiene rigurosas precisiones sobre los procedimientos, formas, anuncios y plazos para suscribir contratos, hay que preguntarse si en los grupos universitarios pueden negociar las sociedades entre sí o deben promover procesos en concurrencia para competir con ofertas de otras empresas extrañas al grupo.

No reitero en este momento las críticas que ya he formulado en otras ocasiones a la imprecisa regulación de la Directiva comunitaria, porque, como es sabido, el texto eludió aclarar el régimen de las relaciones internas entre los organismos y sociedades públicas. Y lo que la Directiva no ha solucionado se pretende paliar con las sucesivas precisiones que realiza conflicto a conflicto, sentencia a sentencia, el Tribunal de Justicia. Utilizando la cuña que suponen los contratos domésticos, *in house*, puede romperse la monolítica interpretación que impone la rigurosa aplicación de las Directivas de contratación. Atendiendo a si el contrato se integra en los negocios internos que la Administración realiza con sus sociedades instrumentales o los contratos en las sociedades del mismo grupo público, podrá excluirse el cumplimiento de los procedimientos que garantizan la publicidad y competencia concurrente entre los empresarios.

Son varias las sentencias que han ayudado a perfilar la doctrina de los contratos domésticos y cuyos trazos resumo en las siguientes afirmaciones:

1º.- Nunca será admisible esta doctrina en los contratos que suscriba un organismo público con una sociedad en la que participe la inversión privada. Con las empresas de economía mixta no caben los contratos domésticos. En este sentido pueden ser suficientemente claras las sentencias del Tribunal de Justicia comunitario de 11 de enero de 2005 (asunto Halle), de 10 de noviembre de 2005 (asunto Mödling) o 17 de enero de 2007 (asunto Roanne). A los efectos que aquí interesan, una Universidad deberá convocar con carácter general un concurso público y no podrá suscribir contratos administrativos de manera directa con las sociedades mixtas en las que participe.

2º.- Para que se admita la calificación de un negocio como doméstico y, en consecuencia, pueda la Universidad o alguna de sus fundaciones, organismos o sociedades excluir la aplicación del régimen de pública competencia para adjudicar un contrato a otro organismo o sociedad del grupo universitario, han de concurrir dos requisitos: primero, que la Universidad ejerza un control similar al que ejerce sobre sus órganos; y, segundo, que analizado el volumen de negocio se acredite que se trata de un organismo o ente que realmente depende económicamente de los encargos de la propia Universidad.

Varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han profundizado sobre estos dos presupuestos que permiten calificar un negocio como “doméstico”. Y, así, con relación a la exigencia de que el control sea “análogo” al que se ejerce sobre los propios servicios, varias sentencias han aludido a la conveniencia de analizar los estatutos de la sociedad filial para determinar el grado de autonomía en la gestión del objeto social. El reconocimiento de una gran autonomía para administrar la sociedad pública, sin especiales instrucciones o directrices de la matriz, niega el carácter doméstico del contrato.

Muy interesantes han sido los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal comunitario de 19 de abril de 2007, que marcó las pautas para que el Tribunal Supremo español resolviera el conflicto entre la asociación de empresarios forestales y la empresa pública Tragsa. En dicha sentencia, el Tribunal de Luxemburgo admitió que los encargos de la Administración estatal y de las autonómicas con Tragsa podían calificarse como domésticos. No era un obstáculo a esta calificación que las Administraciones autonómicas no alcanzaran una participación del uno por ciento de las acciones que representan el capital social de la mercantil. La declaración legal de que Tragsa se consideraba un “medio propio e instrumental” de la Administración era un elemento bien relevante a tener en cuenta. Pero, sobre todo, el Tribunal argumentó que el “control” de esas Administraciones sobre Tragsa se manifestaba porque esta sociedad estaba obligada a cumplir los encargos en los términos fijados por la Administración y a los precios previamente fijados. Esta estrecha vinculación, sin un margen especial de negociación de las prestaciones propio de toda libertad contractual, es lo que justificó que se calificara el control sobre Tragsa como “análogo al ejercicio sobre los propios servicios”.

Estos criterios han sido reiterados en otra reciente sentencia del Tribunal comunitario. Me refiero a la de 13 de noviembre de 2008 (asunto Coditel), en la que se insiste que la incorporación de un Ayuntamiento a una cooperativa de municipios y la asignación por el Ayuntamiento a la cooperativa de la concesión de servicios de telecomunicaciones es una relación doméstica.

Es decir, a nuestros efectos, las Universidades y sus Fundaciones podrán encargar, en principio, prestaciones a las organizaciones y sociedades siempre que, por un lado, tengan tal carácter de medios propios e instrumentales, al ejercer un control similar al de los propios servicios, y cumplan con el segundo requisito, que su volumen de negocio dependa de la Universidad.

En este último sentido es importante recordar otra sentencia del Tribunal europeo que también ha tenido como protagonista una sociedad pública española, a saber, Correos. La sentencia de 18 de diciembre de 2007 resolvió las cuestiones prejudiciales que se habían elevado por el Tribunal español. El conflicto derivaba del recurso presentado por la asociación de empresas de mensajería contra la Administración española y correos, al entender que los convenios de servicios que suscribían entre sí violaban el Derecho comunitario, en concreto, la Directiva de contratación pública. Al analizar si la empresa pública cumple los dos requisitos exigidos de estar sometida a un claro control de la Administración y depender económicamente por el volumen de negocio contratado con la Administración, el Tribunal advierte que no se da este segundo requisito. El negocio entre la Administración del Estado y correos no le suministra la mayoría de los recursos económicos a esta sociedad pública. Es con el negocio de mensajería que contratamos particulares y empresas privadas donde está el volumen mayoritario de la actividad. De ahí que los Tribunales hayan concluido declarando esos convenios contrarios a la normativa de contratación pública.

Este criterio debe ser tenido en cuenta de manera especial en las relaciones que trabe la Universidad o su Fundación con las empresas tecnológicas, con las spin-off. Si estas empresas suscriben contratos con otros empresarios privados y tienen, por tanto, una fuente de financiación importante, mayor a la que procede de la Universidad, en ese caso, no concurrirá el segundo requisito que exige la doctrina de los contratos domésticos y, en consecuencia, la Universidad o la Fundación deberán aplicar la normativa de contratación pública para suscribir negocios con las spin-off. La lógica de la doctrina de los contratos domésticos es simple: sólo se pueden encargar de manera directa prestaciones a quien está inserto en la estructura y depende de la entidad, no a los organismos y sociedades que han salido de la casa y actúan públicamente en las plazas y mercados.

IV

Unas últimas consideraciones quisiera realizar tras haberme introducido en la actual organización de muchas Universidades españolas con motivo de este trabajo. Quisiera manifestar mi juicio crítico, algo negativo con relación a este denso bosque de personificaciones instrumentales.

Es cierto que, en ocasiones, pueden existir justificadas razones para que surjan nuevas sociedades, caso de muchas tecnológicas donde puede rentabilizarse una patente. Pero la generalización de esta tendencia, por qué no decirlo, su abuso en otros ámbitos universitarios resulta perturbadora y presenta graves riesgos. Es fácil advertir el incremento de los costes burocráticos cada vez que se crea un nuevo instituto de investigación, un nuevo organismo o sociedad universitaria, en un país que, precisamente, anda algo sobrado de estructuras administrativas y en una situación Universitaria que debe atender a no despilfarrar el gasto público. Resulta preocupante además la falta de profesionalización cuando se multiplican cargos directivos, así como los abusos del clientelismo ante la maleable contratación o la libre designación de nuevos cargos y complementos retributivos. Además, junto a esos vicios, la multiplicación de personificaciones hace que se compliquen también las actuaciones, los procedimientos y las relaciones dentro de una organización tan hipertrofiada.

Muchos son, pues, los problemas que derivan de esa tendencia procreadora que Vds. como asesores deberán atender. Pero imagino que, como especialistas en las Universidades españolas, no les haya sorprendido que de lo que debería ser un sólo árbol de la sabiduría se haya convertido en un bosque de organismos y en una selva de sociedades. No es extraño. No es nada extraño porque siempre se ha dicho que quienes estamos vinculados a la Universidad somos una “fauna de raras especies”, un “bestiario” singular que ha podido generar su ambiente para vivir en una auténtica selva. Muchas gracias.

Bibliografía indispensable:

F. Gil Martínez, "**Bestiario de la Universidad española. Fauna de raras especies universitarias con claves dicotómicas para su mejor clasificación**", Universidad de Sevilla, 1999.

S. Sánchez Lorenzo, "**De Bestiis Universitatis (esos tipos universitarios)**", Dykinson, 2003.

F. Sosa Wagner, "**El mito de la autonomía universitaria**", Civitas, 2007.