

## EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ESPAÑA

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Breves apuntes sobre la historia de la empresa pública en España.* III. *Régimen jurídico de la empresa pública en España;* A) *El concepto de empresa pública en el derecho español;* B) *Las formas de las empresas públicas en el derecho;* 1. *Los servicios centralizados;* 2. *Los organismos autónomos;* a) *Organización interna;* b) *Régimen externo;* c) *La clasificación de los organismos autónomos a efectos de control;* 3. *Las sociedades mercantiles bajo control público;* C) *El control de las empresas públicas en España;* 1. *El control parlamentario;* 2. *El control presupuestario;* 3. *Los controles internos o administrativos;* 4. *El control contable;* 5. *El control judicial;* 6. *La participación de los trabajadores y usuarios.* IV. *Conclusiones y perspectivas.*

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de nuestra presencia es exponer a grandes rasgos la configuración jurídica de la empresa pública en España, señalar los orígenes y las características fundamentales de su actual regulación, subrayar los problemas más importantes que la misma suscita y apuntar las tendencias actuales y las perspectivas que se abren al legislador español en este campo.

Por lo tanto, dicho objeto de estudio queda circunscrito por dos tipos de límites. El primero de carácter geográfico, con independencia de los apuntes comparatistas a que en determinados momentos nos obliga nuestra exposición. El segundo de carácter disciplinario, pues se analiza el tema en sus aspectos jurídicos fundamentalmente, aunque las inevitables conexiones del derecho con otras disciplinas —y más en una materia como la presente— nos induzcan a realizar previa o tangencialmente algunas precisiones de carácter económico, sociológico e histórico. A ello añadimos una nueva delimitación, esta vez convencional: con independencia del concepto de empresa pública que más adelante se expondrá, estudiaremos el régimen jurídico de las actividades industriales y comerciales del Estado (en sentido lato), excluyendo las instituciones de carácter financiero, que, aún respondiendo al esquema organizativo de las empresas públicas, plantean una problemática y se someten a una regulación en buena parte diferente y específica.

Dicho lo cual, conviene empezar por decir que falta en España un esquema claro y consolidado, positiva y doctrinalmente, del régimen jurídico de la empresa pública. No sólo porque se siga discutiendo acerca del con-

concepto o las formas de tales entes, lo que es común a muchos o a todos los ordenamientos jurídicos, sino porque además los sucesivos y continuos cambios legislativos han dificultado hasta la fecha la tarea de abstraer unas conclusiones básicas sobre esos temas y —lo que es más importante en la práctica— unos principios generales sobre la organización y el control de las empresas públicas. Si en la doctrina española es frecuente encontrar referencias a los “modelos” italiano, inglés o francés, para significar los rasgos esenciales que caracterizan el régimen de la empresa pública en dichos países, parece más difícil describir un pretendido “modelo” español, aunque no falten en nuestro derecho elementos originales. Quizá haya podido influir en ello el relativo retraso con que surge y adquiere relieve en España el sector público industrial. Quizá también la reducida dimensión que, en comparación con otros países de Europa occidental, alcanza en el nuestro dicho sector. Pero, en cualquier caso, sus proporciones son ya, desde los años cuarenta, lo suficientemente grandes en términos absolutos como para minusvalorar esa influencia; y, por lo demás, nuestra doctrina viene siendo sensible a este tema desde hace ya mucho tiempo.

Si el régimen jurídico de la empresa pública española carece todavía de una sistematización básica precisa, ello se debe primordialmente a otras causas históricas, metajurídicas, que, sin pretensiones de exhaustividad, es preciso apuntar como introducción explicativa.

No parece exagerado decir que el fundamento último de una regulación coherente de la empresa pública se halla en la claridad con que logre definirse el papel a la misma corresponde cumplir en un sistema socio-económico determinado. Ello no contradice el hecho cierto de que, en las sociedades del capitalismo tardío, la empresa pública ha de cubrir una serie de funciones muy variadas y que, en consecuencia, es imposible establecer una concepción rígida de la misma. Lo que importa, sin embargo, es determinar el criterio con que debe realizar dichas funciones, la estrategia en base a la cual debe establecer un orden de prioridades, en definitiva, la *colocación* de la empresa pública en el ámbito del sistema económico y de las instituciones administrativas.

Desde distintas posiciones teóricas, los economistas han intentado “justificar o analizar el papel de la empresa pública en una economía capitalista. Para los teóricos del neoclasicismo económico, la empresa pública debe realizar ciertas funciones imprescindibles para el mantenimiento del libre mercado. El desarrollo de la libre competencia produce fenómenos que impiden asegurar el empleo óptimo del capital y del trabajo. Ello deriva de la existencia de divergencias entre costes y ganancias privadas y sociales, lo que justifica en ciertos casos la acción del Estado como productor de bienes privados al objeto de reducir esas divergencias. En este sentido, la empresa pública puede ser un elemento útil para conseguir una situación óptima del mercado,

mediante la producción de bienes públicos y sociales, es decir en aquellos supuestos en que la ganancia privada es claramente inferior al beneficio social, y también en los casos de monopolios naturales, en los que el aumento de la producción disminuye los costes por unidad. En ambos supuestos la acción pública puede corregir las disfunciones que el mercado produce en los precios y en la oferta.

Para las teorías de matriz keynesiana, la empresa pública tiene una justificación coyuntural, ligada a la necesidad de mantener y aumentar la demanda y el empleo, de tal manera que debe potenciarse como factor de arrastre del sistema económico en su conjunto en los períodos de estancamiento.

Por su parte, el análisis crítico de las teorías marxistas recalca la funcionalidad de la empresa pública como soporte de la economía capitalista, al considerarla bien como instrumento destinado al mantenimiento de la tasa de ganancia del capital privado, bien factor que permite al mismo tiempo la acumulación de capital monopolista propia del Estado capitalista de nuestra época y la necesaria legitimación del sistema socio-político mediante el incremento de los gastos sociales.

Desde luego, este último análisis corresponde en buena parte a la realidad, con independencia de cualquier valoración. La empresa pública juega en todos los sistemas económicos occidentales un papel de apoyo al sector privado, por lo que el tan repetido concepto de "economía mixta", válido quizá a nivel descriptivo, no deja de tener cierta virtualidad misticante.

Ahora bien, ese apoyo y, por tanto, esa subordinación a la iniciativa privada, puede producirse de formas bien distintas, que van desde la pura y simple función de "tapar los agujeros" que el mercado va dejando abiertos en el funcionamiento global del sistema económico y del sistema socio-político, hasta una efectiva co-dirección de la economía, con el fin de lograr un mínimo de estabilidad y una racionalización del ritmo de desarrollo. En ambos casos hay una complementariedad de la empresa pública hacia la privada y una acción correctora de las insuficiencias del mercado. Pero las diferencias de criterio en el desempeño de estas funciones son notables y se basan esencialmente en el grado de autonomía y en la coherencia estratégica del sector público de la economía.

La regulación del mercado que justifica la existencia de la empresa pública en un marco neocapitalista puede producirse simplemente (o fundamentalmente) mediante una política de "salvamento" de las empresas privadas en dificultades, lo que lógicamente limita las posibilidades de los entes públicos económicos de actuar con métodos y reglas semejantes a las de la empresa privada; o puede tener lugar para evitar o disminuir las situaciones de monopolio privado, en cuyo caso se facilita la economicidad y eficiencia (en términos económicos y sociales) del sector público.

La producción de bienes sociales indispensables —otra justificación generalmente apuntada— puede realizarse con finalidades primordiales de corrección de las externalidades del mercado o bien por necesidades coyunturales de limitación de los costes sociales y políticos del sistema.

La promoción de industrias básicas y de tecnología avanzada a través de la empresa pública puede tener lugar para suplir o estimular a la iniciativa privada o también como requisito para converger con ella en una planificación general de la economía con finalidades de desarrollo y redistribución de la renta.

Obvio es decir que las distintas formas de enfocar esta problemática influyen en no escasa medida sobre el régimen jurídico de la empresa pública: directamente sobre las normas relativas al régimen de las actividades y de la financiación de las mismas; indirectamente también en la regulación de otros aspectos, tales como la organización y el control. Por ello conviene apuntar algunas ideas sobre la función que históricamente ha desempeñado la empresa pública en España.

## II. BREVES APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ESPAÑA

Aunque ya desde antiguo existen en nuestro país actividades productivas gestionadas o controladas por los entes públicos, bien por razones puramente fiscales, como en el caso de las llamadas “siete rentillas” (sal, azufre, naipes, etcétera) o por influjo de la política de fomento de los Monarcas Ilustrados, puede decirse que el primer impulso moderno a la actividad del Estado como productor de bienes y servicios data de los años veinte, durante la dictadura de Primo de Rivera. La compañía arrendataria del monopolio de petróleos (CAMPSA) y las Confederaciones Hidrográficas, por poner dos ejemplos notables, se crean en esta etapa a la luz de una cierta influencia nacionalista y corporativista proveniente de Italia y en base a evidentes necesidades de integración y ordenación del mercado. En cualquier caso, el proceso se inicia con varias décadas de retraso por relación a la mayor parte del occidente europeo y, por lo demás, las medidas intervencionistas se reducen a ámbitos y actividades muy limitadas. El hecho es relevante no sólo por cuanto demuestra el arcaísmo de nuestra estructura económica, sino también porque es sintomático de un cierto y muy acusado rechazo de la gestión empresarial pública por parte de las clases dominantes de nuestro país, lo que a la larga llevará, en expresión de S. Martín Retortillo a “una obsesionante configuración de todas las empresas públicas en función del fomento, desarrollo y protección de la iniciativa privada”. Tan es así, que la República nacida en 1931, pese a lo avanzado de sus propósitos en ma-

teria económica, expresados en la Constitución, no pudo, en sus escasos años de existencia, dar ningún paso decisivo, si excluimos, lógicamente, las colectivizaciones del período de guerra en el banco republicano.

No es sino en los primeros años de la posguerra cuando la actividad empresarial del Estado va a aumentar de manera considerable, por obvias necesidades de reconstrucción y de defensa nacional, así como por las consecuencias derivadas de la política de autarquía económica.

Es importante reseñar, en todo caso, que este incremento del sector público tiene lugar precisamente bajo la vigencia de un trascendental cambio de orientación constitucional (si de Constitución puede hablarse por relación a las Leyes Fundamentales franquistas) que, arrinconando los criterios socializadores del texto republicano, consagra el *principio de subsidiaridad* de la actividad empresarial del Estado a la iniciativa privada. El Fuero del Trabajo, promulgado en 1938, tras reconocer la iniciativa privada “como fuente fecunda de la vida económica de la Nación”, declara en su punto XI, num. 4, que “en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación”. Años más tarde la Ley de Principios del Movimiento Nacional ratificará dicho principio en su punto X: “La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encausada y, en su caso, suplida por la acción del Estado”.

De hecho, el principio de subsidiaridad no está en contradicción esencial con la acción industrializadora que el Estado despliega desde 1939. Lo que ocurre es que este principio va a interpretarse de manera diversa a tenor de las circunstancias históricas de las opciones de política económica de las distintas etapas del régimen franquista. En un primer momento no se interpreta como dejación, sino que, habida cuenta de la escasa disponibilidad de la iniciativa privada, seriamente quebrantada durante la guerra civil, y de las necesidades de la autarquía económica, el Estado se impone la tarea de estimular y contribuir él mismo en buena medida a un esfuerzo industrializador, al menos en sectores básicos de la economía nacional.

Así, en 1939, mediante las llamadas leyes industriales de 24 de octubre y de 24 de noviembre, se intenta estimular el desarrollo de la industria privada, permitiéndose además la intervención o incautación de las empresas que no estén en condiciones de contribuir a la política autárquica de reconstrucción si bien se trata de una incautación con evidentes finalidades de “salvamento”, es decir, de suplencia transitoria de la iniciativa privada a efectos de saneamiento y con la perspectiva de una futura devolución al sector privado. Es significativo que el artículo 15 de la Ley de 24 de noviembre prescriba que “las industrias del Estado no podrán competir ventajosamente con los particulares en la fabricación de artículos no relacionados con la defensa de la Nación”.

De todas formas, el Estado se ve obligado a intervenir directamente ante la penuria de la producción privada y para asegurar una industria nacional básica orientada a la defensa y, por tanto, independiente de las compañías extranjeras. En 1940 se nacionaliza la Red de Ferrocarriles (RENFE) y también la Compañía Telefónica (CTNE), rescatando la concesión a la ITT.

Pero lo que más nos interesa es la creación, mediante Ley de 25 de septiembre de 1941 del Instituto Nacional de Industria (INI), "entidad de derecho público, que tiene por finalidad propulsar y financiar, en servicio de la Nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por la exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica" (artículo 1). El INI se constituye así como ente de gestión, a semejanza del IRI italiano, utilizando los métodos de las sociedades anónimas privadas para la gestión de sus negocios (artículo 2) y dotando a las empresas que de él dependen de la forma de sociedades anónimas. Por cierto que este hecho es importante para la configuración actual de nuestras empresas públicas, ya que este criterio fue llevado hasta sus últimas consecuencias, extendiéndolo incluso a los casos en que la empresa contase con capital íntegramente estatal, por lo que hubo de modificarse la Ley de Sociedades Anónimas al objeto de permitir la constitución de sociedades que, paradójicamente, cuentan con un solo socio. En ello pudo muy bien influir el reducido conocimiento del tema por parte de la doctrina, es decir, la falta de suficiente reflexión jurídica sobre las posibilidades de combinar la forma pública de organización con el régimen jurídico privado de gestión. Sin embargo, también hay que tener en cuenta la finalidad perseguida de evitar, mediante la forma de empresa privada, la multiplicación de los controles administrativos.

En efecto, una de las notas que caracterizan el INI en sus primeros años es su amplio margen de autonomía administrativa, lo que se corresponde de la importancia que se le otorga como principal instrumento de la política autárquica. El INI depende en este período de la Presidencia del Gobierno directamente y tan sólo el Alto Estado Mayor, entre los organismos subordinados a la Presidencia, podía señalarles las necesidades que debía satisfacer en orden a la defensa nacional (artículo 17). Aparte de lo cual, y con independencia de sus relaciones —en plano de igualdad— con los distintos ministerios, se le dota de una gran autonomía para la realización de operaciones financieras. Sólo en los casos de adquisición a pérdida de la posición mayoritaria en una empresa se necesita la aprobación del Gobierno, mientras que la autorización previa del Ministerio de Hacienda se requiere en los casos en que la operación excede de cinco millones (piénsese en pesetas de la época). Tampoco otros tipos de controles parecen ex-

cesivos, pues aunque en el Consejo de Administración están representados diversos departamentos, especialmente los militares y el Ministerio de Hacienda y aunque la mayoría de dos tercios necesaria para aprobar las decisiones pueda hacer pensar en un derecho de veto formal, la relación directa del presidente del Instituto con el del Gobierno, por entonces también la suprema magistratura de un régimen autoritario, confería a aquél una capacidad de decisión igual o incluso superior a la de los propios ministros. Por otra parte, el control contable *a posteriori* se limitaba a la presentación anual del balance y de una memoria explicativa.

En cuanto a la financiación del Instituto, podemos agrupar sus fuentes en cuatro partidas: recursos propios (retención de beneficios y ventas de acciones), aportación del Estado (subvenciones presupuestarias), obligaciones y créditos. En cuanto a las obligaciones, cuya emisión debería ser autorizada por el Gobierno, se establecieron una serie de privilegios, tales como la garantía del Estado, la exención de todo impuesto o tributación y su admisión como depósitos de fianza por las administraciones públicas (artículo 5), aparte de su cotización en bolsa. Sin embargo, durante mucho tiempo no sería ésta la forma cuantitativamente más importante de financiación. Al mismo tiempo se establecieron circuitos privilegiados de crédito, ya que los créditos del Banco de España al INI, en la cuantía que señalase el Consejo de Ministros, se pagarían en forma análoga a como lo realiza el Estado y devengarían tan solo un 0'75 por 100 de interés. Además se permitía a otros organismos e instituciones de crédito públicos invertir en obligaciones del Instituto, lo que con el paso del tiempo se convirtió de facultad en deber, fijándose coeficientes mínimos de inversión en las empresas del INI, que en el caso de las cajas de ahorro llegaron al 45 por 100. En definitiva, durante bastante tiempo más del 90 por 100 de las inversiones del INI se realizaron directamente con aportaciones del Estado y con créditos del Banco de España, al tiempo que el aumento posterior del porcentaje de los recursos obtenidos mediante obligaciones se debió en gran medida a la inversión obligatoria de otras instituciones públicas. La explicación se encuentra, desde luego, en el papel de propulsor de la industrialización de base y en el criterio subsidiario que rige las actividades del INI ya en esta su primera etapa. Pero aquí es necesario introducir alguna matización.

En primer lugar, no puede menospreciarse la importante función desempeñada por el INI en la industrialización de base de la posguerra. Dada la situación internacional y la política de autarquía económica, con sus secuelas de estancamiento y de limitadas perspectivas de crecimiento, sólo una entidad pública podía asegurar la puesta en funcionamiento de una importante industria de base. Las inversiones del Instituto se dirigieron preferentemente, aparte de a las industrias más directamente relacionadas con la defensa nacional, a la investigación de recursos minerales, a la produc-

ción de energía, tanto eléctrica como combustibles líquidos, al sector de transformación mecánica (vehículos industriales, aeronáutica y astilleros navales) y al de transportes (Iberia). Incluso se intentó el desarrollo de una tecnología propia, aunque ello no fue posible en una situación de aislamiento, por lo que ya a partir de 1949 fue necesario establecer acuerdos de colaboración con firmas internacionales, extendiendo las actividades a los sectores del automóvil e ingeniería aplicada e iniciando la construcción de las grandes plantas siderúrgicas. Ahora bien, la creación de ésta industria de base no significa que el INI iniciase una dinámica real de industrialización a ultranza y totalizadora, según la aspiración de los técnicos de origen militar que dirigieron el Instituto en su primera etapa, ni tampoco que su actividad produjese un aumento sustancial de la demanda con el consiguiente efecto expansivo sobre el sector privado. Ya hemos dicho, por lo demás, como éste no participó en forma sustancial en las inversiones del INI, a pesar de las intenciones de su Ley institutiva de ofrecer al ahorro español "una inversión segura y atractiva" (artículo 1). De hecho las obligaciones impuestas al INI en defecto de la iniciativa privada ocasionaron un cierto gigantismo en las dimensiones medias de sus empresas, así como un déficit crónico tan sólo enjugado por las aportaciones presupuestarias

Por otra parte, la función antimonopolista de la empresa pública española fue, y sigue siendo aún, prácticamente nula. Por el contrario, podríamos decir que la actividad pública industrial constituyó en un primer momento el complemento necesario para el mantenimiento y la reconstrucción del ya antiguo monopolio financiero español y que, a partir de los años cincuenta, iniciado el despegue industrial sobre la base del crédito privado y de los acuerdos internacionales, el sector público va a pasar a un segundo plano y que va a ser, si no desmantelado, considerablemente reducido en aras del expansionismo de la empresa privada. De hecho, ya durante la época de la industrialización pública autárquica, el INI se limitaba a la creación de nuevas empresas, pero sin que ello suponga alterar para nada el *status* de las antiguas participaciones públicas. Subsisten, por ejemplo, monopolios "fiscales", tales como el arrendado por CAMPSA en el sector de la distribución de productos petrolíferos, sometido a la dependencia del Ministerio de Hacienda, en el que cuenta con una importante participación el capital de la gran banca privada nacional. No se realiza en absoluto una imprescindible política de organización y reordenación de las participaciones estatales, ni según el modelo inglés de las *Public Corporations*, ni de modo semejante al más próximo modelo italiano de los *entidi gestione*. Por un lado, la diferenciación de niveles de gestión en el seno del propio INI no existe, debido al excesivo centralismo de su dirección. Por otro, no es infrecuente la creación de nuevas empresas públicas, con forma de entidad de derecho público o de sociedad privada o bien de servicios industriales y comerciales sin per-

sonalidad, dependientes de los más diversos departamentos ministeriales. Se llega de esta manera a contar con una pluralidad de empresas públicas, pertenecientes al INI o excluidas de su ámbito, en las que los diversos organismos interesados participan en proporción distinta con otros grupos financieros públicos y privados, nacionales y extranjeros. Un buen ejemplo lo ofrece el sector petrolero, en el que Velarde da cuenta de la existencia de cerca de treinta sociedades públicas o con participación pública (en 1967) operantes en los distintos campos de la investigación, el refinado y la distribución, sin que exista criterio ordenador alguno ni a nivel de organización administrativa ni, en consecuencia, a nivel de gestión de las participaciones.

A este *desconyuntamiento* del sector público español contribuye también, y en medida no despreciable, el corporativismo tradicional de nuestra administración pública, del que deriva una prolongada lucha por el acaparamiento de competencia de gestión y control. Corporativismo que si ya de por sí constituye un fuerte freno a cualquier intento de reordenar y racionalizar el confuso sistema de las empresas públicas, se ve reforzado por las conexiones que, dada la característica de repartos compensatorios entre los diferentes grupos dominantes, típica de la política y de la administración del franquismo, cada centro de referencia relativamente autónomo del aparato público mantiene con distintos intereses privados.

Si durante los años cuarenta debe destacarse el papel predominante del INI y su amplio margen de independencia frente a ulteriores controles administrativos, el fin de la política autárquica en los años cincuenta y la progresiva andadura hacia una política de liberación económica del mercado interno y de las relaciones internacionales van a tener como consecuencia una reconsideración de las funciones de impulso atribuidas al sector público industrial. La empresa pública se abre primero a la colaboración con el capital y la tecnología de las empresas multinacionales (desde 1949), comienza a disminuir su importancia relativa en beneficio, primero, de la incipiente expansión privada y después también de la inversión exterior, ve reducida más tarde su independencia y multiplicados los controles que traban gravosamente la eficacia de su gestión (1958) y, por último, se redefine su función en el marco de la economía española de acuerdo con el más estricto principio de subsidiaridad, como apoyo coyuntural y atomizado a la iniciativa privada (1963).

Desde un punto de vista jurídico nos interesa ante todo el paso que se cumple en 1958 con la aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA). Esta normativa ofrece por primera vez en nuestro derecho una clasificación de las formas de las empresas públicas, pero no puede confundirse en ningún caso con un *estatuto*, o ley-marco de contenido general, de la empresa pública. Antes bien, y como sucede hasta nuestros días con todas las normas que en nuestro derecho se han ocupado del tema, lo

aborda desde una perspectiva parcial. La LEEA, ley en la que es apreciable un aumento de la influencia de los cuerpos administrativos del Ministerio de Hacienda, regula esta materia con el fin primordial de establecer un sistema ordenado de controles internos de las entidades administrativas.

Ante todo la ley distingue simplista y desafortunadamente entre servicios administrativos sin personalidad jurídica, organismos autónomos y empresas nacionales. Los primeros son aquellos servicios que, sin gozar de una personalidad jurídica independiente, tiene cierta autonomía funcional y financiera, que justifica el que se les aplique en gran medida el régimen de controles establecidos para los organismos autónomos. Estos últimos son entes con personalidad jurídica pública, creados por la ley, que se someten a un régimen de derecho administrativo fundamentalmente. La LEEA no distingue claramente los organismos autónomos dedicados a la realización de actividades económicas de aquellos otros, de carácter administrativo, que gestionan servicios públicos de naturaleza asistencial, social o cultural o que son meramente auxiliares de la administración central. Por último se definen las empresas nacionales como "entidades de derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas". Se cae una vez más en un confusionismo notable en el tema de las formas de las empresas públicas, no exento de graves consecuencias prácticas. No se distingue entre forma de organización y régimen de gestión, por lo que no se admite claramente la posibilidad de constituir entidades con forma pública y sometidas al derecho privado en su actuación. De este modo, los organismos autónomos de carácter económico se someten al pesado sistema de controles establecido para los organismos administrativos, con escasas especialidades, que se encuentran dispersas en la ley: rígido control presupuestario, autorizaciones previas para contratar y para realizar los pagos correspondientes a las operaciones financieras, control de legalidad previo por parte de la Intervención General de la Administración del Estado, controles contables asimismo inflexibles y controles de inspección por parte del ministerio del que depende cada organismo autónomo y por parte de los funcionarios de Hacienda. En cuanto a las empresas nacionales, sociedades anónimas con participación mayoritaria del Estado, la ley se limita a señalar que aquéllas en las que la participación del Estado exceda del 75 por 100 se someten al control contable *a posteriori* del Tribunal de Cuentas.

En resumidas cuentas, mientras que las llamadas empresas nacionales —denominación que la ley utiliza con el fin de evitar la de empresa pública, por considerar, significativamente, que este último calificativo resulta paradójico y perturbador aplicado a sociedades regidas por el derecho privado— están exentas de casi todo tipo de controles, se acentúan los de carácter interno sobre los organismos autónomos, entre los que se incluye en principio

el INI. De esta manera el Ministerio de Hacienda otorga una amplia autonomía a las empresas situadas bajo su órbita de gestión, a la par que extiende su supervisión sobre las actividades del Instituto, lo que restringe notoriamente la libertad de movimientos que éste necesita para llevar a cabo una labor eficaz con criterios empresariales. Aún más, en virtud de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 el Ministerio de Hacienda se configura no ya sólo como centro de control financiero de las actividades del sector público industrial, sino incluso como gestor o cogestor directo de todas las sociedades en mano pública no sometidas a la dependencia del INI, sino de otros departamentos ministeriales.

De hecho, el régimen de controles de la LEEA determinó una tendencia de los organismos autónomos de naturaleza industrial y comercial a escapar del régimen general de la ley para regirse por una normativa propia más flexible. Resulta revelador que entre las primeras fugas a la LEEA se encuentran las de algunos organismos directamente tutelados por el propio Ministerio de Hacienda, tales como las instituciones de crédito público. Se reproduce, pues, la dispersión normativa anterior a 1958. Pero lo que nos interesa señalar ahora es más que nada el efecto limitativo de la eficacia empresarial de las empresas del INI que tiene la nueva normativa, dato de especial importancia si se tiene en cuenta que aquél continúa siendo el más importante *holding* público español y que agrupa a la mayor parte de las empresas con participación estatal. La legislación de 1958 es sintomática del cambio en la función de la empresa pública que había comenzado a producirse y que se consolidará en la Ley del I Plan de Desarrollo y a través de la gestión de los nuevos dirigentes del Instituto.

El artículo 4 de la Ley del Plan de Desarrollo de 28 de diciembre de 1963 señala como causas que legitiman la creación de una empresa pública, las siguientes: a) Insuficiencia de la iniciativa privada; b) Convivencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia; c) Imperativos de defensa o de alto interés nacional. La última de estas justificaciones ha sido interpretada en un sentido extraordinariamente restrictivo, puesto que alcanza a explicar tan sólo la participación pública en industrias de armamento o en algunas industrias de base de elevado coste económico y escasa rentabilidad: minería, siderurgia, astilleros, etcétera. Ello contrasta fuertemente con las necesidades de expansión del capitalismo español en los primeros años sesenta. Los rectores de nuestra política económica y los más cualificados exponentes de la oligarquía financiera privada no supieron comprender la importancia de contar con un sector público ordenado y eficiente que pudiese asegurar, a bajos precios, una serie de productos básicos necesarios para impulsar la dinamicidad de la industria de transformación: energía, transportes, infraestructuras, etcétera. Más contradictoria resulta esta penuria de la empresa pública con la puesta en marcha de la

planificación económica, aún de carácter indicativo. Lógicamente, y a pesar de los numerosos incentivos, la empresa privada tendería a la realización de rápidos beneficios, en una época de crecimiento, sin atender a los necesarios objetivos de reordenación a medio o largo plazo. Tan sólo un fuerte sector público hubiese podido llenar estas necesidades, como lo demuestra la experiencia francesa, convergiendo con el sector privado al éxito de la planificación.

Tampoco destacaría la empresa pública en su función antimonopolista, sin que pueda casi citarse un sólo sector en que se realice una mínima acción de este orden.

Por lo tanto, la función de la empresa pública española quedaba reducida a la más estricta suplencia, caso por caso, de la falta de iniciativa privada. Según el artículo 5 de la Ley, el Gobierno podrá apreciar esta insuficiencia, cuando la iniciativa privada no alcance los objetivos del plan. Pero ello no basta para crear discrecionalmente una nueva empresa pública o para ampliar las actividades de las ya existentes. La propia Ley establece un mecanismo procedimental garantizador de la supremacía de la empresa privada. Así, el Gobierno, a propuesta del ministerio competente por razón de la materia, publicará un anuncio en el Boletín Oficial del Estado, al objeto de que cualquier empresa privada pueda concurrir a la realización de las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar en el plazo que se prevea el volumen de producción necesario y con las condiciones técnicas exigidas. Sólo si ningún empresario privado acepta las condiciones del concurso podrá producirse una ampliación del sector público. Naturalmente el mecanismo peca de ingenuo, como ha señalado Sosa Wagner, pues no puede garantizarse que la empresa adjudicataria cumpla las condiciones del concurso, lo que redundaría obviamente en perjuicio de la economía del país, sin que sea fácil tampoco instrumentar un sistema de sanciones adecuado para el empresario incumplidor. De hecho, en más de una ocasión la administración se vio en la necesidad de ampliar los plazos del contrato o dulcificar sus condiciones, transcurridos unos años. Este mecanismo contrasta por lo demás con las facilidades que se establecen para la despublificación de las empresas nacionales, pues basta el simple acuerdo discrecional del Gobierno, a propuesta del ministerio interesado *ratione materiae* para proceder a la enajenación de las participaciones.

Todo lo cual constituye un índice revelador de la filosofía contraria a la empresa pública que se impone desde 1963 y que da lugar a la dimisión de los antiguos gestores del INI. La nueva dirección va a convertir al Instituto en un auténtico "hospital de empresas", acudiendo sin criterio orientador alguno, en auxilio de la iniciativa privada allí donde ésta la solicite y favoreciendo la devolución al sector privado de las empresas "saneadas". El INI perderá así el protagonismo de antaño, como lo demuestra su pase a la

dependencia del Ministerio de Industria en 1968. Al mismo tiempo el criterio de atomización que rige la constitución de las empresas públicas favorecerá la dispersión de su régimen jurídico así como el caos organizativo del sector.

El sector público pasa a estar constituido, en expresión de Velarde, "por lo que nadie quiere", por empresas con pérdidas o estranguladas en su expansión, o bien por empresas que socializan pérdidas, cuyo mantenimiento obedece en gran parte a la conveniencia de evitar conflictos sociales y que carecen de posibilidades de rentabilidad económica, como es el caso de HUNOSA (minas de carbón), o bien, por último por industrias de base vigiladas de cerca por los grandes grupos financieros.

Efectivamente no puede menospreciarse tampoco la presencia importante, como ha estudiado Juan Muñoz, de los representantes del capital privado en los consejos de administración de buena parte de las sociedades públicas, en muchos casos de las más dinámicas. Y también parece significativo el nombramiento como presidentes de algunas empresas de políticos alejados de los primeros puestos de responsabilidad. Este retiro compensatorio y aquella vigilancia permanente, unidos a la multiplicación de los controles administrativos, dan idea del escaso interés demostrado por una gestión empresarial eficiente del sector público de la economía.

A ello hay que unir, por último, la pérdida de privilegios jurídicos en la actuación financiera de la empresa pública. Desde la Ley de Industrias de Interés Preferente de 1963, los préstamos concedidos a estos entes devengan el interés normal, al tiempo que el montante de las subvenciones estatales presupuestarias disminuye considerablemente (hasta un 20 por 100 aproximadamente de sus fuentes de financiación) mientras que aumenta de manera espectacular el procedente de las obligaciones, en buena parte suscritas fozosamente por las entidades de crédito oficial y las cajas de ahorro (que son, también empresas públicas, *lato sensu*). Como es natural, la financiación procedente de los propios beneficios es muy limitada, tratándose, en el caso del INI, de un ente que actúa sin programas de inversión que clarifiquen expresamente los objetivos y que se ve obligado a realizar constantes transferencias de recursos para mantener la situación financiera de muchas de sus empresas. La pérdida de privilegios en las operaciones financieras de la empresa pública es imprescindible, desde luego, para una eficaz gestión empresarial de la misma, pero ello implica al mismo tiempo dotarla de una capacidad de iniciativa y de una autonomía de gestión incompatibles con la función estrictamente subsidiaria atribuida al INI durante los años sesenta. Como no podía ser de otro modo, la consecuencia fue la de un creciente deterioro financiero y una descapitalización notable de las empresas del Instituto. Sólo al final de esta etapa se produce un movimiento doctrinal de reacción que intenta contrarrestar la tradicional "mala prensa" que —cómo no— ha

tenido entre nosotros la empresa pública. De esta manera, a principios de los setenta se va a iniciar un paulatino y no pacífico cambio de orientación. Sin embargo, las consecuencias de la falta de ordenación racional seguirán pesando hasta nuestros días, agravadas por la crisis económica y política que se inicia en 1973.

El primer síntoma de cambio en la filosofía del Gobierno sobre la empresa pública lo constituye el Decreto-ley no. 20/1970, de 24 de diciembre, de reordenación del INI, mediante el que se pretende dotar al mismo de una organización y de un régimen jurídico más apropiado para su reestructuración financiera y para posibilitar una gestión empresarial, competitiva y eficaz de sus empresas. Por de pronto, se le excluye del sistema de controles previos de la LEEA. Se mantiene su dependencia del Ministerio de Industria, se otorga al Gobierno en pleno una competencia genérica de dirección de las actividades del Instituto y se modifica la composición de su consejo de administración, dando entrada a representantes de una pluralidad de departamentos, con lo que se restringe proporcionalmente la relevancia de los Ministerios de Hacienda y de los departamentos militares. Su régimen de gestión se flexibiliza en gran medida. Su actuación e inversiones han de ajustarse a un programa anual aprobado por el Gobierno que se acomodará a lo dispuesto por los planes de desarrollo. Dicha aprobación, una vez concedida, implicará la autorización de las operaciones e inversiones comprendidas en el programa. Aún más, el Instituto podrá aumentar el financiamiento de sus actividades hasta el límite de un 5 por 100 de la cifra autorizada en el programa. Si una determinada operación financiera o la adquisición o venta de participaciones excede de los cien millones de pesetas, se requiere la previa autorización del Gobierno previo informe del Ministerio de Hacienda. Las demás operaciones no contenidas en el programa y hasta el límite antes señalado podrán realizarse libremente, con la sola obligación de comunicarlas al Ministerio de Hacienda. El INI podrá acordar también transferencias de gastos corrientes que no excedan del importe global de los mismos e incluso podrán incrementarse dichos gastos si los ingresos corrientes exceden de los previstos. Por último, el Gobierno habrá de fijar para cada ejercicio económico el importe máximo de los avales que el Instituto pueda conceder al conjunto de sus empresas. Cada aval en concreto lo concede el propio INI comunicándolo simplemente al Ministerio de hacienda.

En resumidas cuentas, se vuelve a otorgar al INI una amplia autonomía de gestión, señalándole unos objetivos anuales mediante la utilización de la fórmula de las directrices programáticas. A ello se añade la tutela "directiva", que no autorizatoria, del Ministerio de Industria y la previsión de que se mantengan relaciones directas con cada ministerio "para la realiza-

ción de los programas que a cada uno interesa”, relaciones, pues, en un plano de igualdad o de *equordenación*, en la terminología de Giannini.

Sin embargo, esta transferencia de potestades discrecionales al Instituto no se ve compensada por la articulación de un efectivo sistema de controles externos y *a posteriori*. Poco hay que decir sobre la nula actividad controladora de las Cortes franquistas, lo que no puede extrañar en un sistema político caracterizado por la *unidad de poder*. En cuanto al control contable, el Real-Decreto 20/1970 prescribe que el INI formule cada año la memoria, balance y cuentas de pérdidas y ganancias del ejercicio anterior que se someten a la aprobación del Gobierno, por conducto y previo informe del Ministerio de Hacienda y que, una vez aprobados, son publicados y remitidos al Tribunal de Cuentas. Lo cierto es que este órgano ha sufrido hasta la fecha determinadas limitaciones a su independencia y, sobre todo, una evidente penuria de medios para el cumplimiento de las tareas que se le asignan, por lo que no ha podido realizarlas con la diligencia precisa y con un mínimo de eficacia política y práctica.

Esta última observación nos aclara uno de los puntos más significativos del régimen jurídico de la empresa pública española, que se ha movido en estos últimos —y decisivos— cuarenta años, entre un sistema de excesivos controles previos, perturbadores de una eficiente gestión empresarial, y la casi absoluta ausencia de controles, sobre todo de aquellos ejercitables por órganos independientes con reflejo sobre la opinión pública.

Con independencia de este importante aspecto, la reforma de 1970 permitió una notable mejora financiera del INI y el inicio de una política más racional y ordenada en la gestión del sector industrial público. Aunque los principios jurídicos rectores del régimen de la empresa pública continuasen incambiados en el texto refundido por la Ley del III Plan de Desarrollo de 1972, se observa en sus previsiones un mayor interés por la misma, aunque no —como ha señalado algún autor— hasta el punto de configurarla como instrumento primordial de la política planificadora. El Gobierno toma, sin embargo, nota de la desordenada situación existente y se compromete a elaborar un Estatuto de las Empresas Públicas en un plazo de dos años (Disposición final octava). Dicha normativa básica, reclamada insistentemente por la doctrina, no llegó a elaborarse en dicho plazo ni aun hoy ha visto la luz, a pesar de que tal promesa se ha venido repitiendo en textos programáticos posteriores. Sí se inicia, sin embargo, una cierta reorganización interna, de la que es fruto la fusión de sociedades en distintos sectores como la siderurgia (ENSIDESA y UNINSA), el refinado de petróleo (creación de ENPETROL) o la producción de fertilizantes (EIFERSA) y se emprenden nuevas actividades vinculadas a los objetivos de la programación económica, como la creación de sociedades de financiación del desarrollo de

regiones especialmente deprimidas (SODIGA, SODICAN, SODIEX, SODIAN).

A partir de 1973 se unen a las resistencias ya tradicionales y a la escasez de medios de financiación las consecuencias de la crisis económica y de la crisis política por las que atraviesa el país. La primera comporta una multiplicación de la función de salvamento del INI con relación a empresas privadas en dificultades, al tiempo, que en un primer momento, se produce un aumento de la actividad inversora, ante el estancamiento de la iniciativa privada, con la finalidad de cubrir los objetivos del Plan. La crisis política provoca, por su parte, una falta de estabilidad en la dirección del Instituto —y en el ámbito de la empresa pública en general— y una falta de confianza en el futuro de sus actividades. Baste señalar que desde 1974 a 1977 la presidencia del INI cambia de manos nada menos que cinco veces. Todo ello, unido a la debilidad organizativa y financiera cuyas causas hemos de intentado exponer conduce al INI, al final de la etapa política anterior a la mayor crisis de su historia, crisis todavía no superada. Así, en 1978 el déficit de las empresas del Instituto se cifró en 57.000 millones de pesetas, más importante aún si se tiene en cuenta la reducida dimensión de la empresa pública en España, donde la inversión pública anual se sitúa alrededor de un 13 por 100, frente al 19 por 100 medio de los países de la CEE.

Sin embargo, al final de esta etapa se produce un intento de desarrollo legislativo de los sistemas de planificación y control de la empresa pública, que se expresa en la Ley General Presupuestaria (LGP) de 4 de enero de 1977, cronológicamente la última ley del franquismo. Esta norma no tiene por objeto directo la regulación de la empresa pública, puesto que su función primordial es la de regular los presupuestos y la contabilidad del Estado, en sustitución de la arcaica Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911. Ahora bien, de hecho extiende su articulado a casi todos los aspectos relativos a la programación de la actividad y a los controles de la empresa pública, llegando incluso a establecer una nueva clasificación de sus formas, sustitutiva de la contenida en la LEEA. Ciertamente es que algunas previsiones de la nueva ley, tales como la relativa a los programas de actuación, inversiones y financiación (PAIF) de las sociedades estatales o la distinción entre un control financiero y otro denominado "de eficacia", pretenden adaptar el régimen de la empresa pública a las necesidades de una gestión económica racional y moderna. Pero también es observable un nuevo incremento de los controles por parte del Ministerio de Hacienda. Aún más, se diría que es una ley hecha a la medida de la Intervención General de la Administración del Estado, que es el cuerpo de dicho Ministerio encargado de vigilar el comportamiento financiero de la Administración. Por otra parte, su normativa, aún no aplicada

en la práctica en todos sus extremos, ha venido a aumentar considerablemente el confusiónismo doctrinal sobre la regulación de la empresa pública. No sólo porque contiene una serie de conceptos indeterminados y, aún más, imprecisos, cuyo contenido no define en absoluto, como por ejemplo, los ya señalados de control financiero y de eficacia, sino porque además no es sencillo discernir qué disposiciones quedan vigentes y cuáles han sido derogadas tras la promulgación de la ley.

Por poner un ejemplo, en la cláusula final derogatoria, se declara sin vigor el artículo 3 del Decreto-ley 20 de 1970, relativo al INI, artículo que excluye al Instituto de la LEEA. Pero, a renglón seguido se deroga igualmente la propia LEEA “en las materias relativas a la Hacienda Pública”. Ahora bien, la mayor parte de las disposiciones de la LEEA pueden incluirse dentro del concepto “materias relativas a la Hacienda Pública” y, por otra parte, la LGP regula, con carácter general, todos los tipos de control interno sobre la empresa pública. Otro ejemplo: la nueva ley introduce los nuevos conceptos de “organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos” (artículo 4-1) y de “sociedades estatales”, con lo que ha venido a establecer una nueva clasificación de las formas de las empresas públicas, si bien “a los efectos de esta Ley” (artículo 6). Pero es evidente que una tal clasificación interesa sobre todo o exclusivamente a tales efectos, dada la generalidad de su contenido. Por ello entendemos que el régimen jurídico actual de la empresa pública en España se halla contenido en la LGP, con independencia de la normativa especial propia de cada ente (artículo 1) y de la posible subsistencia de otras normas específicas que haya que buscar en cada caso en otras leyes sectoriales.

Esta nueva regulación contenida en la LGP no parece, sin embargo, que satisfaga a las fuerzas políticas —o a algunas de ellas— que han protagonizado el cambio constitucional experimentado por nuestro país en los últimos años, fuerzas políticas que en cambio han sido especialmente sensibles al tema de la empresa pública. Celebradas las primeras elecciones, los más importantes grupos del abanico parlamentario suscribieron en octubre de 1977 un acuerdo programático, los llamados Pactos de la Moncloa, como directrices gubernativas para el período constituyente. En dichos pactos se preveía la elaboración por el Gobierno de un proyecto de Estatuto de la Empresa Pública en los siguientes términos:

Antes del 30 de junio de 1978, el Gobierno remitirá un proyecto de Ley a las Cortes relativo al Estatuto de la empresa pública sobre la base de los siguientes criterios:

- 1o. *Control parlamentario.* Dada la problemática de las empresas pública, se considera conveniente que el control parlamentario de las mis-

mas se realice por una Subcomisión específica dentro de la Comisión de Economía.

2o. *Control por la Administración.* El estatuto de la empresa pública regulará los siguientes extremos:

- a) Su coordinación y racionalización de conjunto por un órgano de la Administración;
- b) Su control financiero externo de acuerdo con lo establecido en la Ley Presupuestaria, y
- c) Su control interno, que se efectuará por los distintos departamentos ministeriales competentes.

3o. *Regionalización de inversiones.* La inversión realizada a través de la empresa pública deberá coadyuvar al desarrollo de las regiones menos desarrolladas. En los planes de inversión de las empresas públicas se determinará con claridad suficiente el porcentaje de las mismas que se destinen a las distintas áreas regionales.

4o. *Descentralización de actividades.* En espera de lo que en este sentido pueda derivarse de la nueva Constitución y del eventual establecimiento de gobiernos autónomos, se procurará conseguir desde ahora en este ámbito el máximo grado de descentralización, compatible en todo caso con las directrices que adopte la empresa a nivel general.

5o. *Participación de las fuerzas sociales.* Reconocimiento de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las empresas públicas, fundamentalmente a través de sus sindicatos y establecimiento de cauces de consulta a los consumidores o usuarios para la elaboración de las políticas de éstas cuando les afecten y para el control de la eficacia de sus actividades.

6o. *Régimen de incompatibilidades.* Establecimiento de un régimen de incompatibilidades para los miembros de los consejos de administración de las empresas públicas.

7o. *Adquisiciones y enajenaciones.* La adquisición y enajenación de empresas o de sus activos por parte del sector público se someterá a rigurosas formas de valoración que garanticen, en todo caso, su realización por el valor justo que corresponda.

8o. *Condiciones de actuación.* Las condiciones de actuación de las empresas públicas y privadas se equiparán de forma que en la gestión de ambos tipos de empresa no se den situaciones discriminatorias.

Como puede verse, todo un proyecto de solución de los nudos que atezan el desarrollo y la ordenación racional de la empresa pública española, acorde con la opinión mayoritaria de la doctrina. A ello hay que añadir otras previsiones incluidas en el capítulo relativo al perfeccionamiento del control del gasto público, de las que interesa destacar las siguientes:

3o. La Administración se compromete a desarrollar, en el plazo de seis meses, las normas establecidas en la Ley General Presupuestaria en cuanto a control de legalidad, control de auditoría y control de eficacia.

4o. Sin perjuicio de la futura estructuración constitucional del Tribunal de Cuentas, el ámbito de su competencia y el sistema de designación de sus miembros se regulará de tal manera que quede asegurada la independencia en el desempeño de sus funciones y la eficacia del control a su cargo.

5o. Se considera conveniente la creación de Subcomisiones, dentro de las correspondientes Comisiones parlamentarias, que garanticen un más adecuado control parlamentario del gasto público. Especialmente se considera conveniente la creación de Subcomisiones sobre "Subvenciones y transferencias a empresas y organismos públicos". . .

Pues bien, el Gobierno monocolor, gestor único de los Pactos de la Moncloa, ha incumplido absolutamente el acuerdo relativo al Estado de la Empresa Pública, del que aún hoy no se tienen noticias seguras. En cuanto a los otros tres puntos señalados, sólo se ha cumplido el número 3o. y en la forma que después señalaremos. El tribunal de Cuentas no ha sufrido alteración alguna y en cuanto a las Subcomisiones parlamentarias mencionadas, han sido constituidas, pero su labor se halla paralizada por el momento. Los Pactos, pues, han tenido escasa relevancia práctica en este terreno, no obstante lo cual siguen constituyendo un punto de referencia teórico de indudable interés.

Mayor importancia tiene obviamente la aprobación de la nueva Constitución, puesto que crea un marco de principios jurídicos que habrá de servir de base a la futura reforma de la empresa pública, aparte de que introduce o consolida un conjunto de instituciones que han de jugar un especial papel en nuestra materia.

Ante todo debe subrayarse que la Constitución ha venido a abolir el principio de subsidiaridad. Efectivamente, según el artículo 128-2 "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica". No sólo eso, sino que por ningún lado aparece la exigencia o, al menos, una pequeña indicación que justifique la subordinación de la empresa pública a la privada. En el mismo artículo 128 se afirma que "toda la riqueza del país en sus distintas

formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general". Por ello, "mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general". Además, en virtud del artículo 40, los poderes públicos han de promover "las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo". Por último, bien cierto es que se reconoce la libertad de empresa, en igualdad de condiciones, pues, con la iniciativa pública (artículo 38), pero sometida a una serie de limitaciones. En primer lugar en cuanto que ha de expresarse "en el marco de la economía de mercado", alusión que por un lado prohíbe una política socializadora a ultranza, pero que también parece imponer correcciones a la concentración monopolista. También es verdad que los poderes han de garantizar y proteger el ejercicio de la libre empresa no monopolista, pero siempre "de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación" (artículo 38). Por tanto, la producción de bienes básicos e indispensables ("condiciones favorables para el progreso social y económico"), la lucha antimonopolio, la distribución equitativa de la renta regional y personal, la consecución del pleno empleo y contribuir decisivamente a los objetivos de la planificación económica, en su caso, son las funciones que justifican la existencia de la empresa pública, según el texto constitucional. Naturalmente toda esta construcción se basa en principios jurídicos de carácter programático y de difícil aplicación inmediata. En cualquier caso, tales principios tienen la virtualidad de legitimar una eventual reforma en el sentido indicado e incluso, tras la entrada en funciones del Tribunal Constitucional, podrían servir para invalidar las medidas legislativas claramente opuestas a la dirección marcada.

Pero la Constitución ha introducido también otras novedades en el plano de la organización y control de la empresa pública. En primer lugar, los principios de descentralización, desconcentración y coordinación así como el de eficacia, todos ellos rectores de la actuación de las administraciones públicas (artículo 103) pueden muy bien concretarse en una superación del caos organizativo actual de la empresa pública, mediante la creación de uno o varios entes de gestión coordinados entre sí y dirigidos por el Gobierno (artículo 98), cuyos niveles de decisión estén a su vez descentralizados en base a exigencias de política sectorial. Por su parte, el principio de imparcialidad y el sistema de incompatibilidades funcionariales que le es inherente (artículo 103-3) debe manifestarse también en el ámbito de la empresa pública, al objeto de eliminar injustificadas situaciones de colusión con grupos privados —que no sean las que deriven de la existencia de empresas mix-

tas— o con ciertos enclaves administrativos. La profesionalización del cuadro dirigente de las empresas públicas debe sustituir a las tendencias corporativistas hoy manifiestas y, por imperativos de eficacia, a la práctica tradicional de compensar de esta manera a los políticos venidos a menos. Por último, en el plano de la organización, hemos de señalar las posibilidades que abre el artículo 149 de crear un sector público regional o de las Comunidades Autónomas, posibilidades de las que ya se han hecho eco los Estatutos vasco y catalán, recientemente aprobados.

Pero es el control de la empresa pública el aspecto en el que la incidencia de la Constitución es más relevante. En primer lugar se abre la posibilidad de establecer un control parlamentario bastante penetrante a través de las sesiones informativas (artículos 109 y 110) y de las Comisiones de investigación (artículo 76). A ello hay que unir el que se ejerce mediante la aprobación del presupuesto, que ha de incluir “la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (artículo 134-2). Otras dos instituciones, orgánicamente responsables ante las Cortes e independientes en el ejercicio de sus funciones, como son el Tribunal de Cuentas (artículo 136) y el Defensor del Pueblo (artículo 54) tienen también atribuidas misiones de control del sector público, en los términos que analizaremos más adelante. Por último, la Constitución abunda en la previsión de controles por parte del cuerpo social en la forma de participación y audiencia de los interesados, de los trabajadores y de los consumidores y usuarios (artículos 129-1 y 2 y 51).

En el apartado siguiente intentaremos exponer toda esta problemática, junto con las características de la regulación actual de la empresa pública.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ESPAÑA

Ordenamos sistemáticamente nuestro análisis en torno a tres cuestiones clave: el concepto, las formas y los controles sobre la empresa pública. Al hilo de esta exposición se harán las oportunas referencias al tema de la organización del sector público de la economía, puesto que el mismo es tangencial a los de las formas y el control, con los que en muchos aspectos se confunde.

#### A) El concepto de empresa pública en el derecho español

No existe en nuestro derecho una definición positiva de la empresa pública. No sólo eso, sino que dada la numerosa y cambiante normativa sobre esta materia, nuestra doctrina ha encontrado ciertas dificultades para

elaborar un concepto de validez general. A ello contribuye también la acentuada polémica de nuestros mercantilistas sobre el concepto de empresa. En todo caso señalaremos aquí algunos criterios esenciales acerca de los que existe prácticamente unanimidad en la doctrina.

En primer lugar, la expresión empresa pública hace referencia a una unidad organizativa que realiza una actividad económica y que está vinculada a la administración pública. Esta amplísima definición debe matizarse en cada uno de sus elementos.

Hablar de unidad administrativa que realiza una actividad económica es como no decir nada, pues una amplísima parcela de los sujetos administrativos ejercen funciones que producen directa o indirectamente efectos sobre la economía del país. Por eso se ha precisado que la empresa pública realiza actividades económicas orientadas al mercado, es decir, se precisa, en palabras de C. Albiñana, "que su actividad esté orientada a la producción de bienes y servicios destinados a ser vendidos en el mercado". Ello excluye a las entidades y órganos que prestan sus servicios mediante tasas. Pero no excluye por sí mismo a las empresas deficitarias que se mantienen total o parcialmente en base a subvenciones públicas, ni tampoco a aquéllas que no persiguen o no persiguen solamente fines de lucro, pues como ha señalado Martín Mateo, lo verdaderamente importante para una empresa no es el afán de lucro, sino "la maximización de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos". El elemento objetivo del mercado significa, pues, pura y simplemente que las adquisiciones por los particulares de las mercancías que produce la empresa ha de ser voluntaria, aunque sus precios se determinen y controlen públicamente, lo que, por lo demás, sucede hoy en día con relación también a la empresa privada.

En segundo lugar se ha hablado de una unidad organizativa vinculada a la administración. También esta expresión es muy amplia, pues abarca desde órganos relativamente autónomos sometidos a relaciones cuasi-jerárquicas hasta sociedades privadas dirigidas y controladas por un ente público. Pues bien, a este respecto la doctrina española y la jurisprudencia (*Cfr.*, por ejemplo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1978) son unánimes en declarar que la publicidad de una empresa se determina por el control que sobre ella ejerce una administración pública. Poco importa, pues, el dato de la personalidad jurídica, si se es o no persona o si se tiene personificación pública o privada. El control, por lo demás, puede lograrse mediante formas de derecho privado (propiedad o posición mayoritaria en la sociedad) o mediante formas de derecho público (creación de un organismo público o ejercicio de potestades exorbitantes de dirección y control); puede ser directo o indirecto. En resumidas cuentas, toda unidad organizativa que produce bienes y servicios para el mercado

y que está sometida, de cualquier forma, al control de una administración pública constituye, en el derecho español, una empresa pública. Ello significa excluir de dicho concepto las participaciones públicas minoritarias, aunque, como es lógico, el régimen de las mismas se regula en algunos aspectos importantes por las normas relativas a la empresa pública.

## B) Las formas de las empresas públicas en el derecho español

Al contrario de lo que sucede respecto al concepto general de la empresa pública, existen en el derecho español datos positivos para proceder a una clasificación de sus formas organizativas. Antes bien, la dificultad que encuentra el jurista en este ámbito es precisamente la opuesta, es decir, el hecho de que existan varios criterios de clasificación plasmados en normas jurídicas, cada uno de los cuales responde a finalidades distintas —organizativas presupuestarias o de contabilidad—. A ello hay que añadir las numerosas excepciones singulares al régimen general que, por necesidades prácticas, han ido apareciendo y las importantes lagunas que contienen algunos textos. No está claro tampoco hasta qué punto las leyes más recientes han derogado las normas anteriores. Por todo ello, los criterios elaborados por la doctrina, si bien coincidentes en lo fundamental, ofrecen divergencias de matiz, a veces muy importantes.

Como ya dijimos, la primera clasificación legal de las formas de las empresas públicas se contiene en la LEEA. Esta distingue entre servicios administrativos sin personalidad jurídica, organismos autónomos y empresas nacionales. Se trata, como señalamos en su momento, de una clasificación bastante arcaica. La LEEA es aún tributaria de la ecuación organización privada-régimen jurídico privado y personificación pública-derecho administrativo, por lo que no recoge las posibilidades de combinación distinta que hoy requiere la empresa pública. Además, peca de excesivo unitarismo, puesto que dentro de cada grupo podían establecerse ya en aquella época y con más razón en nuestros días una serie de subdivisiones. Ello motivó una tendencia generalizada a la fuga del régimen de la LEEA y a la elaboración de disposiciones especiales. El Decreto-ley núm. 27/1962 de 19 de julio, reorganizador de la RENFE marcó un hito en este sentido, al regular dicho ente como persona jurídica pública sometida por entero a un régimen privado de gestión.

En otro sentido, la dependencia orgánica de las distintas empresas y su forma de control originaba también diferencias de régimen jurídico. De ahí que el sistema de Cuentas Nacionales distinguiese en 1966 entre organismos autónomos industriales y comerciales, empresas del Estado, empresas nacionales del grupo INI, empresas nacionales no pertenecientes al INI y empresas privadas controladas.

Por último, la LGP ha venido a establecer una nueva clasificación a efectos presupuestarios y de control: organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos y sociedades estatales que, a su vez, pueden ser sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos y entidades de derecho público con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Aparte de la contradicción que supone denominar "sociedades estatales" a entes con personificación pública, la LGP adolece de algunas lagunas, como la de no incluir a las sociedades privadas de participación estatal minoritaria pero controladas por medios exorbitantes, a la par que no define claramente el concepto y régimen de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos.

Partiendo de estas distinciones y de las normas especiales aplicables, consideramos necesario proceder a una clasificación integrativa. Para ello distinguiremos tres grandes grupos de empresas públicas: servicios centralizados, organismos autónomos y sociedades privadas. Dentro de cada uno será preciso señalar otros subgrupos específicos.

### 1. *Los servicios centralizados*

Son unidades administrativas sin personalidad jurídica, pero que gozan de una cierta autonomía funcional y contable. La LEEA distinguía dos subespecies: los dotados por medio de subvenciones y los creados para la administración de fondos especiales. Los primeros son meros apéndices de la administración general, sin presupuesto ni contabilidad propios, cuyas dimensiones son adoptadas por el ministerio o autoridad central correspondiente. Los segundos gozan de un presupuesto y contabilidad propios, sus decisiones se someten a la aprobación del ministro y les son de aplicación, en términos generales, las normas relativas a la gestión de los organismos autónomos. Naturalmente no es ésta la forma más idónea para gestionar una empresa pública, pues las actividades características de ésta exigen un amplio margen de autonomía. Por ello el número de los servicios centralizados dedicados a una explotación industrial o comercial no ha sido nunca muy elevado en nuestro derecho. No sólo eso, sino que hoy se trata de un sistema a extinguir, puesto que la disposición transitoria quinta de la LGP autoriza al Gobierno para que fije, mediante decreto, la situación jurídica de tales servicios, bien integrándolos plenamente en los presupuestos generales del Estado, con la especificación de créditos que proceda, bien transformándolos pura y simplemente en organismos autónomos. Por ello no creemos necesario detenernos más en este punto.

## 2. Los organismos autónomos

Esta categoría se corresponde con la de los *établissements publics* de carácter comercial e industrial del derecho francés y, aunque con mayores diferencias, con las *public corporations* anglosajonas. Sin embargo, en nuestro derecho son comunes las excepciones al régimen general —o a los regímenes generales— y no es fácil señalar unas reglas de aplicación universalmente válidas para todas las empresas públicas encuadrables en este grupo. Son personas jurídicas públicas que realizan actividades de carácter empresarial, sometidas con más o menos excepciones al derecho privado. Se crean y extinguen mediante ley y es precisamente su ley institutiva, su estatuto, el que determina el régimen de su organización y actividades. Más allá de esto, poco puede decirse con carácter general, pues si algunas se someten supletoriamente a las reglas de organización y actividad de la LEEA, otras, las más importantes, han sido tajantemente excluidas de dicha regulación. En cuanto a sus controles, la LGP distingue entre dos tipos de empresas públicas con forma de organismos autónomos, aparte de reconocer la subsistencia de “las Leyes especiales en la materia” (artículo 1). Para proceder a su sistematización hemos de distinguir forzosamente tres órdenes de cuestiones.

a) *Organización interna.* El régimen general se halla en la LEEA. Estos organismos están adscritos a un determinado departamento ministerial (artículo 6-3). Sus presidentes y directores generales serán nombrados por el gobierno, cuando ostenten al menos la asimilación correspondiente a director general y salvo que lo sean con carácter nato por razón del cargo que desempeñen (artículo 9). La designación de los consejeros, vocales y personal directivo se atribuye a la competencia del ministerio respectivo (artículo 9), que los nombra y separa libremente. El régimen de sus acuerdos y de las reclamaciones y recursos se adapta en general, con pequeñas variaciones, a lo dispuesto en las normas relativas a la administración del Estado (en especial en la Ley de Procedimiento Administrativo). El personal a su servicio está constituido por funcionarios del Estado destinados al servicio del organismo autónomo de que se trate, por funcionarios públicos del propio organismo y por trabajadores vinculados por una relación jurídica laboral (artículos 79 a 83).

Estas reglas sufren determinadas alteraciones en los regímenes especiales. En algunos casos se exige del personal directivo una cualificación profesional y técnica (INI), o un conocimiento de los problemas inherentes a la gestión de la empresa (RENFE). En muchos supuestos, los asientos de los órganos superiores de decisión o consejos de administración se distribuyen entre distintos departamentos ministeriales, al objeto de buscar una coordinación interdepartamental en el seno del propio ente. Así sucede en el consejo de administración del INI o del Instituto de Crédito Oficial.

En otras ocasiones, los directivos son todos altos funcionarios del Ministerio al que está adscrito el ente, como en la Administración Turística Española, lo que significa un reforzamiento de la dependencia interna, o bien son nombrados por el propio consejo de administración, pero se concede a un ministro la facultad de veto, como al de Hacienda respecto a la Caja Postal de Ahorros. Por último, no faltan los casos en que se añaden a los representantes de la administración central otros que lo son de otras administraciones o sectores económicos interesados y que o bien toman asiento en el consejo de administración o bien constituyen órganos específicos de asesoramiento y consulta, tal como ocurre en la Administración de los Puertos Autónomos.

Quizá la institución más singular esté constituida por la presencia de un delegado del gobierno, independiente del consejo de administración, en algunos organismos autónomos. El caso paradigmático lo constituye la organización de la RENFE, reformada por Decreto-ley de 23 de julio de 1964. Los doce miembros de su consejo son nombrados por el Gobierno, en virtud de su conocimiento de los problemas inherentes a la gestión de la Red. El presidente se elige entre los consejeros y es nombrado por decreto. El Consejo nombra y separa también al director. Aparte de ello existe un delegado del Gobierno, que ejerce de modo permanente las funciones correspondientes a éste en relación con la RENFE. Desde 1969 (Decreto de 9 de mayo) el delegado del Gobierno es al mismo tiempo el presidente del consejo. Su misión consiste en informar al Gobierno sobre todos los asuntos de interés, vigilar el cumplimiento de las obligaciones legales por parte del organismo y adoptar, descentralizadamente, ciertas decisiones propias de la administración central, tales como el establecimiento, modificación o supresión de pasos a nivel, tramitar los expedientes de expropiación, etcétera. Por último se instituye también, como órgano interno, un delegado del ministerio de Hacienda, cuya misión es la de vigilar e informar sobre todos los aspectos financieros de la Red. Tiene voz en el consejo de administración, pero no voto, aunque, como al delegado del gobierno, le compete una facultad de veto suspensivo de los acuerdos del consejo. Si el veto de uno u otro no es aprobado por el gobierno, el acuerdo se entiende aprobado. Obvio es decir que tanto el delegado del gobierno como el del Ministerio de Hacienda poseen amplias facultades de información y de inspección sobre todos los particulares de la gestión del organismo. Esta fórmula, con ciertas diferencias, se ha reproducido en otras normas, como, por ejemplo, las que regulan los puestos autónomos. Significa un intento de descentralización de los controles administrativos y una nueva fórmula de coordinación, al interno del propio ente autónomo, cuya virtualidad, si bien no es generalizable, no debe menospreciarse.

b) *Régimen externo.* La LEEA equiparó sustancialmente el régimen de los organismos autónomos de carácter comercial o industrial al de los

organismos administrativos, si bien con algunas excepciones, dispersas en su articulado. Las normas posteriores reguladoras de cada institución han aumentado la tendencia a incluir sus actividades en el tráfico jurídico privado, unas más y otras menos, llegándose a señalar en el caso de la RENFE que el organismo realiza sus actividades en base a lo previsto en sus estatutos y, en su defecto, con sometimiento al derecho privado (artículo 4 del Estatuto de RENFE). Se reconoce, pues, también en nuestro derecho la existencia de empresas con personalidad pública y régimen privado de gestión. Ahora bien esta modalidad no se ha impuesto aún con carácter general y, en todo caso, subsisten una serie de reglas exorbitantes que es necesario señalar.

Por lo que respecta al patrimonio de estos entes, el artículo 10 de la LEEA señala que los bienes que el Estado adscriba a los mismos conservarán su calificación jurídica originaria, es decir su carácter de bienes de dominio público o patrimoniales que, incluso estos últimos, están sometidos a un régimen de especial protección pública. Los organismos autónomos a los que se afectan tales bienes no adquieren su propiedad sino sólo un derecho de uso y deberán utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de sus fines, bien en forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o frutos.

Estos organismos no podrán realizar funciones que no les estén expresamente encomendadas por sus leyes institutivas (artículo 7 LEEA). Es decir, sus actividades vienen limitadas por la ley, lo que supone de por sí una limitación que no afecta, en principio, a las sociedades privadas, aunque a veces se describan tales funciones como mucha laxitud.

En cuanto a su contratación parece que, salvo disposición en contrario, estos entes han de regirse por las normas aplicables a la administración del Estado y, por tanto, mediante un régimen de derecho público. Ahora bien, aquí cabe introducir toda una serie de matizaciones que desvirtúan por completo esta primera impresión. Por un lado, no todos los contratos realizados por la administración se someten por entero, en nuestro derecho, a un régimen exorbitante. Existe entre nosotros la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración. Pues bien, según la disposición final 2.a. de la Ley de Contratos del Estado (LCE), los que celebran los organismos autónomos se ajustarán a las reglas de los contratos administrativos sólo cuando se trate de los contratos típicos de obras, servicios y suministros. Todos los demás deben regularse en principio por las normas relativas a los llamados contratos privados de la administración. Estos se rigen por el derecho administrativo sólo en lo que se refiere a la preparación y adjudicación del contrato, mientras que en los demás aspectos se aplica supletoriamente el derecho privado. Pero es que además, el artículo 398 del Reglamento General de Contratación, comprendiendo las dificultades que este régimen puede originar para aquellos organismos que producen

permanentemente bienes o servicios para el mercado, ha dispuesto que no será de aplicación la legislación de contratos del Estado cuando “la naturaleza del tráfico que realizan sea de todo punto incompatible con las reglas de aquélla”. Esta excepción general a las normas exorbitantes del derecho común encuentra, por lo demás, numerosas confirmaciones específicas en las leyes reguladoras de los distintos organismos administrativos. En consecuencia, podemos afirmar, sin duda alguna, que es una característica común a los mismos su sujeción a un régimen externo de derecho privado, fundamentalmente.

No obsta a dicha conclusión el hecho de que las tarifas de los bienes y servicios que producen se determinen por el Gobierno (artículo 11 LEEA) ni que en ocasiones sean financiados en todo o en parte por medios públicos. La regulación de los precios y las subvenciones presupuestarias son fenómenos generalizados en todas las sociedades neocapitalistas y que afectan o benefician igualmente a las empresas privadas. Tampoco es un argumento decisivo en contrario la imposibilidad de exigir por la vía de apremio las obligaciones contraídas por los organismos autónomos (excepción hecha de los créditos liquidados a favor de la hacienda pública y de los asegurados con prenda o hipoteca) (artículo 13 LEEA), ya que, si bien constituye una regla exorbitante, su alcance no es tan amplio como para invalidar nuestra conclusión, aparte de que el acreedor particular queda siempre garantizado a través de la posibilidad de habilitar créditos presupuestarios para su satisfacción.

Dicho lo cual, sólo cabe añadir que la tendencia actual de nuestra doctrina y de nuestro ordenamiento es precisamente la de superar las últimas consecuencias de la rígida distinción entre entes públicos sometidos al derecho administrativo y sociedades anónimas mercantiles bajo control público. Así lo demuestra no sólo una abundante normativa especial, sino también la nueva clasificación de las empresas públicas a efectos de control que establece la Ley General Presupuestaria.

c) *La clasificación de los organismos autónomos a efectos de control.* La Ley General Presupuestaria ha dividido a las empresas públicas con forma de organismos autónomos en dos grandes grupos, a efectos del control presupuestario, interno y contable. Por un lado, los llamados “organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos”, que la Ley incluye en el género de los organismos autónomos, junto a los de carácter administrativo (artículo 4), aunque después establezca sustanciales diferencias de régimen entre ambos subtipos. En segundo lugar, las “entidades de derecho público que hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”, entidades que se definen junto a las sociedades mercantiles públicas bajo el concepto de “sociedades estatales” (artículo 6).

De los organismos autónomos dice la Ley que se regularán por las disposiciones de la misma y por las demás normas que les sean aplicables en las materias no reguladas por ella. Es decir, que la normativa aplicable a los mismos está constituida: a) Por la LGP en materia de control presupuestario, interno y contable; b) Por sus propias leyes institutivas en todas las demás materias; c) Como derecho supletorio, por las normas a que se remita su ley propia, ya sean las disposiciones de la LEEA que continúan en vigor, o sea, las que no se refieren a la hacienda pública, ya sean las normas del derecho privado o del derecho administrativo, en su caso, con las particularidades que ya hemos examinado. De acuerdo con el artículo 83 de la LGP, el Gobierno ha señalado mediante Real Decreto núm. 1097/1977 de 1 de abril, los entes que se entienden incluidos en el concepto de "organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos". Se trata de la mayoría de los organismos autónomos que pueden incluirse en el concepto de empresa pública: Patronatos de casas de Funcionarios, Juntas de Puertos, Puertos Autónomos, Aeropuertos Nacionales, Confederaciones Hidrográficas, Canales, Instituto Nacional de Industria, Instituto de Crédito Oficial, Caja Postal de Ahorros, Instituto Nacional de la Vivienda, Instituto Nacional de Urbanización, Boletín Oficial del Estado, Editora Nacional, Teatros Nacionales, Administración Turística Española, etcétera. La lista es, como puede verse, muy heterogénea, pues incluye organismos dedicados a la gestión de obras y servicios públicos junto a otros que muy bien podrían operar en régimen de derecho privado y junto a los que podríamos denominar, con terminología italiana, entes de gestión, tales como el INI y el ICO.

Las restantes empresas públicas con personalidad jurídica pública se incluyen bajo el epígrafe de "sociedades estatales". Con ello se pretende subrayar su sometimiento a un régimen privado de gestión y su equiparación a las sociedades mercantiles en mano pública a efectos de control. Pero si tal equiparación es elogiada, no parece acertado denominar a estos entes "sociedades estatales", pues es evidente que no son sociedades. La LGP incurre aquí en un grave equívoco, igual que cuando señala que las "sociedades estatales se regirán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley". Ello es válido para las sociedades mercantiles, pero no para las entidades de derecho público que ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Estas entidades, como personas jurídicas públicas, se rigen por un estatuto que determina su organización interna y contiene algunas especialidades en materia de controles, sobre todo en lo relativo a los controles llamados orgánicos. El régimen jurídico de sus órganos de dirección —incluyendo aquí a los órganos internos de control, tales como los delegados del Gobierno o de Hacienda— es el que se contiene en el estatuto de cada

ente, normas éstas que han de considerarse vigentes en virtud del artículo 1 de la propia LGP.

Lo que esta última ley general ha querido subrayar es, por un lado, que en materia de controles presupuestarios, administrativos y contables, el régimen de estas entidades públicas se equipara, salvo excepciones, al esquema previsto para las sociedades mercantiles dependientes del Estado y, por otro, que, con independencia de especificidades concretas, el derecho supletorio general por lo que se refiere a las actividades externas de dichos entes está constituido por el ordenamiento mercantil, civil o laboral. En resumen, las "entidades de derecho público con personalidad jurídica del artículo 6-1 de la LGP" se rigen: a) Por sus leyes institutivas; b) Por la LGP en cuanto al régimen de controles que ella establece; c) Por el derecho privado, supletoriamente, en cuanto a su régimen externo; d) Por el derecho administrativo, supletoriamente, en cuanto a su organización y funcionamiento interno.

El prototipo de estas entidades públicas es, como ya dijimos, la RENFE. El recientemente aprobado estatuto del ente público Radiotelevisión Española (RTVE), antes servicio administrativo funcionalmente descentralizado, se orienta también en esta dirección. Ello prueba las posibilidades que abre esta nueva fórmula, ya consagrada en el derecho comparado, pero que entre nosotros constituye tan sólo una línea tendencial que tropieza con numerosas resistencias. La superación de situaciones administrativas históricamente consolidadas no es nunca fácil y, como venimos observando, nuestra legislación sobre la empresa pública es una buena muestra de como las barreras que empiezan a superarse mediante normas específicas reaparecen de tanto en tanto en leyes generales de contenido sectorial. Lo que no ha existido hasta la fecha es un estatuto de la empresa pública que, como ley-marco, reordene todo este régimen disperso con la necesaria flexibilidad.

### 3. *Las sociedades mercantiles bajo control público*

Bajo esta denominación englobamos a todas las empresas con personalidad jurídica privada controladas por el Estado o por los organismos autónomos. Estas sociedades han recibido diversos nombres en nuestro derecho positivo, nunca satisfactorios, pues, aparte de las deficiencias terminológicas, no han sido nunca omnicomprensivos de las distintas variedades existentes en nuestro ordenamiento. La LEEA utilizaba el concepto de "empresas nacionales" definiéndolas como "aquéllas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas" (artículo 4), a lo que añadía que tienen la forma de sociedades anónimas (artículo 92) y que se rigen por

las normas de derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en la propia LEEA y en las disposiciones especiales (artículo 91). La LGP las define como "sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos" (artículo 6-1) incluyéndolas en el concepto genérico de "sociedades estatales" que en puridad sólo a ellas corresponde.

Sin embargo, en nuestro derecho cabe distinguir entre empresas públicas con forma privada o sociedades mercantiles públicas de régimen general y de régimen especial. Lo que caracteriza a todas ellas es que sus actividades externas se rigen por el derecho mercantil, civil y laboral, sin excepción, como señala el artículo 6-2 de la LGP. Pero se diferencian en cuanto a su organización interna y régimen de controles.

Las primeras son aquéllas en las que el Estado (o un organismo autónomo) tiene el control de la sociedad en base a fórmulas de derecho privado, es decir, por ostentar la titularidad del paquete mayoritario de acciones. En este sentido no hay ninguna diferencia de relieve con las sociedades privadas, a efectos de organización, salvo la posibilidad de constituir sociedades con un solo socio, cuando el Estado tenga el 100 por 100 de las acciones, supuesto contemplado en la propia Ley de Sociedades Anónimas. El ministerio u organismo gestor de las participaciones nombra a los representantes del capital público en el seno del consejo de administración. El propio ministerio u organismo deciden, con independencia de lo que se expondrá en materia de control, sobre la adquisición y venta de las participaciones, salvo cuando ello suponga adquirir o perder la cualidad de socio mayoritario, caso en el que se necesita acuerdo del Consejo de Ministros. Este mismo acuerdo es necesario para crear *ex nova* una sociedad mercantil en mano pública. El régimen de controles es el que se regula en la LGP.

Las sociedades mercantiles públicas de normativa especial son aquellas en las que el Estado, siendo o no socio mayoritario, establece un sistema público, exorbitante, de control. En algunos casos, el Estado se reserva la posición mayoritaria (Tabacalera S.A.); en otros, determinado número de puestos en el consejo de administración (tres en la Compañía Telefónica, dos en la Nueva Compañía Arrendataria de las Salinas de Torre Vieja, cuatro de diez en el Consorcio Nacional Almadrabetero); en algún caso, por último, se exige la aprobación por el ministro de Hacienda de los nombramientos de los altos cargos directivos (CAMPSA). En todos ellos se contempla la figura del delegado del Gobierno, que cumple funciones varias de vigilancia, información, fiscalización y reglamentación, ejerciendo además un derecho de veto suspensivo. La LGP no incluye a estas sociedades en el sistema de controles que establece.

Del concepto de empresa pública excluimos a aquellas sociedades en las que el Estado o un organismo autónomo tiene una participación minoritaria. Baste con señalar al respecto que en estos casos el ministerio u organismo participante (o una empresa pública, en el caso de las participaciones indirectas) designa los representantes del capital público en el seno de los respectivos consejos de administración, decidiendo además sobre la adquisición y venta de participaciones, con sometimiento en este caso a los correspondientes controles presupuestarios, internos y contables.

Por último, de lo hasta ahora dicho se deduce que nos ocupamos tan sólo de las empresas integradas en el sector público estatal. No obstante, existen también en nuestro derecho empresas dependientes de las Corporaciones Locales y previsiblemente habrán de crearse nuevas empresas públicas bajo el control de las Comunidades Autónomas, como permiten los Estatutos catalán y vasco, ya aprobados. La relativa importancia práctica de las empresas bajo control local, nos exime, sin embargo, de un tratamiento exhaustivo de su régimen jurídico, que, en cualquier caso, no presenta novedades de relieve con relación al régimen estatal.

En resumen, las empresas públicas en el derecho español pueden clasificarse según el siguiente esquema.

1. Servicios sin personalidad jurídica (a extinguir).
2. Organismos autónomos:
  - a) De carácter comercial, industrial, financiero y análogos:
    - de régimen general (sometidos a la LGP y a la LEEA).
    - de régimen especial (sometidos a la LGP y excluidos de la LEEA).
  - b) Entidades de derecho público con personalidad jurídica sometidos a un régimen privado de gestión y a los controles previstos en la LGP para las "sociedades estatales".
3. Sociedades mercantiles estatales:
  - a) De régimen general (sometidas a la LGP).
  - b) De régimen especial.
4. Empresas públicas dependientes de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas.

## C) El control de las empresas públicas en España

Por control de la empresa pública entendemos aquí la posibilidad de los órganos del Estado —legislativos, ejecutivos y judiciales— o de los representantes de diversos intereses sociales de incidir jurídicamente en la actividad de una empresa pública y de comprobar sus resultados, sancionando de una u otra forma las disfuncionalidades que pudieran presentarse. En este concepto amplísimo englobamos toda una serie de relaciones interorgánicas e intersubjetivas de dirección, de coordinación o de control, en sentido estricto; relaciones entre diversos sujetos constitucionales, relaciones interadministrativas y relaciones de participación ciudadana. En gran medida nos referimos a conceptos de la teoría jurídica de la organización, constitucional y administrativa, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que en toda sociedad y en toda administración modernas, las funciones características del control como comprobación y sanción son insuficientes y que, como ha señalado entre nosotros Tomás-Ramón Fernández, “el primero y más serio control consiste siempre en la definición precisa de las esferas de competencia, actuación y responsabilidad, y esto es pura y simplemente organización”.

Hecha esta precisión conviene distinguir, sin embargo, entre los diferentes tipos de control *lato sensu*. Utilizando un criterio subjetivo, podríamos hablar de los controles parlamentario, ejecutivo, judicial, del control de los órganos independientes de contabilidad, como es en España el Tribunal de Cuentas y, por último, de los controles ejercidos por representantes de determinadas categorías de ciudadanos, como los trabajadores y los usuarios. En el ámbito de los controles del ejecutivo, cabría hacer nuevas precisiones en virtud de los órganos o entes gubernativos y administrativos titulares del control o en base al carácter concentrado o disperso con que se ejerce; podríamos aludir también al carácter *directo* o *indirecto* del control, en la terminología de Brewer-Carias, según se ejerza directamente por la administración central o a través de un ente interpuesto.

En base a un criterio objetivo distinguiríamos los *controles orgánicos*, ejercidos directamente sobre las personas responsables de la marcha de la empresa —nombramiento, destitución, sanciones...— de los *controles funcionales* que versan sobre la actividad misma. Dentro de estos últimos deben señalarse varios tipos que, en nuestro derecho, son esencialmente los controles presupuestario, de legalidad, financiero, de eficacia y contable.

Basta, a nuestros efectos, con referirnos a estas distinciones, por lo que nos remitimos para completarlas a otras categorías conceptuales de la teoría general de la organización administrativa, tanto por lo que se refiere a otras clasificaciones —control jerárquico y de tutela, previo y *a posteriori*...— como a las técnicas de control —directrices, informes, autorizaciones, aprobaciones...—

Sistematicamente dividimos nuestra exposición en base a un primer criterio subjetivo, aunque en el caso de los controles presupuestario y contable preferimos ofrecer una visión unitaria y cronológica, por lo que les dedicamos apígrafos diferenciados. Por lo demás, no nos detenemos en los controles orgánicos, que ya han quedado sustancialmente expuestos en el apartado anterior. Finalmente, exponemos tan sólo el régimen general de controles relativos a los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos (en adelante, *organismos autónomos*) y a las *sociedades estatales* (que incluyen a las entidades de derecho público sometidas a un régimen privado de gestión). Seguimos, pues, la terminología de la LGP, por razones de claridad expositiva y nos remitimos a lo ya dicho sobre las peculiaridades de las empresas públicas de régimen especial.

Si tuviésemos que caracterizar, en líneas generales, el sistema español de controles sobre la empresa pública, diríamos que nuestra normativa ha oscilado entre un gravoso régimen de controles previos de legalidad ejercidos por los cuerpos del Ministerio de Hacienda y un permanente intento de fuga hacia el absoluto descontrol. La preocupación por los controles *a posteriori* y externos (parlamentario, judicial y del Tribunal de Cuentas) ha sido escasa, por no decir nula; lo cual es tanto más grave si tenemos en cuenta que, como ha señalado Sosa Wagner, “mientras que los controles *a priori* ayudan a diluir las responsabilidades, el control-sanción, por el contrario, permite conocer con exactitud quiénes han sido los artífices de una buena o mala gestión”. Los controles previos de legalidad, al versar sobre actos concretos, producen, por lo demás, un efecto negativo sobre la dinamicidad y flexibilidad que hoy exige la gestión de una empresa, privada o pública. Sólo al principio de los años setenta se empieza a poner en práctica un sistema de gestión por programas, al tiempo que se reducen los actos de intervención puntual. La LGP ha consolidado esta línea de tendencia y la Constitución de 1978 ha abierto perspectivas hasta entonces impensables en materia de control externo. En todo caso subsisten muchas reminiscencias del sistema tradicional, vinculadas a intereses corporativos todavía no superados. El régimen actual adolece, por tanto, de una notoria transitoriedad cuya duración es difícil prever.

### 1. *El control parlamentario*

La nueva Constitución española ha establecido las bases imprescindibles para un control parlamentario de la empresa pública, ya que no es suficiente en este sentido disponer de un órgano legislativo, si la división de poderes, el pluralismo político, el sufragio universal libre y la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales no están constitucionalmente garantizados y si no se ejercen efectivamente.

En concreto, las Cortes Generales pueden incidir sobre la gestión de la empresa pública de diversa forma. En primer lugar, mediante el desempeño de su función legislativa: la aprobación de leyes generales y sectoriales, de las leyes específicas de creación de las empresas con personalidad jurídica pública, de los presupuestos y de la cuenta general del Estado y de los planes económicos generales, en su caso, es de competencia de las Cortes. En segundo término, el parlamento influye sobre la actuación de las empresas públicas mediante el ejercicio de la función de codeterminación del programa político gubernativo y de los programas sectoriales. Finalmente, las Cortes ejercen una función de control en sentido estricto a través de una pluralidad de instrumentos. El Gobierno y los ministros responden ante ellas de su gestión, responsabilidad que alcanza lógicamente a las competencias de dirección y tutela que a cada uno corresponden sobre las empresas públicas dependientes de su departamento. Las cámaras pueden formular interpellaciones y preguntas que los miembros del Gobierno deben responder (artículo 111 Constitución). Éstos están obligados a proporcionar al órgano legislativo la información y ayuda que precise (artículo 109) y podrán solicitar que sean funcionarios adscritos a sus departamentos respectivos —los directivos de una empresa pública, por ejemplo— quienes informen a las cámaras (artículo 110-2).

Pero el instrumento más eficaz con que cuentan es probablemente el de las Comisiones de investigación (artículo 76). A través de ellas puede ejercerse un control inspectivo sobre las administraciones públicas que evite las dificultades e inconvenientes de la responsabilidad gubernativa, tanto mayores en aquellos sistemas que, como el español, han constitucionalizado el mecanismo del voto de censura constructivo. Las comisiones tienen las más amplias potestades informativas y toda persona requerida está obligada a comparecer ante ellas, pudiéndose sancionar a quienes inculpan esta obligación (artículo 76-2). Como ya vimos, en virtud de los Pactos de la Moncloa se creó en el Congreso de los Diputados una Subcomisión de vigilancia de las transferencias y subvenciones a las empresas públicas. Sin embargo, el funcionamiento de la misma ha sido casi nulo, por negligencia no sólo imputable al partido del Gobierno. En nuestra opinión estas deficiencias deberían superarse en el futuro, pues dicha Subcomisión u otras semejantes constituyen un instrumento muy idóneo para el conocimiento y vigilancia parlamentarias de la empresa pública, mejor aún del que, por limitaciones de tiempo y reglamentarias, puede realizarse a través de la discusión de los presupuestos. La estructura del parlamento español, cuya cámara alta tiene atribuidas las mismas competencias investigadoras y cumple una función legislativa subsidiaria, ofrece amplias posibilidades en este sentido, ya que buena parte de la acción del Senado podría ser aprovechada para tales tareas. Quizá la práctica parlamentaria, aún incipiente, se oriente en esta dirección.

## 2. *El control presupuestario*

Bajo este epígrafa exponemos todo el procedimiento presupuestario relativo a las empresas públicas, procedimiento en el que intervienen diferentes sujetos constitucionales, de carácter administrativo y parlamentario. La regulación de esta materia se contiene en la LGP, aunque la Constitución ha introducido modificaciones sustanciales que señalaremos en su momento.

Sabido es que uno de los principios básicos del derecho presupuestario es el principio de universalidad: el órgano legislativo debe conocer y aprobar todos los gastos públicos del Estado para el ejercicio que se inicia. Ahora bien, este principio puede ser interpretado de manera más o menos rígida o más o menos flexible. Por lo que se refiere a las empresas públicas es normal que se produzcan fugas a dicho principio, bien porque no se inscriben en el presupuesto todos sus gastos e ingresos, bien porque se incluyen de forma genérica o poco detallada, bien porque se arbitra la posibilidad de realizar gastos u obtener ingresos extrapresupuestarios. Desde luego, la dinamicidad de gestión que requiere una empresa pública se compagina mal con una previsión estricta de sus gastos e ingresos. En este sentido no puede equiparse jamás a un servicio administrativo centralizado. Sin embargo, es frecuente que, aún amparándose en esta diferencia objetiva, se intente sustraer esta parcela del gasto público al control del parlamento. Veamos cuál es la solución que ofrece la LGP, que distingue entre los organismos autónomos y las sociedades estatales.

a) Los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos, elaborarán antes del 1 de mayo de cada año los anteproyectos de presupuestos del ejercicio siguiente (artículos 11 y 54 LGP), según la estructura que determine el Ministerio de Hacienda (artículo 83-2). Este presupuesto será *de explotación y capital* y tiene el siguiente contenido: a) Un estado de *recursos*, con las correspondientes estimaciones para el ejercicio; b) Un estado de *dotaciones*, con la evaluación de las necesidades para el desarrollo de sus actividades en el ejercicio (artículo 83-2). Tales dotaciones se clasifican de la siguiente forma: a) *Estimativas*, que son las que recogen variaciones de activo y pasivo y las existencias en almacenes; b) *Limitativas*, las destinadas a remuneraciones de los funcionarios del organismo, las subvenciones corrientes y los gastos de capital; c) *Ampliables*, que se determinan en función de los recursos efectivamente obtenidos (artículo 83-3). Como veremos, esta clasificación de las dotaciones tienen gran importancia a efectos de control interno. En todo caso, el Ministerio de Hacienda puede ampliar las dotaciones para subvenciones corrientes si está previamente establecido que hayan de fijarse en función de los ingresos realizados (artículo 83-4). Al anteproyecto de presupuesto, los organismos autónomos han de unir una *memoria* expresiva de la labor realizada y de

los objetivos a alcanzar, así como una evaluación económica de los *proyectos de inversiones* que se pretendan iniciar (artículo 83-5). En algunos casos, como el del INI, se incluye un verdadero programa de actuación, inversiones y financiación, global y distinto del de cada una de sus empresas.

Los anteproyectos de presupuestos de los organismos autónomos se remiten a los correspondientes departamentos ministeriales, lo que da lugar a un primer control, y posteriormente son remitidos al Ministerio de Hacienda, que centraliza los controles internos en materia presupuestaria (artículo 54). El Ministerio de Hacienda elabora un resumen de los anteproyectos de todos los presupuestos de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos, y es ese resumen el que se transmite al Gobierno (artículo 84) para que lo una al proyecto de presupuestos Generales del Estado. El Gobierno ha de enviar al Congreso de los Diputados (cámara baja) el proyecto de presupuesto antes del 15 de octubre del año anterior, y a ese proyecto se ha de unir el presupuesto-resumen de tales organismos (artículo 51-2).

En consecuencia, según el esquema de la LGP, el parlamento puede pronunciarse tan sólo dicho presupuesto-resumen, cuyo grado de detalle fija reglamentariamente el Ministerio de Hacienda (artículo 54). Lo cual significa un aumento considerable de las potestades de control de este departamento, habida cuenta de que muchos organismos se hallaban excluidos de la LEEA y que contaban, antes de la aprobación de la LGP con un régimen más flexible de control (caso del INI, por ejemplo). Al mismo tiempo implica una concepción muy restrictiva del control parlamentario sobre el presupuesto de tales organismos.

Esta restricción viene en parte compensada por la obligación de incluir en la documentación anexa al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, las memorias explicativas de su contenido y, sobre todo, el *presupuesto consolidado* del sector público, en el que se incluyen, pues, la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos autónomos. De esta manera se permite al menos a los diputados tener conocimiento detallado de las actividades de tales organismos, aunque no pueden discutir y aprobar las mismas.

Para terminar, digamos que la LGP ha previsto también ciertos instrumentos para garantizar la necesaria flexibilidad presupuestaria, tales como un fondo de acción coyuntural, del que puede disponer el Gobierno con ciertas limitaciones (artículo 57), la posibilidad de efectuar transferencias y, por último, la de habilitar créditos extraordinarios o suplementarios, no contemplados en los presupuestos. Por lo que se refiere a los organismos autónomos que nos interesan, la habilitación para percibir estos créditos ha de concederla el Ministerio de Hacienda, si exceden el 2 por 100 del presupuesto del organismo, y el Gobierno si exceden del 10 por 100 (artículo 64).

b) Por lo que se refiere a las sociedades estatales (sociedades mercantiles o entidades públicas) la LGP ha aumentado también los controles del Ministerio de Hacienda, sin incrementar sustancialmente los de tipo parlamentario.

La variante fundamental con relación a estas empresas consiste en la sustitución de la rigidez presupuestaria y de los controles previos por el método de la programación. Este sistema tiene su origen en el Decreto-ley de 24 de diciembre de 1970 que regulaba la organización y actividades del INI y que ahora se extiende también a las empresas que no dependen del Instituto. En aquella época se ligaba a la actuación de los Planes de Desarrollo, idea que persiste en la LGP, puesto que señala que los programas de las sociedades estatales responderán a las previsiones plurianuales oportunamente elaboradas. Hoy en día no existen planes generales de desarrollo, aunque sí planes sectoriales, como el recientemente aprobado Plan Energético Nacional. En cualquier caso el método de la programación, siquiera anual, subsiste y en el futuro podrá vincularse a los planes generales que, en su caso, puedan elaborarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 de la Constitución.

Según el artículo 87-1 de la LGP, las sociedades estatales elaborarán anualmente un *programa de actuación, inversiones y financiación* (PAIF), cuya estructura determina el Ministerio de Hacienda y que habrán de tener el siguiente contenido: a) Un estado en el que se recogerán las inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio social; b) Un estado en el que se especificarán las aportaciones del Estado o de sus organismos autónomos partícipes en el capital de las mismas, así como las demás fuentes de financiación de sus inversiones; c) La expresión de los objetivos a alcanzar en el ejercicio y, entre ellos, las rentas que espera general; d) Una memoria de la evaluación económica de la inversión o inversiones que vayan a iniciarse en el ejercicio. Cada sociedad ha de elaborar su PAIF antes del 1º de junio de cada año, junto con una memoria explicativa (artículo 89-1). Los programas se someten al acuerdo del Gobierno antes del 15 de septiembre, a propuesta del Ministro de Hacienda o del Jefe del departamento al que esté adscrito el organismo autónomo partícipe en el capital de las respectivas sociedades, previo informe del de Hacienda en este último caso (artículo 98-2). La aprobación del programa por el Gobierno implica, como es lógico la de todas las operaciones, ingresos y gastos a que dé lugar el mismo. Sin embargo, estos programas no se someten a la aprobación de las Cortes. El artículo 89-3 señala tan sólo que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado. Aunque del artículo 54 se desprende que deben incluirse en la documentación anexa a los presupuestos generales del Estado. Asimismo debe entenderse —y es práctica realizada— que en los presupuestos consolidados del sector público, que se unen a dicha documentación anexa, deben cons-

tar también los presupuestos consolidados de las sociedades estatales. Al igual que en el caso de los organismos públicos cabe decir que ello supone, al menos, proporcionar a los parlamentarios una información que, bien utilizada, puede dar lugar a una extensión efectiva del control de la empresa pública por el máximo órgano representativo del Estado.

Aparte de los PAIF, si una sociedad recibe subvenciones corrientes con cargo a los presupuestos generales del Estado, ha de elaborar también anualmente un presupuesto de explotación o de capital, si la subvención fuera de esta clase, cuya estructura determina el Ministerio de Hacienda (artículos 87-4 y 88-1). Tales presupuestos se remiten por conducto del departamento u organismos del que dependa la sociedad al Ministerio de Hacienda junto con una memoria explicativa. Este ministerio somete su aprobación al Gobierno antes del 15 de octubre (artículo 90).

Las sociedades estatales pueden también estipular convenios con el Estado, que den lugar a regímenes especiales (artículo 91). Estos convenios sustituyen a los respectivos PAIF, aunque no a los presupuestos de explotación a que antes hemos hecho referencia. Entre otras previsiones, tales convenios han de especificar el control que sobre su ejecución corresponde al Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de los controles que correspondan al departamento u organismo autónomo del que dependan. En estos casos el método de la programación es sustituido por una especie de acción concertada, correspondiente a los contratos-programa característicos del derecho francés, aunque no se ve bien que tipo de controles han de corresponder a Hacienda, que actúa aquí entre otras cosas como representante de una de las partes contratantes.

Por último, se establecen unas reglas de flexibilización del sistema. Los organismos autónomos podrán incrementar hasta un 5 por 100 la cifra total de financiación que dediquen a la financiación de los programas de las sociedades dependientes del mismo. En los demás casos se requiere autorización del Gobierno. En caso de que existan presupuestos de explotación y capital, el Ministerio de Hacienda puede autorizar variaciones cuyo importe no exceda del 5 por 100 del respectivo presupuesto. En los demás casos, la competencia corresponde también al Gobierno.

Hasta aquí la Ley General Presupuestaria que, como hemos subrayado, confiere una mayor relevancia controladora al Ministerio de Hacienda que al propio parlamento. Ahora bien, el artículo 134-2 de la Constitución dispone que los presupuestos generales del Estado "*incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal. . .*". No cabe duda de que dentro del sector público se encuentran las empresas públicas, ya sean organismos autónomos o sociedades estatales. Ello quiere decir que los presupuestos de estas empresas deben incluirse en los generales del Estado y no sólo como presupuesto consolidado adjunto como documentación anexa. El propio

artículo 134 es muy claro al especificar que los presupuestos del Estado se han de someter al "examen, enmienda, y aprobación" de las Cortes Generales. Lo que no dice la Constitución es en qué forma se han de incluir en los presupuestos del Estado los de las empresas públicas, si formando un todo unitario o como presupuestos separados y adjuntos; si como presupuestos detallados o presupuestos-resumen; si como presupuesto de explotación o capital o como programas de inversión, actuación y financiamiento. Sea como fuere, es evidente que la LGP ha de reformarse prontamente para permitir que las Cortes se pronuncien en vía de control presupuestario sobre los ingresos y gastos de las sociedades estatales.

### 3. *Los controles internos o administrativos*

En el derecho español son controles pluriformes que reciben los nombres de intervención o control de legalidad previo, auditoría, control financiero y control de eficacia. Todos ellos se hallan definidos, con más o menos precisión, en la LGP, que, a estos efectos, ha sido desarrollada, en cumplimiento de lo acordado en los Pactos de la Moncloa, por el Decreto 1124/1978 de 12 de mayo. La Constitución los ha elevado al rango de principios máximos, al disponer, en el artículo 103-1 que la administración (las administraciones públicas en general) actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y en el artículo 31 que la programación y ejecución del gasto público responderán a criterios de eficiencia y economía.

a) La intervención o control de legalidad previo no debería tener gran aplicación en el ámbito de las empresas públicas. Efectivamente no existe en absoluto respecto de las sociedades estatales, en unos casos por constituir verdaderas sociedades anónimas y en los supuestos de los entes públicos sometidos a un régimen privado de gestión por exclusión expresa *ex* artículo 100 c, de la LGP. El control de legalidad de estos entes se ejerce a través de sus cuentas justificativas. Sin embargo, sí que existe con relación a los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Según el artículo 100 de la LGP las reglas sobre la intervención de los servicios administrativos se aplican a estos organismos respecto de las dotaciones de sus presupuestos de explotación y capital que tengan carácter limitativo o ampliable. La función controladora se lleva a cabo por un cuerpo especial del Ministerio de Hacienda denominado la Intervención General de la Administración del Estado al que el sistema español atribuye responsabilidades de primer orden. Además se prescribe que las disposiciones de fondos que libre el jefe o funcionario que en cada organismo autónomo sea competente serán intervenidas *en todo caso* por el interventor adscrito al mismo. Todo ello constituye un entorpecimiento criticable de las actividades de estos organismos, entre los que, recuérdese, se encuentran nada menos que el INI,

el ICO o la Caja Postal de Ahorros, por poner en ejemplo. La LGP se ha hecho eco, una vez más, de una de las más características deficiencias del régimen de la empresa pública española, que se compagina mal con los principios de eficacia administrativa y de eficiencia en la ejecución del gasto público de los artículos 103 y 31 de la Constitución. El necesario control de legalidad de los organismos autónomos puede realizarse de otro modo, bien a través del control contable o bien mediante procedimientos más flexibles, como el de las inspecciones que realizan órganos de control externos, como sucede en Francia o en Italia.

b) En nuestro derecho tan sólo existe un control de legalidad más ágil y menos burocrático, que es el de auditoría, al que la LGP (artículo 100) sujeta a los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos respecto de las operaciones no contenidas en las dotaciones limitativas o ampliables, lo que, a pesar de todo, significa un avance notable en relación con la normativa de la LEEA. Este control se lleva a cabo por funcionarios del cuerpo de Intervención General y se basa en la comprobación de los ingresos y pagos, documentos y existencias así como en la verificación de libros de contabilidad, balances y demás estados de cuentas. Estas comprobaciones se realizan cuando la Intervención lo estime conveniente y al menos una vez al año. El funcionario que realice el control ha de elevar un informe a la Intervención General para que, previa audiencia del director o presidente del organismo, aquélla o el Gobierno, en caso de discrepancia, adopten las resoluciones que procedan para restaurar la legalidad y deducir, en su caso, las responsabilidades. Dicho informe se ha de remitir también al Tribunal de Cuentas.

c) El control financiero puede ejercerse separada e independientemente del control de legalidad y tiene como fin comprobar el funcionamiento de las empresas públicas en el aspecto económico-financiero (artículo 17-1). Se someten al control tanto los organismos autónomos como las sociedades estatales. En el primer caso su ejercicio compete a la Intervención General; en el segundo se lleva a cabo una acción conjunta por funcionarios de dicho cuerpo y del de inspectores tributarios y financieros, acción que coordina la propia Intervención General. El control financiero puede referirse a la total actuación de una empresa o a operaciones individualizadas de especial importancia económica, en cuyo caso puede ejercerse incluso antes de que tales operaciones se formalicen o concierten. Los funcionarios que llevan a cabo el control han de tener acceso a todas las oficinas, centros y dependencias y a toda la documentación que precisen. Al final deben emitir un informe, que se unirá al expediente correspondiente cuando haya tenido por objeto operaciones individualizadas o a las cuentas anuales correspondientes al ente controlado. El Ministerio de Hacienda da cuenta al Consejo de Ministros de los resultados del control que por su interés y repercusión deban

ser destacados o puedan servir de base para la adopción de criterios uniformes de actuación.

d) El control de eficacia se ejerce mediante el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de las empresas, así como del cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas (artículo 17-2). Tiene, pues, un carácter técnico y un resultado político-administrativo. En el caso de los organismos autónomos se ejerce conjuntamente por la Intervención General y por los departamentos gestores. A la Intervención General le corresponde el establecimiento y dirección, dentro de la contabilidad pública, de un sistema de contabilidad analítica que permita rendir la información necesaria para la toma de decisiones de orden político y de gestión y elaborar una memoria demostrativa del grado en que se hayan cumplido los objetivos programados. A los departamentos gestores les corresponde facilitar la información necesaria que sirve de base a aquella memoria. Aparte de ello, es obvio que cada departamento, en cuanto que gestor o director de un organismo autónomo, podrá adoptar las medidas necesarias para aumentar su eficiencia y, a este objeto, exigir la información precisa. En cuanto a las sociedades estatales, el control de eficacia será ejercido, en iguales términos a los ya expuestos, por el departamento u organismo del que dependan (artículo 88-2). Una memoria general expresiva de los controles de eficacia practicados se unirá anualmente a la Cuenta General del Estado.

A lo ya dicho habría que añadir las funciones directivas que a cada departamento u organismo autónomo competen sobre las empresas públicas de ellos dependientes, salvando la natural autonomía de cada una de ellas. A este propósito merece la pena subrayar la deficiente organización del sector de las empresas públicas en España. Muchas de ellas dependen singularmente de un ministerio, pues no se ha generalizado la fórmula de los entes de gestión intermedios. De estos sólo podemos señalar al ICO, gestor de las entidades de crédito oficial, a MERCASA, gestora de los mercados centrales y, a MERCORSA y al INI. Este engloba empresas y participaciones de muy diverso tipo, sin que se halle en absoluto descentralizado por sectores de actividad. Más grave aún es la falta de coordinación y reestructuración existente que se lleva hasta la consecuencia de permitir la existencia de empresas múltiples, dedicadas a las mismas actividades y dependientes de entes o departamentos distintos, tal como ocurre en el sector petrolero o en el de turismo. Esta falta de orden limita la eficacia de la empresa pública, globalmente considerada.

En cuanto a los controles de legalidad y financiero destaca la posición clave de la Intervención General de la Administración del Estado, posición que refuerza su centralidad en materia de control contable. Desde luego, es imprescindible instituir un control de legalidad, pero no a través de sis-

temas de fiscalización previa que, además son complicados y burocráticos. La experiencia francesa de la Comisión de Verificación es ejemplo loable. En España la multiplicación de los controles previos ha sido constantemente denunciada por la doctrina como nociva para el desarrollo racional de las actividades industriales y comerciales públicas, aparte de sus connotaciones corporativas. Pero es que incluso desde el punto de vista de sus resultados intrínsecos, el control de legalidad deja mucho que desear. En primer lugar porque la Intervención General es un órgano cargado de competencias pero que cuenta con un plantel relativamente exiguo de funcionarios. Por ello no puede atender con la necesaria diligencia a todas las funciones que le están encomendadas. A continuación porque, a pesar de que el artículo 16 de la LGP le reconoce una "plena autonomía" funcional, su dependencia orgánica y jerárquica del Ministerio de Hacienda es muy estrecha. El interventor general es nombrado y separado libremente por el ministro y no tiene acceso independiente al Gobierno.

Las insuficiencias del control del gasto público en general y de las empresas públicas en particular derivan también de la casi absoluta inoperancia del sistema de responsabilidad de los funcionarios y de la menoscabada posición del Tribunal de Cuentas. En efecto, tan sólo un órgano independiente dotado de medios jurídicos, personales y materiales apropiados puede ejercer un control efectivo. No ha sido éste el caso de nuestro Tribunal de Cuentas. Pero este tema es preferible analizarlo en el epígrafe siguiente.

#### 4. *El control contable*

En los países, no sólo latinos, del continente europeo que han recibido la influencia directa del modelo administrativo francés, hablar de contabilidad pública significa referirse ante todo a un Tribunal de Cuentas. También en España la función fiscalizadora máxima del gasto público se ejerce a través de esta institución. Pero en nuestro país dicha función es compartida no sólo con el parlamento, como es natural, sino también con un órgano administrativo, la Intervención General de la Administración del Estado, cuyas competencias en esta materia son amplísimas. Por otra parte, hasta el momento presente el Tribunal de Cuentas ha sufrido un deterioro tal, por falta de las debidas garantías de independencia y sobre todo por falta de medios que casi podríamos decir que el control contable, hasta donde ha existido, ha sido un control tanto o más interno que externo. Dentro de estas coordinadas la LGP ha esquematizado en cierto modo el control contable de las empresas públicas. La nueva Constitución, por su parte, ha previsto un cambio radical del sistema que deberá concretarse en especial a través de una ley orgánica (aprobada por mayoría absoluta) del Tribunal de Cuentas.

El sistema establecido por la LGP es el siguiente. Todas las empresas públicas quedan sometidas al régimen de la contabilidad pública que prevé la propia ley (artículo 122), lo que lleva consigo la obligación de rendir cuentas de sus operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas del Reino por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 123-1).

En materia de contabilidad el Ministerio de Hacienda es titular de una potestad organizativa genérica (artículo 124), mientras que la Intervención General se configura como *centro directivo y gestor* de la contabilidad pública. En cuanto que centro directivo, somete al Ministro de Hacienda el Plan General de Contabilidad pública, aprueba los planes parciales o especiales, promueve el ejercicio de la potestad reglamentaria e inspecciona la contabilidad de los organismos autónomos (artículo 125). Como centro gestor le corresponde formar la Cuenta General del Estado y elaborar las cuentas del sector público, preparar las cuentas que hayan de rendirse al Tribunal de Cuentas, recabar y centralizar la información necesaria a estos efectos y vigilar e impulsar la actividad de las distintas oficinas de contabilidad descentralizadas (artículo 126). Además, tiene la facultad de verificar, por medio de funcionarios designados expresamente, la contabilidad pública (artículo 130).

Las cuentas de las empresas públicas se forman anualmente (artículo 129). Son cuentadantes los presidentes o directores de los organismos autónomos y sociedades estatales (artículo 128). Las cuentas de los organismos autónomos industriales, comerciales, financieros y análogos forman parte de la Cuenta General del Estado y se elaboran conforme a las normas relativas a los servicios de la administración central (artículo 132-1). Las cuentas de las sociedades estatales se unen a la Cuenta General por el Tribunal de Cuentas, se presentan dentro de los seis meses siguientes al término de su ejercicio social y se elaboran en base a las disposiciones que regulan la contabilidad de las empresas privadas (artículos 132-1, 138 y 127). En todo caso se han de remitir al Tribunal de Cuentas copias de la memoria, balance, cuentas de explotación y de pérdidas y ganancias (artículo 138). Tan sólo las cuentas de los organismos autónomos, en cuanto que forman parte de la Cuenta General del Estado se han de remitir por el Tribunal de Cuentas al Gobierno y por éste a las Cortes para su aprobación como ley (artículo 136). De esta manera quedan fuera del control último del parlamento las cuentas de las sociedades estatales. Estas forman parte, sí, de las cuentas del sector público o del sistema integrado de cuentas nacionales y han de ser publicadas una vez comprobadas por el Tribunal de Cuentas. Sin embargo, este órgano ha cumplido siempre su labor con extraordinaria lentitud, por lo que sus resultados, incluso si no hubieran concurrido otras causas, no han podido tener eficacia a efectos de control político.

El Tribunal de Cuentas español desempeña funciones fiscalizadoras y judiciales. Las primeras están en parte mediatizadas por el trámite previo que cumple la Intervención General. Ello reduce la autonomía investigadora del Tribunal. Aún más, las funciones de inspección y vigilancia sobre la contabilidad que realizan las empresas públicas, funciones vinculadas en cierto modo a los controles de legalidad y financiero, competen a la Intervención General. No se ha seguido hasta el momento el ejemplo de otros sistemas afines, en los que tales funciones se atribuyen a órganos especiales del Tribunal de Cuentas, como es el caso de la Comisión de Verificación de las cuentas de las empresas públicas en Francia, o a los delegados o funcionarios del propio Tribunal, como ocurre en Italia. Pero es que además nuestro Tribunal de Cuentas carece de los medios suficientes para el cumplimiento de su función fiscalizadora última. Desde luego, el ejecutivo, de quien ha dependido orgánicamente hasta ahora no ha sentido una gran preocupación por dotarle de los medios necesarios.

En cuanto a sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal es competente para conocer de las responsabilidades que se deriven de la infracción de las leyes de la hacienda pública por funcionarios y autoridades de cualquier clase, sin perjuicio de las responsabilidades penales o disciplinarias que puedan existir. Ahora bien, la LGP ha reducido los casos en que compete conocer de tales responsabilidades al Tribunal de Cuentas. Tan sólo en los casos de posible alcance o malversación de fondos públicos puede instruir el oportuno expediente y pronunciar su fallo. Respecto de las demás infracciones, el órgano instructor y sancionador es el propio Ministerio de Hacienda.

Pero el más grave de todos estos límites ha sido la falta de independencia del Tribunal. Según la ley reguladora de 3 de diciembre de 1953, el Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones con independencia de las Cortes y de la administración (artículo 3), pero a continuación dispone que su presidente es nombrado por el Jefe del Estado (que en el régimen anterior lo era también del Gobierno) y que sus ministros (jueces) y fiscal son nombrados por el Ministro de Hacienda. Uno y otros cesaban en sus cargos por libre acuerdo del Jefe del Estado, sin beneficiarse de ninguna garantía a este respecto.

La Constitución de 1978 prevé una reforma completa de esta institución que deberá aprobarse mediante ley orgánica, que quiere decir prácticamente por el acuerdo de los grupos parlamentarios mayoritarios. La propia Constitución señala los criterios básicos de la reforma en el artículo 136, inspirándose en principios de real independencia funcional y de universalidad de la función fiscalizadora del Tribunal. Este queda configurado como supremo órgano fiscalizador de las *cuentas* y de la *gestión económica* del Estado, así como del sector público. De ello se deduce que su control contable continúa extendiéndose a todo el sector público y que además debe ser

titular de otras funciones de control distintas (de legalidad y financieras) que permitan fiscalizar la gestión económica. Examina y comprueba la Cuenta General del Estado por delegación de las Cortes y debe remitir a éstas un informe anual en el que comunique, si procede, las infracciones y responsabilidades a que hubiere lugar.

El Tribunal de Cuentas dependerá orgánicamente de las Cortes, lo que puede dar lugar a superar su penuria de medios. Pero funcionalmente goza de una independencia absoluta, pues la Constitución subraya que sus miembros "gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces" (artículo 136-3).

### 5. *El control judicial*

El derecho español, como en general los ordenamientos jurídicos del continente europeo de matriz latina y germánica, se basa en el principio de unidad jurisdiccional (artículo 117-5 Constitución), pero admite una pluralidad de órdenes judiciales *ratione materiae*. Por tanto es necesario distinguir entre las empresas públicas con forma privada, sometidas a los tribunales civiles y laborales en todas sus facetas, y aquéllas que tienen personalidad jurídica pública. Las actividades de estas últimas podrán ser controladas por los tribunales ordinarios (civiles y laborales) o contencioso-administrativos según el régimen, privado o administrativo, al que estén sometidas. Lo normal será que en su régimen externo se ajusten al derecho privado y, en consecuencia, sus actos y contratos serán revisables por los tribunales ordinarios, aunque previa reclamación interna al propio ente, que constituye un requisito imprescindible para la interposición del correspondiente recurso o demanda judicial. Los actos regidos por el derecho administrativo (acuerdos, contratos sometidos a la LCE, cuestiones funcionariales, reglamentos, etcétera) son revisables por los tribunales del orden contencioso-administrativo, previo recurso administrativo interno ante el propio ente y/o ante la administración que lo tutela. Los tribunales penales son competentes en todo caso para conocer de los delitos en que puedan incurrir los dirigentes o representantes de las empresas públicas, aunque debe resaltarse que en los últimos cuarenta años no han sido frecuentes las condenas de funcionarios o agentes públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.

Dos problemas importantes se suscitan a este respecto. El primero de ellos se refiere a las decisiones de los entes con personalidad jurídica pública, cuya acción administrativa se somete al principio de legalidad, pero que en ocasiones gozan de un amplio margen de discrecionalidad difícilmente controlable por el juez, a pesar de que nuestro derecho opera con técnicas muy avanzadas de control. El segundo problema, más general, afecta a la legi-

timación para interponer los recursos o demandas judiciales y para actuar en juicio. Hasta hace relativamente poco tiempo la jurisprudencia española, tanto civil como administrativa, se mantenía firme en la exigencia de un perjuicio directo e inmediato. Hoy en día, sin embargo, se está avanzando rápidamente hacia el reconocimiento de la legitimación colectiva por intereses de carácter difuso o generalizado. La amplitud con que el artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho de todo ciudadano a obtener una tutela efectiva de sus intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión favorece esta apertura jurisprudencial, impulsada asimismo por la doctrina. De hecho, en más de una ocasión se ha reconocido ya la legitimación de las organizaciones de consumidores o de simples usuarios para reclamar ante el juez eventuales infracciones legales en las tarifas y condiciones de prestación de servicios por las empresas públicas. Esta tendencia, obvio es decirlo, es tanto más importante en cuanto que objetivamente supone hacer partícipe del control al cuerpo social en su conjunto. Añadamos, por último, desde otro ángulo, que se reconoce también la legitimación de los representantes de las empresas públicas para impugnar los actos de control que sobre ellas se ejerzan cuando se entienda que no se ajustan a la legalidad.

El sistema de controles judiciales se complementa con las nuevas instituciones creadas por la Constitución. El Tribunal Constitucional entiende de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, que pueden interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores y los órganos representativos de las Comunidades Autónomas (artículo 162). El Defensor del Pueblo, institución que tiene su origen en el *Ombudsman* escandinavo, es un alto comisionado de las Cortes, designado por ellas para la defensa de los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la administración dando cuenta a las Cortes Generales. Previsiblemente estará también legitimado para actuar ante los Tribunales, al igual que el Ministerio Fiscal, en defensa de tales derechos e intereses. Por último, podrá interponerse recurso de amparo en última instancia ante el Tribunal Constitucional en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, algunos de los cuales, como el derecho de reunión y los derechos sindicales, el derecho de huelga, el de información, etcétera, pueden tener también incidencia en el ámbito de la empresa pública.

De esta manera, los controles judiciales de la empresa pública ofrecen en el derecho español una garantía plural y suficiente. No obstante lo cual subsisten aún ciertas reminiscencias de la etapa anterior que no tiene ya justificación alguna y que en buena teoría jurídica carecen también de vigencia, en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución. Así ocurre con el sistema de ejecución de sentencias por los tribunales contencioso-ad-

ministrativos, ejecución que se confía a la propia administración en virtud de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y que en ciertos casos puede suspenderse o no llevarse a efecto. Los artículos 117 y 118 de la Constitución atribuyen sin duda esta función a los tribunales y sancionan la obligación inexcusable de cumplir las sentencias. A falta de una reforma expresa de la ley ordinaria, la práctica continúa, sin embargo, amparándose en el sistema anterior.

### 6. *La participación de los trabajadores y usuarios*

En todo caso, existe un reducto de discrecionalidad en poder de las empresas públicas que no puede ser controlado por el juez so pena de traspasar los límites constitucionales de su función. Si la empresa tiene forma privada dispone de un margen de autonomía de la voluntad, en el ámbito de los límites establecidos por el ordenamiento, que tampoco puede auto-atribuirse el juez. La dirección política de las empresas públicas corresponde a sus órganos directivos, en base a las líneas que determinen las administraciones superiores de tutela y bajo el control de las Cortes. Este control es, sin embargo, lejano y no puede materialmente extenderse a todo el complejo entramado de las empresas y las participaciones estatales. Por otro lado, muchas veces cada unidad organizativa oculta celosamente la información que posee con el fin de defender al máximo su círculo de competencias, lo que dificulta también el desarrollo de los controles administrativos y judiciales. Por ello es necesario introducir un tipo de control más cercano, a ejercer por el propio cuerpo social, es decir, por las categorías de ciudadanos más directamente interesadas en la marcha de la empresa, que es lo que se denomina genéricamente participación de los trabajadores y usuarios.

Durante el ejercicio anterior la participación de los usuarios no existió en absoluto. Por lo que se refiere a los trabajadores, la Ley de 21 de junio de 1962 instauró tímidamente la llamada "cogestión", es decir, la inclusión de algunos empleados de la empresa pública en su consejo de administración. La nueva Constitución española recalca en varias ocasiones la trascendencia del principio de participación, ya con carácter general (artículo 9-2) ya a través de una serie de instituciones concretas. Específicamente por lo que aquí interesa el artículo 51-2 señala que los poderes públicos ( y una empresa pública lo es) oirán a las organizaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones que puedan afectar a éstos; el artículo 105 a) establece que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de sus asociaciones u organizaciones representativas, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; el artículo 129-1 prevé que la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directa-

mente a la calidad de la vida o al bienestar general; por último, el artículo 129-2 atribuye a los poderes públicos la función y la obligación de promover eficazmente las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa, concepto éste en el que se incluyen lógicamente las públicas. Además, el mero hecho de crear un contexto constitucional en el que están reconocidas y garantizadas las libertades de expresión, de asociación y de acción sindical, constituye la base imprescindible para un desarrollo efectivo de la participación.

Ésta puede ser externa, es decir, ejercitable a través del procedimiento de formación de las decisiones, o interna u orgánica, que consiste en la inclusión de representantes de las categorías interesadas en un órgano de la propia empresa. La primera de estas formas tiene una finalidad más integradora e ideológica que de control. Sólo si la intervención en el procedimiento se acompaña de la difusión de información puede llegar a tener una virtualidad controladora. La participación orgánica parece a primera vista más efectiva y ha sido ya ensayada en muchos ordenamientos mediante la reserva de ciertos puestos en los órganos de dirección y gestión de las empresas públicas a representantes de los trabajadores o de los usuarios. Los problemas jurídicos y políticos que plantea este tema son muy numerosos y complejos. Baste decir aquí que si la participación de trabajadores y usuarios en los órganos de dirección es minoritaria, como suele ocurrir por regla general, su función es más que nada integrativa y sus resultados prácticos deficientes. Si, por lo contrario, dicha participación alcanza niveles importantes, puede producirse un descenso en el comportamiento económico de la empresa, al tiempo que se fomenta el corporativismo de los sectores (y de las élites funcionales) implicados. Por ello parece más adecuado instaurar una participación a través de órganos de control y vigilancia, como ya señalaba en Francia el "Informe Nora", órganos dotados de amplios poderes de inspección, cuyos miembros deberían respetar, obviamente, el secreto industrial, pero que podían ser de gran utilidad a efectos de control de legalidad, financiero y técnico o de eficiencia de las empresas públicas. El legislador español aún no ha iniciado la regulación de esta materia, pero no cabe duda de que deberá derrochar imaginación y decisión si pretende instituir una participación *eficaz*, como señala el artículo 129 de la Constitución, sin incurrir en las ambigüedades y disfuncionalidades a que puede dar lugar la participación, por defecto o por exceso.

#### IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

De lo expuesto se desprende que el régimen jurídico de la empresa pública española no ha encontrado aún un sustrato propio más o menos

permanente. Antes bien, se diría que el tema no ha sido nunca abordado directa y frontalmente, sino sólo a través de una serie de normas deslabazadas, fragmentarias, que lo han enfocado desde distintos ángulos parciales. En muchas de estas normas se denota también ya una preocupación coyuntural, ya desviaciones corporativistas. Por ello decíamos más atrás que el régimen jurídico de la empresa pública en España adolece aún de una cierta transitoriedad, a la que se suma la derivada de las nuevas expectativas constitucionales.

En gran parte este resultado es la consecuencia del largo período de indefinición de la política de la empresa pública o, dicho de otra manera, de la continua opción por un estricto criterio de subsidiariedad, que ha hecho variar el rumbo de la empresa pública al compás de los vaivenes de la iniciativa privada. Más que una estrategia del sector público puede hablarse, entre nosotros, de un tacticismo a corto plazo. Pero, si bien es cierto que la coyuntura cíclica no puede dejar de producir alteraciones, éstas encuentran sólo su incardinación racional si se sitúan en un marco general de desarrollo y evolución de la empresa pública.

En conexión directa con esta falta de estrategia global hay que mencionar las carencias jurídicas de nuestro ordenamiento. Por lo que se refiere a las formas de las empresas públicas se ha ido produciendo un progresivo decantamiento hacia dos formas únicas y flexibles: las entidades públicas sometidas a un régimen privado de gestión y las sociedades mercantiles en mano pública. Pero esta evolución no se ha completado todavía, pues continúan existiendo empresas públicas en forma de organismos autónomos, cuyo régimen se asemeja más al de los organismos administrativos *strictu sensu* que al de las entidades públicas que acabamos de mencionar.

En materia de organización se ha procedido últimamente a la fusión de algunas empresas y a la ordenación de algunos sectores, pero es notoria la dispersión aún existente, la vinculación de empresas con campos de actuación semejantes a distintas unidades administrativas, la falta de un conjunto de entes de gestión intermedios y el centralismo de los que ya existen. Tampoco se han dado pasos significativos en el régimen de incompatibilidades y en la profesionalización de los cuadros directivos de las empresas públicas.

En cuanto a los controles, el resumen de la más reciente legislación ordinaria realizado en el capítulo anterior demuestra la hipertrofia de los de carácter previo realizados por los cuerpos del Ministerio de Hacienda y las deficiencias del control parlamentario y del control contable.

Puntualmente hemos ido señalando las perspectivas jurídicas que la Constitución de 1978 abre en cada uno de los aspectos estudiados: la derogación del principio de subsidiariedad y el reconocimiento implícito del papel primordial de la empresa pública en una economía de mercado, planificada o no; los principios de eficacia y economicidad, descentralización y

coordinación, de mérito y capacidad en el acceso a los cargos públicos, que deben incidir decisivamente en la organización interna y externa de la empresa pública; la institucionalización de los controles parlamentarios, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo; la superación de las trabas que impiden un eficaz control jurisdiccional y la previsión de instrumentos de participación ciudadana.

Ahora bien, como es lógico, la mayor parte de las instituciones que establece la Constitución no se han plasmado todavía y es de esperar que el desarrollo legislativo de su articulado será una tarea de años. Por otra parte, algunos de los principios aplicables en esta materia tienen un valor programático y un contenido muy amplio, de manera que pueden concretarse de diferentes formas. Ello no quita para que puedan deducirse claramente ciertos postulados: la función antimonopolista, correctora de externalidades del mercado y reequilibradora del desarrollo que corresponde a la empresa pública; la coordinación de sus estructuras mediante organismos descentralizados y la profesionalización de sus dirigentes; la supremacía de los controles parlamentarios y del control contable ejercido por un Tribunal de Cuentas independiente. Algunos de ellos deberán especificarse progresivamente a través de medidas de política económica o de reordenación administrativa. Otros, como los relativos a la estructura interna, las formas jurídicas y el régimen de controles podrían muy bien constituir el contenido de un estatuto de la empresa pública.

Sin embargo, perdida la gran oportunidad histórica de los Pactos de la Moncloa, poco se ha hecho en el sentido propuesto durante el año posterior a la aprobación de la Constitución. Ciertamente es que unos cuantos meses es un período muy corto y que su proximidad nos priva de la necesaria perspectiva histórica. También es verdad que la crisis económica trae consigo preocupaciones inmediatas apremiantes que dificultan la proposición de reformas estructurales. La política económica del actual equipo gubernativo se centra, por ello, en un intento de reducción del déficit público, déficit importante a pesar de lo exiguo del gasto público español (28 por 100 del PIB) en comparación con el de otros países del área geográfica europea (alrededor del 42 por 100 como media de los países de la CEE), y también en un intento de racionalización del funcionamiento de las empresas públicas conforme a los parámetros de la Ley General Presupuestaria.

Pero todo ello no justifica la tibieza con que se están abordando los problemas nodales de la empresa pública española. Tanto el Programa Económico del Gobierno para los próximos años, como el recientemente aprobado Plan Energético Nacional manifiestan un pequeño aumento de la confianza en la inversión pública que no supone en absoluto una ruptura decisiva del principio de subsidiariedad. Ello es tanto más grave en el programa de energía, dada la situación oligopolista de ciertas empresas priva-

das en el sector eléctrico (la producción pública alcanza tan sólo el 16 por 100). Al mismo tiempo se ha perdido una magnífica ocasión para reorganizar el subsector petrolífero público. Más criticable aún es que el Gobierno no se haya decidido a aprobar un estatuto de la empresa pública, aunque ya existe más de un anteproyecto elaborado por la administración. Tampoco el parlamento, aún en fase de "rodaje", ha establecido los medios necesarios para llevar a cabo una eficaz labor de control del sector empresarial público. Sin embargo, participa activamente en la codeterminación de la política gubernativa. Así, a finales de septiembre, el Congreso aprobó, durante el debate sobre el Programa Económico del Gobierno, una propuesta del grupo comunista que exige un aumento anual de la inversión pública del orden de un 1 por 100 de su participación dentro del conjunto de los gastos estatales. Asimismo el Gobierno se ha comprometido de nuevo, durante dicho debate, a enviar a las Cortes un proyecto de estatuto de la empresa pública para que sea discutido antes del 31 de diciembre del año en curso. En dicho estatuto se ha de especificar que cualquier disminución del ámbito de la empresa pública no podrá autorizarse sin previa aprobación por ley. Veremos cómo se concreta este principio en el caso de que el Gobierno cumpla el compromiso contraído.

Para terminar, sólo cabría añadir que estas últimas vicisitudes son manifestaciones expresivas de la falta de consolidación de nuestra incipiente democracia, nacida, por lo demás, sobre la base del respeto a muchas de las situaciones económicas y administrativas de la etapa anterior. Con todo, la dinámica constitucional instaurada y las previsiones del propio texto nos obligan a ser moderadamente optimistas a medio plazo.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA\*  
y Miguel SÁNCHEZ MORÓN\*\*

\* Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España.

\*\* Profesor Agregado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España.