

*RESOLUCION de 30 de septiembre de 1997, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación a la moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública. (BOE núm. 9 Sábado 10 enero 1998)*

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sesión del día 30 de septiembre de 1997, a la vista del informe remitido por ese Alto Tribunal acerca de la moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública, acuerda:

Se insta al Gobierno para que presente en el Congreso de los Diputados las modificaciones legislativas necesarias de acuerdo con las propuestas presentadas por el Tribunal de Cuentas.

Palacio del Congreso de los Diputados a 30 de septiembre de 1997. El Presidente, Josep Sánchez i Llibre. El Secretario Primero, Manuel de la Plata Rodríguez.

Moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública

El Pleno del Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida en los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 14 de la misma disposición y 28.6 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado, en su sesión de 27 de junio de 1996, la moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública y ha acordado su elevación a las Cortes Generales, según lo prevenido en el artículo 28.4 de la Ley de Funcionamiento.

Moción del Pleno del Tribunal de Cuentas, proponiendo a las Cortes Generales los criterios y medidas, a su juicio, necesarios para que los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública sean acordes con las realidades económico financieras a las que se refieren y para posibilitar su control efectivo por el Tribunal de Cuentas como entes integrantes del sector público.

#### *I. Justificación y contenido*

El Tribunal de Cuentas, definido como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público en el artículo 136.1 de la Constitución española, tiene la misión de velar porque la actividad de dicho sector público se adecue a los principios de legalidad, eficiencia y economía, según prevé el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, desarrollando los artículos 9 y 31.2 de la Constitución española.

En aras del adecuado cumplimiento de esta tarea y teniendo en cuenta los cambios experimentados en el mundo de las personificaciones públicas y en la realidad económico financiera, se hace necesario proceder a una revisión legislativa de la configuración jurídica de los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública actualmente en vigor, que contemple las distintas modalidades de incardinación del sector público en la realidad económico financiera y social, respetando los postulados actualmente vigentes en el Derecho Mercantil, así como las exigencias que requiere el ejercicio de un control eficaz por el Tribunal de Cuentas.

Dentro de la normativa vigente, los preceptos legales que se refieren a estos conceptos son, por una parte, el artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, en adelante TRLGP y, por otro, la Disposición transitoria segunda de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que en su día vinieron a actualizar los artículos 4 y 92 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas.

De lo dispuesto en estas normas se desprenden las siguientes con consideraciones:

El término «Empresa Pública» es más amplio que el de «Sociedad Estatal», ya que son empresas públicas tanto las sociedades estatales como las sociedades autonómicas y locales.

En cuanto al carácter de la participación de una Administración Pública en una sociedad mercantil, para que ésta pueda ser calificada de pública, la participación del Estado, de una Comunidad Autónoma o de una Entidad Local puede ser directa o indirecta, en este último caso, a través de organismos autónomos o entes de derecho público, estatales, autonómicos o locales; debiendo, por otra parte, sumarse dichas participaciones para determinar el carácter de Empresa Pública o Sociedad Estatal.

Finalmente, en cuanto al grado de participación pública exigido para que la empresa pueda ser calificada como Empresa Pública, tanto el TRLGP como la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas hablan de «participación mayoritaria». En cuanto al alcance asignado a esta expresión, la falta de determinación del mismo en las normas legales citadas, en el sentido de si debe ser «absoluta» o «relativa», favorece la interpretación de que «mayoritaria» significa

superior al 50 por 100 del capital social, es decir, absoluta, siquiera sea por la vía de la dificultad de asir en su literalidad el argumento en contra.

De acuerdo con ello, lo habitual ha sido considerar, para que una empresa sea calificada de pública, que el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales deban poseer, por sí mismos o sumado a otras participaciones públicas directas o indirectas, de organismos autónomos u otras entidades públicas, más del 50 por 100 de su capital social.

Queda, sin embargo, por abordar, jurídicamente, la posibilidad de que el término «mayoritaria» puede referirse también a una mayoría relativa (minoría mayoritaria) de participación pública en el conjunto del accionariado, en los casos, por ejemplo, en que la titularidad del capital se encuentra muy dispersa, siempre que dicha participación esté cualificada, esto es, lleve aparejado el control efectivo o dominio en la empresa.

La evolución reciente de la realidad económico-financiera aconseja que la distinción entre personificaciones públicas y privadas, además de otros aspectos, atienda a la fijación de un criterio para la determinación del carácter público de la empresa más amplio que el que se basa en la titularidad pública superior al 50 por 100 del capital social de la empresa. La presencia efectiva del sector público en una organización empresarial no puede quedar condicionada a una variación porcentual mínima, superior o inferior al 50 por 100, en la titularidad de las acciones de la sociedad. En consecuencia, no sería solamente la titularidad pública superior al 50 por 100, sino también el control público de la actividad, lo que determinaría el carácter público de la empresa. Esta idea de dirección o control efectivo se encuentra en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1978, según la cual: «La empresa tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada, o en ella participe, la Administración asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte para la realización económica que, como fin esencial, motivó su existencia».

De esta caracterización anterior se desprende hasta qué punto puede resultar limitado identificar, actualmente, la Empresa Pública únicamente sobre la base del criterio financiero de la participación mayoritaria absoluta. En este sentido, hay que señalar la evolución de nuestro propio Derecho, mediante la aportación que, de manera indirecta, realiza la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas. Así, el artículo 1 de esta Ley, al definir su ámbito de aplicación, se refiere a «las entidades de naturaleza mercantil que en la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 de éste y estén controladas por el socio estatal por cualesquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable ...».

En nuestro Derecho Interno, la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en su artículo 3, califica como actividad pública compatible con el ejercicio de las funciones de un alto cargo: «La representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados directivos o Consejos de Administración de organismos o empresas con capital público ...», lo que supone que, al menos, a dichos efectos, el legislador califica como actividad pública la ejercida por «las empresas con capital público», sin que se especifique en qué grado.

De acuerdo con ello, procedería calificar también como pública a la empresa en que concurren estas circunstancias sin perjuicio de que se arbitre el procedimiento eficaz para que pueda cumplir las obligaciones de rendición de cuentas al Tribunal de Cuentas, en concordancia con el carácter autónomo y soberano que el Derecho Mercantil otorga a la Junta general de accionistas.

En lo que se refiere a las limitaciones suscitadas en el ámbito de la fiscalización y rendición de cuentas de las Sociedades Estatales y demás Empresas Públicas, hay que tener en cuenta la situación descrita en los informes anuales del Tribunal de Cuentas de los últimos ejercicios. En ellos se manifiesta, por un lado, la inexistencia de inventarios de Empresas Públicas dependientes de cada Administración Pública (Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales) y de información sobre los porcentajes de participación pública en las mismas y, por otro, la discrepancia de criterio del Tribunal de Cuentas respecto de la Intervención General de la Administración del Estado, en torno al concepto de Sociedad Estatal y a la correspondiente obligación de rendir cuentas al Tribunal. En efecto, la Intervención General de la Administración del Estado, en sus alegaciones a los citados informes anuales, ha venido considerando que una serie de sociedades no tenían el carácter de estatales, al no superar el 50 por 100 la participación accionarial que el Estado, sus organismos y otras entidades de Derecho Público tenían en ellas.

Las limitaciones derivadas de esta interpretación dificultan el adecuado ejercicio por el Tribunal de Cuentas de su labor fiscalizadora y desdibujan el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas a que están sometidas las Sociedades Estatales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. La aplicación automática de la participación superior al 50 por 100, sin atender a otros criterios como los de dominio o control efectivo, implica el no sometimiento al control del Tribunal de Cuentas de manifestaciones significativas de la actuación económico-financiera del sector público.

No puede, en este marco jurídico, dejar de considerarse la nueva realidad del control externo (en los ámbitos técnico y político, del Tribunal de Cuentas y de las Cortes Generales) ante la dinámica surgida de procesos de privatización de Sociedades Estatales en los que, con frecuencia, a pesar de mantenerse la mayoría relativa y el control efectivo públicos, el Tribunal de Cuentas, para no renunciar al ejercicio de la función fiscalizadora del sector público que en sentido amplio configura el artículo 4 de su Ley Orgánica, una vez que no le rinden sus cuentas por conducto de la IGAE, tiene que solicitarlas directamente a las entidades, sin contar con la normativa adecuada.

Si a lo anterior se añade la creciente presencia en el sector público empresarial de organizaciones que requieren gestiones ágiles, para lo que no precisan participaciones accionariales públicas superiores al 50 por 100, cada vez se hace más patente la conveniencia de adecuar los procedimientos de control externo a los nuevos modelos de organización y gestión, y en ese sentido debe también contemplarse la rendición de cuentas.

Experiencias recientes han venido demostrando, por otra parte, la necesidad de que, en el desarrollo normativo del control de las Empresas Públicas que compiten en el mercado se conjugue adecuadamente el interés de éstas en preservar la confidencialidad de determinadas informaciones basada en razones comerciales o de otra naturaleza, con el pleno ejercicio de la función fiscalizadora por el Tribunal de Cuentas y se considere que sólo si se establece por ley puede exceptuarse el cumplimiento del deber general de publicación en diarios oficiales de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas, señalado en los artículos 12 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 28 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

## II. *Propuestas*

A la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta la necesidad de poder ejercer plenamente de modo efectivo la labor fiscalizadora del sector público que el Tribunal de Cuentas tiene encomendada, resulta procedente elevar una moción a las Cortes Generales a los efectos de que las Cámaras puedan contemplar la posibilidad de definir un nuevo marco jurídico en el que, además de la configuración actual de la Empresa Pública basada en criterios de titularidad del capital, se incluyera, también, como tal a aquellas otras en las que el sector público ejerza un control efectivo.

A tales efectos, por este Tribunal de Cuentas se elevan a las Cortes Generales los siguientes criterios:

Primero.- Definir legalmente los conceptos de «Sociedad Estatal» y de «Empresa Pública», teniendo como base, no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social, sino también el criterio del ejercicio del control o dominio efectivo, directo o indirecto, por parte de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales o por parte de organismos autónomos y otras entidades públicas de ellos dependientes, en el sentido definido por el Derecho Mercantil y el Derecho Comunitario y fijando, a tal fin, criterios identificativos explícitos que eviten interpretaciones divergentes, sobre la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas y sobre los plazos y procedimientos.

Segundo.- Establecimiento, mediante ley, para las distintas Administraciones Públicas, de la obligación de elaborar y publicar anualmente, en el correspondiente diario oficial, un inventario actualizado en el que estén recogidas las Sociedades Estatales y Empresas Públicas en las que participen de acuerdo con los criterios previamente establecidos.

Tercero.- Establecimiento, legal o reglamentario, según proceda, de los procedimientos de rendición de cuentas al Tribunal, por parte de las empresas en las que el sector público ejerza el control o dominio efectivo, sin ostentar la participación mayoritaria, a fin de agilizar los plazos mediante la remisión directa, para que el ejercicio del control externo por el Tribunal de Cuentas no se desvincule de las peculiaridades organizativas y de la eficaz gestión de estas empresas.

Cuarto.- Abordar el desarrollo normativo necesario para que se conjugue adecuadamente el interés de las Empresas Públicas que compiten en el mercado en preservar la confidencialidad de determinadas informaciones, con el pleno ejercicio de la función fiscalizadora por el Tribunal de Cuentas, considerando que sólo si se establece por ley puede exceptuarse el cumplimiento del deber general de publicación en diarios oficiales de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas, señalado en los artículos 12 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 28 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Madrid, 27 de junio de 1996.- La Presidenta, Milagros García Crespo.