



Una nueva disciplina jurídica para la empresa pública

Gonzalo Vera-Fajardo Belinchón

Consejero de Tribunal Vasco de Cuentas Públicas-Herri/Kontuen Euskal Epaitegia

Hablar de Sociedades Públicas significa hablar de Empresa Pública, aunque esta institución recoja una dimensión mayor que el propio concepto de *sociedad* en razón de su naturaleza, régimen jurídico y tipo de actividad.

Donde no existe duda alguna es en la consideración de la Empresa Pública como la modalidad de intervención de los poderes públicos en la economía. Por medio de esta figura se lleva a término la incorporación, mediante la actuación directa de la Administración en sus distintos órdenes organizativos (estatal, autonómicos, territorial e institucional), en los procesos de creación, elaboración y desarrollo de la actividad económica, bien por el carácter de servicio público de la actividad que desarrolla; por el volumen de inversión necesaria; en función del principio de subsidiaridad del Estado respecto de la iniciativa privada y, en determinados momentos, para mantener sectores en crisis por motivos sociales o económicos.

***Las sociedades
públicas son
instrumentos de
transformación
económico-social
por su función
incentivadora,
correctora y
defensora del
régimen de
mercado***

Por tanto, bajo esta rúbrica descansa no sólo la función intervencionista de la Administración sino aquellas formas jurídicas en que se manifiesta: Organismos Autónomos Económicos, Entes de Derecho Público con régimen de actuación jurídico-privado y Sociedades Públicas Mercantiles.

Las dos primeras figuras se distinguen por ser meras fórmulas organizativas a través de las que se espera lograr una mayor eficacia en la realización de su actividad. Es decir, son instrumentos de actuación de la Administración para la gestión de un servicio (comercial, industrial, financiero u otros análogos) que es propio de la misma, con la finalidad de crear una autonomía funcional o de gestión pero sometida a una disciplina administrativa, en suma, al Derecho Administrativo. Esto se pone de manifiesto no sólo en el régimen jurídico de aplicación en materia de personal, patrimonio, contratación y responsabilidad, sino también en su régimen presupuestario y de intervención (presupuesto de explotación y capital, memoria, contabilidad pública, evaluación de proyectos de inversión, etc.).

En la segunda de las figuras es donde comienza a vislumbrarse la incorporación, a su régimen jurídico, del Derecho Privado. Incorporación que se justifica en la medida de con-

seguir una mayor agilidad en la gestión y ser más eficaz en la realización de las tareas que se le atribuyen. Sirva como ejemplo la sumisión al Derecho Privado en materia de contratación (regulada con la aplicación de los criterios de la Ley 13/ 1995).

Es en la tercera de las figuras aludidas, las Sociedades Públicas, donde encontramos el núcleo de la argumentación y conclusiones a las que se quiere llegar.

Las Sociedades Públicas son aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital es mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración (del Estado, autonómica, foral o local). Suponen la manifestación más clara de intervención pública en sectores o actividades del mercado. Ahora bien, esta intervención debe efectuarse como un elemento más del mercado, sometiéndose a sus reglas y, además, sirviéndose o adecuándose al régimen jurídico específicamente diseñado para actuar dentro de ese ámbito porque con ello se obtiene una mayor operatividad, agilidad y eficacia. En resumen, que su actuación queda sometida, genéricamente hablando, a la disciplina del Derecho Privado.

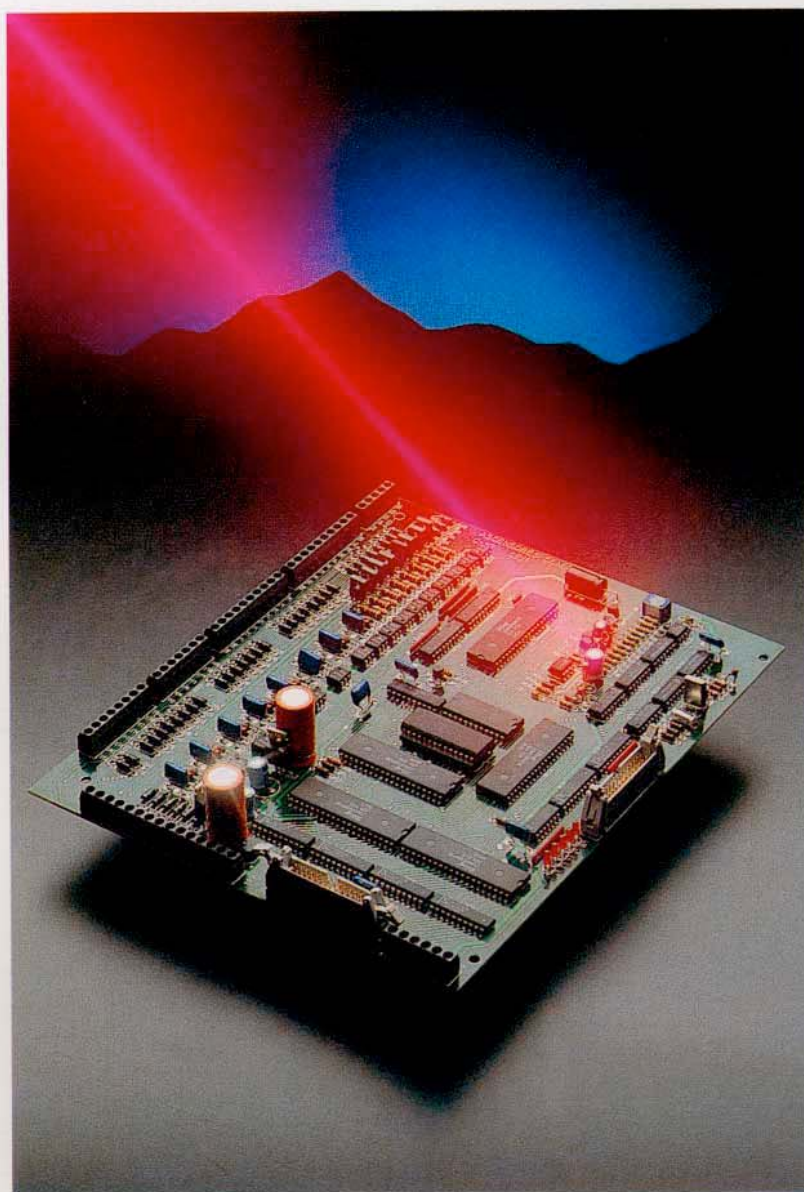
Sin embargo, esta afirmación no es del todo exacta. No hay que olvidar que estas sociedades pueden responder a la gestión de un servicio público de forma descentralizada, nos encontraremos entonces ante una Sociedad o Empresa de Servicios Públicos; o bien que realmente intervengan en la ordenación y producción de bienes o servicios en sectores económicos, en este caso se trataría de una Sociedad Pública Competitiva.

Por otro lado, estas entidades nacen al amparo de una Administración Pública, o lo que es lo mismo,

del principio de legalidad, así que es indispensable la existencia de una norma que autorice su constitución y defina sus funciones y los aspectos concretos de su régimen jurídico. En conclusión, quedan sujetas al Derecho Público Administrativo.

Vemos que en la regulación de esta figura se entrecruzan dos disciplinas jurídicas de distinto contenido (Público y Privado) sin que exista una adecuada ordenación normativa de las mismas. Lo que si queda cla-

ro es que la intervención pública en la economía a través de esta figura jurídica da lugar a nuevas funciones que el Estado está obligando a cumplir con respecto al régimen de mercado donde se quiere desarrollar. Esto dará lugar a conformar este régimen de mercado desde el postulado del Estado Social, considerando las sociedades públicas como instrumentos de transformación económico-social, no sólo por su función de modelo para la economía privada sino por su función





incentivadora, correctora y defensora del régimen de mercado. (En periodos de crisis del sistema, la intervención pública en la economía trata de incentivarla, favoreciendo la inversión mediante el control de precios y creación de empleo, etc.).

Ventajas competenciales

Desde el punto de vista privado, esta irrupción de los poderes públicos en el régimen de mercado causa recelo. Sus fundamentos de libertad, competencia e iniciativa privada se verán afectados en el momento que aparecen las llamadas *ventajas competenciales* de que gozan estas sociedades públicas. Su estrecha vinculación con la Administración les permite el acceso a información y proyectos antes que a la iniciativa privada. Así mismo, su apoyo en los presupuestos generales del Estado les otorga autonomía e independencia financiera, y no hay que olvidar que en ocasiones su estrecha conexión con el poder legislativo, que no deja de ser una posición de privilegio, se traduce en excepciones legales y beneficios fiscales.

En resumen, la simbiosis que se produce entre el poder político y el poder económico en la figura de las Sociedades Públicas provoca la distorsión de la competencia dentro del régimen de mercado de los sectores económicos donde actúa.

¿Qué hacer? No creo que buscar la desaparición de las sociedades públicas sea la solución a los desequilibrios que, para el sistema competencial del mercado, provoca su existencia. Máxime cuando la realidad nos pone de manifiesto la necesidad de la intervención de los poderes públicos en las decisiones

económicas, por razones de interés público colectivo.

Hay que tener en cuenta, además, que se ha producido una transformación del marco constitucional económico. Con las nuevas disposiciones legales el Derecho Mercantil (Privado) lleva a cabo una

Lo importante no es la finalidad o su forma organizativa, sino que las empresas públicas actúen o no en régimen de competencia o de mercado

ampliación de los sectores donde interviene. Ya no sólo regula los aspectos fundamentales que rigen en el régimen de economía de mercado, sino que va a coordinar y proteger otros aspectos del mismo (ahorradores, consumidores, trabajadores, etc.). Igualmente, se ha hecho necesaria la evolución del Derecho Administrativo (Público) que tiene que hacer frente a un nuevo postulado o comportamiento de la Administración, su intervención en la economía.

Una nueva disciplina

La intervención pública en la economía mediante la creación de las figuras jurídicas que he mencionado en apartados anteriores, en especial las Sociedades Públicas o más enfáticamente la Empresa Pública, nos conduce a la necesidad de configurar un nuevo marco jurídico que, mediante la integración y coordinación de principios y normas de otras disciplinas, regule el ámbito de esta actividad pública.

Se trata de definir y delimitar la idea que subyace a lo largo de toda esta exposición.

Una solución podría consistir en desprivatizar el Derecho Mercantil, bien por incorporarle los intereses públicos y darle un carácter imperativo, bien por extender este derecho privado al Sector Público Empresarial, lo que supone la utilización de formas privadas de empresa, así como la aplicación -a su actividad y estructura organizativa- de normas jurídico-privadas. Supondría encontrarse al Estado actuando en el mercado como *igual entre iguales* operando en régimen de Derecho Privado y sometido a las mismas condiciones que el sector privado. Hecho éste que no puede considerarse dado el carácter de irrenunciable que tiene la *Potestad de Imperium* de la Administración.

Otra solución sería que, en respuesta a los miedos y peligro que puede suponer la intervención de la empresa pública en un sistema de competencia o de mercado, lo que antes denominábamos como *ventajas competenciales*, unido a la desaparición del principio de subsidiariedad de la iniciativa pública con referencia a la privada en el aspecto económico, se establezcan unos

principios generales que actúen como límite a esta iniciativa pública económica. Esto se traduciría en: evitar privilegios financieros y fiscales que lesionen intereses y derechos legítimos de titulares de la empresa privada (autolimitación de la capacidad de refinanciación), que la intervención responda a criterios de proporcionalidad o adecuación al interés público que se persigue, que se realice en condiciones de igualdad (entendida como compensación de los efectos que produce una intervención arbitraria; en clara referencia al otorgamiento de subvenciones a las Empresas Públicas) y que se concreten sus efectos.

Una tercera implicaría acudir al derecho comparado y a las soluciones doctrinales que postulan sobre la adopción, por los poderes públicos, de formas jurídico-privadas en el ejercicio de una actividad económica. Se parte de la base de que la Administración goza de plena libertad para crear estas entidades.

Ahora bien, hay diferentes criterios en cuanto al régimen jurídico aplicable. Si el objeto de la sociedad o empresa es una finalidad pública, aquella quedaría sujeta a un derecho especial (doctrina alemana), en caso contrario nos encontraríamos ante una mera actuación comercial del Estado en la que éste gozaría de autonomía privada. Es esa finalidad la que define su régimen jurídico sometido, con distinta intensidad, a la disciplina del derecho privado y público. El problema radica en que debe entenderse por *finalidad pública*.

Otras doctrinas, con independencia de que el sector público empresarial se organice bajo formas jurídico-públicas o privadas, simplifica el problema al clasificar estas sociedades en: Empresas de Servicio Público en las que la consecución de un interés público tiene

carácter prioritario, y aquellas llamadas Empresas Comerciales e Industriales, en las que -pese a que también exista un fin de interés público- lo esencial es que desarrollan su actividad en régimen competitivo o de mercado (doctrina francesa). Observamos que lo importante no es la finalidad o su forma organizativa sino el hecho de que actúen o no en régimen de competencia o de mercado.

Terminamos opinando que, al margen de interrogantes y discusiones doctrinales que plantea la creación y el uso, por parte de la Administración, de figuras jurídico-privadas como instrumento de intervención pública en la economía, su oportunidad, su referencia con los derechos fundamentales y su eficacia y eficiencia, se encuentra la idea que subyace en todos los planteamientos y argumentaciones emitidas al respecto: Son diversas las normas jurídicas que con distinto carácter e intensidad intervienen en la regulación de esa actividad económica de la Administración, haciendo por ello necesaria su agrupación e integración en una única y nueva disciplina jurídica que configure su marco de actuación. ■

Bibliografía

- *La empresa pública: Aspectos Jurídicos-Constitucionales y de Derecho Económico*. Alberto Alonso Ureba. 1995.
- *La empresa pública: Formas, régimen jurídico y actividades*. José Carlos Laguna de Paz.
- *La empresa pública autonómica: Aspectos jurídicos*. José Carlos Laguna de Paz. 1995.
- *La empresa pública en España: El nuevo marco jurídico*. Juan Carlos Girbau. 1995.
- *Las subvenciones de explotación en la empresa pública*. Juan Vicente Martínez Zaragoza. Revista AUDITORIA PUBLICA, nº 4, enero 1996.

