

LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

Por José Luis VILLAR PALASÍ

Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO: I.—El encuadramiento sistemático del tema.—A) Generalidades.—1. La actividad de la Administración en el orden económico.—2. El criterio de la necesidad pública.—3. La funcionalidad política de lo administrativo. B) El desbordamiento del Derecho administrativo clásico.—1. Modos de la actividad administrativa: policía, fomento, servicio público.—2. Un nuevo concepto: la gestión económica de la Administración.—3. Insuficiencia de la noción tradicional del servicio público.—4. Extensión de la idea de concesión. La concesión industrial.—5. La transferencia coactiva y la expropiación forzosa.—6. Dominio público y patrimonio industrial de la Administración.—7. Crisis de la noción tradicional de establecimiento público.—8. Inadecuación del lugar sistemático tradicional: actividad de derecho privado.—II. Los aspectos de la gestión económica administrativa.—1. Producción y distribución; en concreto, la producción industrial de bienes.—2. El estudio de las estructuras organizativas.—3. Clasificación categorial de las formas empresariales administrativas.—III. Estudio particular de las formas empresariales administrativas: A) Entes autónomos con personalidad pública.—1. Teoría general.—2. Establecimiento público intervencionista. El Instituto Nacional de Industria.—3. La empresa pública stricto sensu. B) Organismos sin personalidad: la empresa propia. C) Formas mercantiles de gestión industrial de la Administración.—1. Teoría general.—2. El accionariado fiscal del Estado.—3. El accionariado gestor de la Administración. Teoría de las anónimas administrativas. D) En particular las empresas filiales del I. N. I.—1. Categorías diferenciables.—2. Aspecto público y actuación administrativa.—3. Aspecto mercantil frente al tráfico comercial.—IV. La colaboración de la empresa privada en las funciones administrativas de producción.

(*) Sinceridad y gratitud me obligan a reconocer en este lugar la deuda hacia mi buen compañero y mejor amigo E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cuyos puntos de vista han estado presentes continuadamente en la elaboración de este artículo.

I.—EL ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL TEMA.

A) *Generalidades*

1. Estamos viviendo en nuestros días la superación y arrumbamiento definitivos de viejos sistemas y viejos moldes y el surgimiento y cristalización de nuevas formas y concepciones políticas. El Estado controlador y regulador de la existencia social e individual, pero que abandonaba la total actuación económica a la *privata vis*, pertenece al pasado. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano—tradicionalmente individual—de lo económico. Las antiguas fronteras entre Estado y Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden (1).

En lo que afecta a la actividad de la Administración—reflejo fiel en la gestión de las concepciones finalistas del Estado—, la ingerencia en la vida económica como sistema está reemplazando a los actos de intromisión aislados, esporádicos u ocasionales a que se reducía clásicamente la actividad de la Administración a este respecto, dejando ésta de ser una mera regulación límite para adoptar francamente un sentido constitutivo y creador. Junto a la concepción liberal del Estado como *productor de seguridad* se está destacando la idea adjunta del Estado como *productor de bienes económicos*. Todo ello no es sino corolario de una crisis de la concepción tradicional del Estado liberal de Derecho, no en cuanto al esquema lógico-formal que supone, que debe perdurar y de hecho perdura, sino en cuanto a los resortes de seguridad que debían, tradicionalmente pensando, asegurar sus fundamentos; y consecuencia pareja del paso hacia un Estado social, que ante supuestos generales de hecho radicalmente distintos de aquéllos en que se basó la aparición histórica del Estado burgués de Derecho pierde su ponderación de indiferencia, matizando su actividad con una preocupación radical por el bienestar del súbdito y del cuerpo económico de la Nación.

La enumeración *a priori* de finalidades específicas del Estado que determinasen exclusivamente su actuación, como alguna vez se ha intentado, es absurda, cualquiera que sea el basamento sobre que se pretenda edificarla. El Estado moderno se enfrenta gradualmente con más

(1) Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. I Bd. Allg. Teil. Beck. Verlag, 1950, pág. 3 y ss.

y más fines que cumplir; por ello sería más exacto hablar en este sentido concreto de fines que de fin del Estado. Una consideración posterior demuestra que todos estos fines caen dentro del radio de acción de la amplia y expresiva fórmula de Aristóteles: el Estado, si bien nace a la vida misma, existe para promover una vida buena (2). Este εὖ ζῆν —la *vita bona* de Santo Tomás—es un fin en blanco planteado al Estado. Rellenar el concepto de contenido y especificar los medios para alcanzarlo es tarea que sólo el quehacer continuo del Estado, a través de una visión histórica, puede acometer.

Ideas como la de J. B. SAY, «el gobierno ideal es el gobierno barato y que actúa poco», podrían justificarse ante situaciones económicas de prosperidad; pero ello mismo indica que la determinación de qué fines debe necesariamente asumir el Estado, al actuar sobre el cuerpo político, viene dada lógicamente por las necesidades que en cada momento y en cada país se susciten con valoración y relevancia sociales. La tensión inmanente entre el poder ordenador de la comunidad y la esfera privativa del administrado se resuelve, por ende, en función de un *hic et nunc*.

2. La motivación del hecho obvio de una expansión creciente de la actividad de la Administración no ha de buscarse directamente en una pretendida o real variación de bases sociológicas trasmutadas. Las causas de este proceso se encuentran en realidad en distintas componentes, de las cuales como más importante y causalizadora es preciso entresacar la alteración positiva en la cuantía y en la intensidad de las necesidades públicas, ya que, sin variar los criterios sociológicos, el proceso de penetración socializante y del intervencionismo estatal puede defenderse de suyo precisamente con máximas hedónicas, la óptima ventaja colectiva que la comunidad puede recibir a través de la actuación inmediata del Estado. Existen de otro lado una serie de necesidades públicas extra-económicas (militares, éticas, de protección social, etcétera) que se actúan por gestión estatal y acerca de ellas es exacta en principio—en tanto existan esas necesidades y respondan al interés público—la afirmación de quienes sostienen que aunque se probare que la gestión pública no es capaz de ofrecer rendimiento económico, ello no constituiría argumento suficiente para condenarla, como lo hicieron los economistas liberales—MOLINARI, BASTIAT—en nombre de un criterio harto restringido de la «economicidad» respecto a los intereses colectivos. El Estado en la gestión de servicios y empresas públicas no alcanza frecuentemente resultados económicos parciales, no porque ello sea imposible, sino más bien porque su actuación se liga a otras finalidades, prevalentes sobre las estrictamente mercantiles. Por otra parte no

(2) *Política* 1, 1, 8.: γενομένην μὲν οὖν τοῦ ζῆν ἕνεκεν, οὐσα δὲ τοῦ εὖ ζῆν.

es insólito ni nuevo el hecho de una financiación de los servicios públicos por los llamados precios políticos, inferiores a los remuneradores en el mercado, que le sirven al Estado para la actuación de determinados fines públicos, y entre ellos para conseguir una política redistributiva de la riqueza, que en definitiva aboca hipotéticamente a una ventaja colectiva económicamente mayor. De todos modos, y en lo que hace a la valoración que a la actividad intervencionista del Estado quepa dar, es preciso tener presente la interferencia entre la política económica y la política fiscal, inseparables de suyo en los momentos actuales, que hace imposible un juicio apriorístico acerca de la oportunidad y conveniencia de que el Estado asuma la gestión directa o indirecta de empresas o servicios públicos.

En el fondo el proceso de expansión de la actividad administrativa se reduce—en lo que afecta a la visión administrativa del fenómeno—a una función constante, con un parámetro que es el que varía y que refleja las necesidades sociales existentes. A su vez, la despersonalización y homogeneidad de las necesidades individuales hace que, sumatoria-mente, muchas de las antaño necesidades individuales se transformen en necesidades generales y de ahí en necesidad pública.

Hablar de necesidad pública implica por consecuencia justificar la inmisión del Estado actuante, ya que, como decía COLMEIRO, el objeto de la Administración se resume en la satisfacción de las necesidades públicas. El problema radica, pues, en esencia—en lo que afecta al Derecho administrativo—en discriminar qué necesidad recibe el carácter de pública y a cuáles necesidades ha de negarse esta naturaleza. La presencia de necesidades consolidadas, sentidas *uti universi* y no *uti singuli*, la expectativa que supone una hacienda de guerra, la imposibilidad de satisfacer necesidades privadas por los particulares (3), la funcionalidad de una necesidad o una solución respecto al paro y al empleo total, etc., son coeficientes que, aplicados al concepto abstracto de necesidad, la matizan y califican de pública. Aquí es donde precisamente entra en la lid el factor sociológico, habida cuenta de que a su vez estos coeficientes dependen de una concepción puramente fáctica del bienestar público, en la que incluso se puede prescindir de ulteriores valoraciones finalistas de conformación social o política.

(3) Aun en una tesis neutral del Estado la actuación de éste «ubi deficeret privata vis» se ha mantenido como justificada, si bien siempre a título excepcional. Así decía ADAM SMITH: «El Estado debe sostener los trabajos y las instituciones públicas que un pequeño sector no tendría interés en efectuar o mantener y cuyo beneficio no habría de compensar el gasto.» Y es que, en definitiva, el problema debe plantearse precisamente respecto a la elucidación de qué necesidades son públicas y si la satisfacción de las mismas a través del Estado no implica mayores ventajas a la comunidad que su logro a través de la *anomia* industrial privada.

En último término, y en lo que en este momento nos importa, es preciso subrayar la crisis de la clásica concepción liberal que justificaba formalmente la actuación del Estado en la «volonté générale», y la atribución actual de competencia al mismo sobre la base material de una «necessité générale», constatada como «necessité publique».

3. En cuanto al Derecho administrativo concierne, es preciso ante todo verificar las premisas sobre las que en cada momento se asienta. La variación de extensión e intensidad de las necesidades públicas, cuya satisfacción asume el Estado, establece una directa funcionalidad con las instituciones administrativas. Los fines del Estado o las necesidades públicas que la actuación de éste pretende satisfacer no son respecto al Derecho administrativo un *quid datum*, sino que constituyen efectivas variables del sistema conjunto. El concebir un Derecho administrativo adiafórico o «neutral» no cabe en nuestra ciencia, y ello por dos fundamentales razones: en primer término, porque la Administración no podría desplegar jamás su actividad sin disponer de medios idóneos en cada instante, medios que sólo a través de una sistemática jurídico-administrativa puesta al día cabe proporcionarle; y, en segundo lugar, porque en todo caso la existencia del medio condiciona la calidad del fin, dándose una interconexión íntima entre fin a conseguir y medio empleado que plantea en cada caso la necesidad de que exista una cierta armonía interna entre ambos (4).

Por ello todo esquema intelectual, aunque tienda a conseguir apoderarse del aspecto y naturaleza jurídicas de una institución administrativa, debe inspirarse por necesidad en las concepciones políticas y económicas del legislador e insertar éstas en el cuadro general de la Administración, que no puede definirse ya como órgano apolítico del poder, toda vez que lo político penetra hasta las mismas entrañas de lo administrativo, matizándolo y dándole dirección y sentido.

B) *El desbordamiento del Derecho administrativo clásico.*

Sentadas concisamente las anteriores premisas, se plantea a continuación un problema capital que no cabe desconocer si se quiere construir el sistema con honestidad intelectual. El Derecho Administrativo, como esencial y primario instrumento del Poder, no es ni puede ser indiferente o neutral ante los fines del Estado. Ahora bien: ¿cómo reaccionan las instituciones administrativas clásicas creadas en un supues-

(4) Precisamente la desarmonía es la que crea una serie de fenómenos complejos secundarios basados directamente en el orden jurídico existente y su inadecuación respecto al fin perseguido. Cfr. M. DE TORRES, *Teoría de la Política Social*, Madrid, 1949, p. 5 y ss.

to de Estado burgués de Derecho ante la realidad nueva de una expansión de los fines estatales y de la actividad de la Administración?

Respecto a este problema hay que afirmar que el proceso expansivo de lo público al enfrentarse con los esquemas lógicos clásicos muestra la inadecuación de éstos para servirles de instrumento y dar forma a las nuevas tareas estatales.

1. En efecto, por lo que hace a la estructura formal de la actividad administrativa, se venían tradicionalmente discriminando tres categorías de actuación: policía, fomento y servicio público (5). En un principio, cuando apareció el *jus politiae*, comprendía éste la totalidad de la gestión administrativa, definiéndose la policía como la actividad de la Administración consistente en el apartamiento de los peligros—personales o reales—al buen orden y seguridad públicos, matizada aquella actividad por una actuación discrecional de coerción (6). Esto es, toda

(5) Este esquema—construido en orden de mayor a mayor grado de actividad positiva—recuerda sugestivamente a los fines que inordinados de mayor a menor atribuía Santo Tomás en *De Regimine Principis* a la ciudad «ut bonam vitam instituat, ut institutum conservet, ut conservatam ad meliorem promoveat».

(6) Cfr. BERTHELEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1933, p. 267): «L'expression police designe l'ensemble des services organisés ou des mesures prescrites en vue d'assurer la maintien de l'ordre de la sécurité et de la salubrité á l'intérieur du pays». Cfr. Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, tomo III, ed. 1924, par. 19-26, p. 203 y ss.; Fritz FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 1928, p. 407 y ss.; Ernst Rudolf HUBER, *Die Deutsche Polizei, Bemerkungen zum Schriftum des Polizeirechts*, en el «Zeitschrift fuer die gesammte Staatswissenschaft», tomo 101, 1941, pág. 723 y ss.; JORDANA DE POZAS, *Los cultivadores españoles de la ciencia de la policía*, en «Rev. Vida Local», número 17, 1944, pág. 144 y ss.; C. GARCÍA OVIEDO, *La noción de policía en el nacional-socialismo*, «R. Legis. y Jurisprudencia», t. 174; L. WERNER, *Polizei und Verwaltung*, en el «Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht», Wien, 1946, p. 172 y ss.; HOEHN, *Die Polizei*, 1949; TOTZEK, en el «Archiv fuer oeffent. Recht», 1949, p. 199 y 208 y ss.; PTOCH, en «Deutsche Verwaltung», 1949, p. 124 y ss.; MIDDELHAUFE, en la misma revista, 1949, p. 92 y ss.; KLEINRAHM, en la misma revista, 1948, p. 107 y ss. NEBINGER, *Der Polizeibegriff und seine praktische Bedeutung*, en «Das Polizeiblatt.» 1950, Heft 4. En su sentido primitivo la policía designaba la total actividad del Poder Público (Capitulares de Carlomagno: la policía es la conservación del buen orden público). A partir de la época del Estado absoluto el *jus politiae*, que sirvió de fundamentador al poder del Príncipe, empieza un típico proceso de tendencia a una mayor concreción en cuanto al concepto, paralelamente a una evidente expansión del contenido. Desde el Estado absoluto la policía se identificó con el ámbito de actuación libre o discrecional. De este ámbito de discrecionalidad se desajó con PUFFENDORF el fomento, «Vorsorge fuer die Glueckseligkeit», que delimitó después Juan Esteban PUEFFER (*Institutiones juris publici germanici*, 1770, párrafo 331: «Ea suprema potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu rei publicae interno in commune metuenda, dicitur jus politiae. Promovendae salutis cura proprie non est politiae.» Con ello la noción de la policía se tipificaba por una doble nota: finalidad de apartamiento de los peligros—el «Stoerer»—y medio de discrecionalidad utilizado en cuanto a la coerción (Adolf MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927, p. 242). Ahora bien, esta delimitación del *jus politice* precisa un replanteo fundamental. Falta

actividad calificada por una noción teleológica de conservación del orden y seguridad de la *res publica* y por una noción de medio—la discrecionalidad—pertenece a la policía administrativa, cuya naturaleza por ende estriba en una mera limitación al ejercicio de derechos abstractos.

Desde los tiempos de PUETTER, en la Cameralística alemana, la actividad de fomento—«Fuersorgetaetigkeit»—se viene considerando como escindida de la actividad de policía. Pertenece a la policía la *cura aver-*

en el concepto de policía características peculiares y propias. La discrecionalidad no es exclusiva de la policía (aunque así lo haya afirmado alguna vez nuestra jurisprudencia (Sts. 30 abril 1900, 13 diciembre 1900), ya que es obviamente general al Derecho administrativo e incluso en el aspecto de discrecionalidad técnica, consubstancial a la idea del servicio público (S. 14 noviembre 1934). La nota de coacción y poder se da en la mayor parte de las instituciones administrativas (expropiación, obras públicas) e incluso fuera del derecho administrativo (derechos penal y civil). La conservación del buen orden en la *res publica* no es peculiar al *ius politiae*, sino general a todo el campo del Derecho (conservación de una paz justa). Tampoco es típico el que la función preventiva entre en primer lugar y sólo subsidiariamente en funciones la actividad represiva. Esta diferencia no se da—como dice MERKL—en la esencia, sino que supone tan sólo un momento cuantitativo. Punto de partida podría ser, quizá, no ya la discrecionalidad, sino la razón inmediata y directa de un interés público general legitimadora en el *ius politiae* de ataques a derechos adquiridos de los particulares (Sentencia de 16 de octubre de 1950). Por ello, aun sin llegar a una negación del concepto, como tal noción jurídica, como quiere WERNER, es preciso afirmar la necesidad de un examen nuevo de la idea. Y en este sentido, aparte de la inadecuación del concepto en cuanto no comprende, junto a las demás categorías del servicio público y del fomento, la total actividad administrativa, se afirma la crisis de la noción de policía administrativa. Es indicio de la necesidad de un replanteo la actual discusión sobre el tema. NEBINGER (en «D. oefft Verwaltung», 1949, p. 163) sostiene que el *ius politiae* se basa en el poder inmanente del Estado, sin necesidad de justificación específica (TOTZEK en el mismo sentido, con WERNER, BEST y MAUNZ). Contrariamente GALETTE y von HAMEL (pág. 579) entienden que le es necesario en todo momento al *ius politiae* un apoderamiento *ex lege*. MIDDELHAUFE liga este poder general—«*Generalermächtigung*»—sólo a la policía de seguridad, estimando ser preciso un poder concreto en el restante ámbito de policía administrativa. Prescindimos de una incidental crisis más bien nominal que propiamente conceptual del *ius politiae* en la moderna doctrina alemana, por la limitación de la idea de policía ante los criterios de la legislación británica de ocupación (Cfr. CLARKE, *The local government of the United Kingdom*, London, 1936, p. 302: «The police means the police force—the body of constables—the primary constitutional force for the protection of individual in the enjoyment of their legal rights») Vid. sobre esta crisis nominal Hans SCHNEIDER, *Die Neugestaltung des Polizeirechts in der britischen Zone*, en el «Festschrift fuer Julius von Gierke», 1950, p. 241; Georg KURTH, *Polizei und Verwaltung* en «Die Selbstverwaltung, Organ des deutschen Landkreistages», n. 10, oct. 1950, p. 289; WOLFF, en el «Monatschrift fuer Dt. Rechts», 1950, p. 5 y en el «Archiv f. oefft Recht», tomo 75, p. 476. Decimos que esta crisis es nominal, ya que en el sistema británico la policía administrativa no se limita en realidad a la policía de seguridad, sino a la «suppression of nuisances and prevention for the good rule and govern» (Cfr. *Local Govern. Act 1933*, sect. 249).

tendi mala futura, en tanto que es fomento administrativo la *cura promovendae salutis*, configuradas ambas como *partes potestatis publicae* (7).

Con el acrecentamiento de las funciones estatales surgió la noción del servicio público, desligada de las anteriores, como aquella actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública *nomine proprio* o por delegación. De este modo cualquier aspecto activo de la Administración quedaba estructurado, como facetas de la misma, en su parte de policía, su actuación de fomento y su gestión directa o indirecta del servicio público. Y del mismo modo que en un comienzo (8) la idea del *jus polittiae* se identificó con la soberanía, también vino con DUGUIT a confundirse la noción administrativa del servicio público con la idea política de la soberanía (9).

2. Con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico toda la clásica estructura categorial queda insuficiente. Junto a la policía, fomento y servicio público es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica. Las prestaciones de la Administración, en efecto, divergen en prestaciones efectuadas *uti singuli* o *uti universi* y a su vez aquéllas en prestaciones de servicios (servicio público) y prestaciones de bienes (gestión económica). Se tra-

(7) Cfr. Sobre el concepto de fomento, JORDANA DE POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, en «Rev. de Estudios Políticos», dic. 1949. Por otra parte, también la actividad de fomento resulta indefinida dentro de una pura lógica jurídica. Como ha dicho HAURIOU, tanto da decir que el Estado fomenta la beneficencia (fomento), como que prohíbe la mendicidad (policía). Quizás fuese más fructífero a los efectos de la sistemática jurídica de lo administrativo insertar la actividad de fomento—sobre todo en la actuación económica de la Administración—en el cuadro general de la Administración indirecta del Estado, y específicamente con la colaboración privada en los fines administrativos. Vid. en el texto, *infra*.

(8) Cfr. WERNER, *op. cit.*

(9) También es preciso replantear las notas típicas del servicio público en el sentido restringido cuya conservación se predica en el texto. Característica del servicio es el sistema de cola (JORDANA DE POZAS), de su prestación frente al público. En efecto, ante un servicio o una mercancía escasa, la distribución puede operarse de distintas formas: o bien por el precio libre del mercado (quien más ofrece se queda con la mercancía, eliminándose por el precio alto a un sector de la demanda), o bien la contingentación (sistema de abastecimientos en artículos de primera necesidad). En el sistema de cola el precio es el mismo para todos los usuarios, de forma que no se sigue la distribución por precio libre, ni se contingentan normalmente, sino que quien primero llega utiliza el servicio. Esta característica, que era indudablemente cierta en otro tiempo, no es ya inherente a la noción del servicio público, que se presta hoy en muchos casos a través de preferencias determinadas por la Administración (transportes de mercancías por ferrocarril; vid. *infra* nota 126), e incluso por el sistema de contingentación.

ta en el ámbito de la gestión económica de una dación al mercado y no de la prestación de un servicio a los administrados (10).

Quizás con la introducción de una nueva categoría en el Derecho Administrativo parezca seguirse el camino más fácil, ya que en realidad toda investigación jurídica se encamina *prima facie* a encasillar el nuevo hecho en los tipos preformados existentes. Ahora bien, cualquier otra solución que pretenda examinar las nuevas realidades a través de prismas anteriores conduce inexorablemente a una de estas dos vías: o bien a deformar los antiguos conceptos, quitándoles relevancia y fecundidad, o bien, negando que el nuevo hecho encaje en los módulos antiguos, a abandonarlo, dejándolo fuera del Derecho administrativo (11). Ninguna de estas dos soluciones parece preferible a la que se postula.

(10) W. JELLINEK habla en términos más generales, que agrupan por ende al servicio público y a la gestión económica, de la actividad administrativa como dadora —*Die Verwaltung als Geber*— (*Verwaltungsrecht*, p. 505). FORSTHOFF (op. cit. pág. 263) califica la actividad de gestión como actividad de procuración —*Vorsorgungstaetigkeit*—. La técnica italiana —procedente de SANTI ROMANO y desarrollada por R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946—, que ha recogido FORSTHOFF para la técnica germana (*Die Verwaltung als Leistungstraeger*, 1938), podría resultar fructífera para este examen conjunto si no se refiriera sólo al servicio público, en sentido estricto, visto, además, desde la perspectiva del administrado y limitándose a las relaciones jurídico-obligacionales surgidas en el acto de la prestación; tres aspectos estos que no cuadran a la actividad de gestión a que nos referimos en el texto. En lo que hace a la terminología del texto, el concepto de gestión, separada de la idea del servicio público, procede *in nuce* de HAURIUO (*D. Administratif*, 11 edición, p. 19), que ha hablado de la *gestion administrative*, aunque en términos generales («L'activité de l'Administration publique organisée en una institution doit être considerée comme una sorte d'entreprise de gestion d'affaires dirigée á la fois dans l'interet du Gouvernement de l'Etat et dans l'interet du public»). JEZE (*Principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1949, II, 1, pág. 8) propone la misma terminología, si bien ya restringiendo su contenido: «Para los casos de satisfacción de una necesidad de interés general por parte de los agentes públicos, siguiendo exclusivamente los procedimientos de Derecho privado, se podría emplear las palabras *gestión administrativa* o cualquiera otra expresión.» «Hay en la misma categoría de las empresas obstáculos objetivos a su calificación como servicios públicos» (id., pág. 20, nota 36).

(11) En gran parte el desdén administrativista por este aspecto de la gestión económica de la Administración, ha dado lugar a que se recoja por el llamado Derecho económico. POLO, *El nuevo Derecho de la Economía*, «Rv. D. Mercantil», 1946, págs. 378 y s.; AUNÓS, *Las últimas evoluciones del Derecho social y Derecho económico*. (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1947); J. RUBIO, *El nuevo Derecho de la economía: su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil*, «Rv. D. Mercantil», núm. 3; HEDEMANN, *El Derecho económico*, «Rv. D. Privado», mayo 1943; J. GARRIGUES, *Hacia un Derecho español de la economía* (en tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo, Madrid, 1939); J. W. HEDEMANN, *El auge del Derecho económico*, en «Investigación y Progreso», junio 1941; LINDEMANN, *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsrechts*, Jena, 1932; P. M. GONZÁLEZ QUIJANO, *El Derecho económico social*, Madrid, 1951 (en prensa).

Este nuevo concepto, nuevo por lo relativamente reciente de la actuación directa de la Administración en la producción, supone no sólo la creación de un nuevo módulo discriminador y encuadrador de lo administrativo, sino la necesidad imperiosa de tamizar los antiguos conceptos y ajustarlos a la nueva realidad de hecho. Esto implica, no sólo un resquebrajamiento del edificio tradicional del Derecho Administrativo, sino que trasciende este ámbito y entra en el campo financiero del Estado, ya que junto a la actividad material, el empresariado administrativo supone un traspase del clásico Estado financiado exclusivamente a través del impuesto hacia el Estado empresario (12). A la vez surge—aunque ello no tiene el mismo carácter de hecho nuevo—una técnica en el manejo extrafiscal del impuesto dirigida al fomento de aquellas industrias que interesan a la economía del país, frente al tradicional manejo del impuesto en sus tareas extrafiscales, como meramente cercenador de actividades privadas. Así el fin extrafiscal del impuesto no se motiva por una idea policial, sino sobre una base de fomento económico, o mejor aún de mediata administración de la industria privada (13). Con ello se coadyuva a superar la idea de los clásicos (SMITH, RICARDO, MILL) de que el impuesto no debe alterar el equilibrio económico. Por el contrario, el impuesto debe modificar hondamente este equilibrio, en primer término en aras de su misión extrafiscal, y, en segundo lugar porque en definitiva y ya en un sentido más trascendente, en el desequilibrio puede precisamente situarse nada menos que el principio motivador del progreso económico (SCHUMPETER).

3. El carácter incompleto del servicio público y su obvia inadecuación para comprender el nuevo fenómeno, se manifiesta en la estructura general de la Administración, alcanzando a las instituciones administrativas tradicionales basadas en esencia sobre el principio general informador del servicio público. En efecto, el servicio público se concibe como piedra angular del Derecho Administrativo clásico y fundamento de todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa.

Sin preconizar un monismo del Derecho público, que en la actual evolución sería a todas luces injustificado, parece necesario reivindicar para el Derecho administrativo toda aquella parte de la actuación directa del Estado en la vida económica, así como las medidas de policía industrial.

(12) Cfr. SULTAN, *Das Verhaeltnis von Steuerstaat und Unternehmerstaat*, en el *Festgabe fuer Georg Schanz*, tomo I, págs. 407 y ss.

(13) El manejo extrafiscal con fines de policía administrativa a que se alude fué el propugnado por T. MUN, PETTY, DE LA COURT, CHILD, HUME, y consistía en el gravamen de bebidas alcohólicas, impuestos sobre artículos de lujo, sala de juegos, etcétera. Cfr. P. KEHL, *Die Steuer in der Lehre der Theologen des Mittelalters*, Berlín, 1927, págs. 275 y ss., sobre la doctrina escolástica alrededor del carácter penal del impuesto.

Este fecundo principio ha quedado empero desbordado por la actual expansión de la actividad administrativa. En su sentido originario el concepto del servicio público sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes. No puede por ello comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales, planteándose en consecuencia el dilema de, o bien extender—degenerándolo—el concepto de servicio público, con lo cual podría intentarse dejar incólume el basamento del Derecho Administrativo tradicional, o bien replantear los conceptos, en busca ya de categoría superior, ya de categoría distinta pareja a la tradicional (14). Normalmente, tanto en la doctrina como en la legislación y en la aplicación práctica del Derecho, la noción de servicio público se conecta a toda la actividad positiva de la Administración (15). El mismo DUCUIT (16), sin embargo, concreta esta am-

(14) TREVoux («Re. pol.», núm. 2, 1938, cit. por LAUFENBURGER, *Intervención del Estado en la vida económica*, México, 1945, pág. 32), sigue el primer camino de incluir la actividad industrial en el concepto de servicio público concluyendo que la coincidencia de dos características en una industria —monopolio y necesidad pública— la convierten en servicio público. Charles BLAEVOET, (*Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925*, en «Revue de Droit public», 1926, págs. 54 y ss.) establece una distinción entre el *servicio público en sentido material* y *servicio público en sentido absoluto*. Servicio público en sentido material sería la institución destinada a proveer una necesidad esencial de la población y se caracterizaría: 1), necesidad de un funcionamiento continuo, regular, imparcial y no lucrativo; 2), aplicación posible de reglas que están fuera de la órbita del Derecho común para asegurar ese funcionamiento; 3), provisión legal del empleo de estos procedimientos; 4), creación dejada a la apreciación discrecional de la autoridad; 5), establecimiento por la Administración de las tasas a los usuarios. El servicio público en sentido absoluto consistiría en la provisión de determinada prestación o de cierto producto a cualquiera que lo solicite. Cfr. en relación con la crisis del concepto tradicional del servicio público: G. MORANGE, *La declin de la notion de service public*, «Daloz», 1947; Ch. BLAEVOET, *Les services et établissements public à caractère industriel et commercial*, «Daloz», 1947; R. MASPETIOL, *La notion de service d'intérêt general et public et la théorie juridique des institutions corporatives*, «Droit social», 1944, págs. 161 y ss.; C. CHAVANON, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial*, thèse, Bordeaux, 1939. LAROQUE incide en el criterio extensivo: «On doit admettre qu'est service public toute entreprise gérée par une collectivité publique et pourvoyant á un besoin ayant un caractère de continuité.» (*Les usagers des services publics industriels*, th. París, 1933, pág. 9. Cfr., además, Henry CULMANN, *Les services public économiques*, París, 1943; M. MONSEGUR, *Aux confins du service public et de l'entreprise privé = les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*.

(15) El criterio de extender el concepto de servicio público a la producción de bienes económicos parece haber sido seguido por vía legislativa al incluir como gestores de servicios públicos organismos de estricta producción. Así la Ley de 5 de noviembre de 1940 y O. M. de 6 de abril de 1943, I y regla 13 O. 9 junio 1943. Ello no es sino consecuencia de una consideración preliminar del servicio público en un puro sentido subjetivo o estructural: es servicio público —en este concepto—

plia noción considerando como servicio público «toda actividad cuya realización deben asegurar, regular y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa»; el servicio público supone una «actividad tal que los gobernantes están obligados a intervenir con el monopolio de la fuerza que ellos poseen para asegurar su realización» (17). JÉZE (18) repite la nota de poder que debe regular la noción del servicio público.

En este sentido, el más amplio, para calificar de servicio público a una actividad de la Administración deben conjugarse dos criterios: 1.º potestad e intervención administrativas como único camino para prestar el servicio; 2.º existencia de un control—y consecuentemente un *jus variandi*—de la Administración pública (19).

La actividad de producción, frente a estos criterios estrictos, no es privativa de la Administración. Esta asume dos distintas clases de funciones. Los servicios exclusivos y los llamados por BERTHELEMY (20) servicios facultativos—o, por mejor decir, actividad facultativa—, esto es, aquellos que no se ligan necesariamente a la Administración, sino que pueden prestarse por los particulares. La noción de servicio público estricto—frente a esa actividad facultativa—tiene una clara vocación al monopolio (21), que se presume (Sentencias de 26 de junio 1889, 25 junio 1890), siendo este carácter en muchos casos inderogable (Sentencia 27 febrero 1897). El procedimiento de derecho público, con ejercicio de poderes exorbitantes, es consubstancial de otra parte con la

todo lo que gestiona la Administración, con lo cual la mayor parte de la actividad positiva de aquélla cae dentro de este amplísimo concepto.

(16) L. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2.ª edición, II, 1923, pág. 55.

(17) CHARDON, *Le pouvoir administratif*, 1910, pág. 45.

(18) JEZE, *op. cit.*, págs. 7 y ss. Cfr. la polémica HAURIOU-JEZE-DUGUIT en el preámbulo a la 11 edición del *Précis de HAURIOU* (La puissance publique et le service public). *Op. cit.*, págs. 7 y ss.

(19) JEZE, *op. cit.*, pág. 7: «La organización de un servicio público propiamente dicho es modificable en cualquier momento, sin que ningún obstáculo jurídico pueda impedir esa modificación. Ello se deriva de la propia idea de la inalienabilidad de la soberanía.»

(20) BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1921, pág. 671.

(21) HAURIOU configura la nota de monopolio como natural, no esencial, a la idea del servicio público. De todos modos, en la producción administrativa sólo puede darse monopolio en los casos en que el consumidor único sea la propia Administración (armamentos, moneda), sin que normalmente pueda presentar su producción en el mercado. Excepción a esta regla general lo constituyen los casos de municipalización de servicios industriales en que tras expediente se autorice el monopolio. En todo caso la autorización del monopolio en estos supuestos tiene siempre carácter excepcional.

idea del servicio público. Estos dos caracteres de exclusividad regalista y procedimiento de imperio no se dan normalmente en la actividad productora de la Administración, por lo cual no parece posible su calificación como servicio público.

Aún más: en la tesis iniciada por HAURIU, que el «Conseil d'Etat» impuso positivamente por vía jurisprudencial, se configura como esencial al servicio público la prestación regular y continua. Y esta esencialidad se muestra con evidencia si se piensa en el especial régimen jurídico del servicio público (interdictos, quiebra, huelgas, embargos, órdenes de suspensión). Así dice en nuestro Derecho el Decreto de competencia de 16 febrero 1934: «No puede entenderse por servicio público sino aquel que de manera regular y continua satisface una necesidad pública», encaminado a la protección de esta nota de regularidad prestatoria. En la actuación de gestión económica no se tiene este criterio de continuidad en el mismo sentido que en el clásico servicio público, como no se quiera conectarlo a la mera actividad y no a la prestación, ya que ésta va ligada a la existencia de un necesario período de maduración (STACKELBERG) por una parte, y de otra—y ello es más trascendental—no se realiza con miras a una constante regularidad, sino más bien con la expectativa de un deseable aumento productivo.

Por último, el usuario del clásico servicio público tiene un evidente derecho abstracto a la prestación, exigible judicialmente (22), derecho que no se da en la actividad administrativa de producción.

Por todo ello parece concluirse la inadecuación del concepto técnico de servicio público a la actividad industrial de la Administración. La concreción de ese concepto a los límites estrictos que se han señalado ha discriminado entre toda la actuación administrativa una parte típica señalada con una unidad de características y de problemática sobre las cuales la investigación concentrada ha llegado ya a criterios y aplicaciones sumamente eficientes y fecundos. Constituiría un error radical prescindir de estos positivos logros constructivos por el prurito de extender el concepto a las nuevas actividades de la Administración con el solo objeto de pretender salvar formalmente la vieja sistemática; por otra parte, el sacrificio sería estéril, pues en definitiva tal extensión del concepto de servicio público, hecha a costa de prescindir de los límites que lo han definido dialécticamente implicaría vaciarlo de significado, con lo que ya no calificaría de contenido alguno ese nuevo objeto que trata de incluirse.

4. Por modo contrario a la idea de servicio público, el concepto de concesión de servicios precisa un replanteo total de su problemática.

(22) Vid. L. DUCUR, en los *Melanges Maurice Maurion*, y R. J. ALESSI, opus. cit.

tica en sentido extensivo. Y ello es lógico, porque en definitiva no siendo la concesión otra cosa que una transferencia al particular de funciones y poderes de la Administración, al ampliarse el ámbito de estas funciones atribuidas al Estado es congruente que se amplíe correlativamente, al menos en potencia, la idea concesional.

Tradicionalmente la concesión de servicio público se ha ligado a un régimen reversional, que merece reconsideración (23). Aparte de ello, la concesión de servicios se tipifica por la gestión colaboradora del particular en relación con una esfera de actuación originariamente administrativa (24), así como por los elementos integradores del concepto: tasas que verifican la ecuación financiera indispensable en esta colaboración, condiciones concesionales, ligadas en caso de incumplimiento culpable a la caducidad de la concesión.

Esta idea de servicio concedido respondía a una especificación de un concepto superior genérico, la de concesión, escindida luego en las dos formas de concesión demanial—versando sobre dominio público—y concesión de servicio—sobre servicio público—. Frente a esta dicotomía, que ya de suyo acusa debilidad en muchos casos (25), surgen al socaire de la expansión actuante de la Administración pública nuevas formas de concesión, que no son de servicio público, toda vez que no suponen prestación de servicio frente al público, ni recaen, por otra parte, sobre dominio público, con lo cual se excluye también su calificación como concesión demanial.

Supuestos de este *tertium genus* en la clasificación clásica concesional existen abundantemente (26). Se da en ellos la gestión colabora-

(23) La doctrina ante hechos reales de servicio público gestionados sin reversibilidad configuró estos casos como contratos de gestión de servicios públicos, diferenciando así este tipo jurídico de la concesión de servicios, propiamente tal a la que se reservaba como esencial el régimen de reversión. Parece absurdo aferrarse a esta esencialidad y crear un tipo jurídico irrelevante en cuanto a las demás consecuencias legales, sólo para justificar una falsa posición de principio. Por lo demás, de esta distinción no se ha hecho eco nuestro Consejo de Estado, que ha estimado ser nota accidental y no esencial, ni siquiera ahora la reversión para calificar la existencia de una concesión. Consulta número 6.683 del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950.

(24) Concepto del Consejo de Estado. Consulta citada en la nota anterior.

(25) Por ejemplo, las concesiones de saltos de pie de presa configuradas como demaniales, y que tienen de modo obvio un carácter de concesión de servicios, siendo la *locatio operis* tan sólo una fase preparatoria del servicio.

(26) Concesión de cultivo de semilla de remolacha azucarera (O. 8 noviembre 1941), concesión de cultivo de tabaco (art. 36 Regl. 24 agosto 1932, D. 14 septiembre 1943, O. 15 abril 1943, D. 2 junio 1944, Regl. 14 julio 1945), concesión de zonas algodonerías (O. 21 diciembre 1940, D. 5 noviembre 1940, O. 26 diciembre 1941, O. 8 enero 1943, O. 7 julio 1945, O. 21 noviembre 1945, O. 7 octubre 1949), concesión de cultivo de arroz en zonas pantanosas (D. 14 diciembre 1940), concesión de explotación de algas en el litoral español (O. 30 octubre 1945), concesión de cotos arroceros en deltas y zonas bajas de los ríos (L. 17 marzo 1945, D. 23 mayo 1945),

dora del particular respecto a una esfera de actuación administrativa, están delimitadas por un término, se vinculan al cumplimiento de condiciones cuya inejecución motiva la caducidad y se adjudican mediante concurso público; en la mayor parte de los casos se configuran como verdaderos monopolios. Incluso nominalmente se califican en el texto legal como «concesiones».

La inadecuación de los esquemas clásicos en torno al concepto de concesión administrativa se muestra también en este nuevo ámbito, para el que no cabe aplicar ni una ni otra fórmula de clasificación, siendo obligado por ello la inclusión de una tercera clase de concesión: la concesión industrial.

5. También la clásica institución de la expropiación forzosa ha quedado insuficiente para explicar la total realidad administrativa. En primer término por la ampliación del título expropiatorio, que de la necesidad pública pasó a la utilidad pública, utilidad nacional, inte-

concesión de cultivo de lúpulo (D. 23 enero 1945), concesión de pesquerías de ballenas en aguas no territoriales (O. 22 noviembre 1950), concesiones de pesca del bacalao (O. 19 junio 1940), concesiones diversas de cultivo (D. 15 diciembre 1950, D. 30 enero 1935), etc., etc. Casos más dudosos son los relativos a los concursos para explotaciones industriales, en los que el Estado sólo concede el carácter de interés nacional de la empresa (por ejemplo, D. 1 septiembre 1948, sobre fabricación de penicilina). La concesión de industria, en otro sentido, no es nueva (cfr. S. 27 junio 1901). Caso dudoso supone también en campo distinto al de la producción industrial la gestión por entidades aseguradoras privadas del Seguro de Accidentes del Trabajo (artículos 105 a 108 del Reglamento de 31 enero 1933, D. 26 mayo 1943, O. 9 julio 1941, O. 1 diciembre 1948), en que la gestión es compartida por la Administración, —Caja Nacional de Accidentes del Trabajo— y por los particulares, disfrutando éstos del apremio especial para la exacción de primas (O. M. 1 diciembre 1948). En el mismo caso se encuentran las llamadas «entidades colaboradoras del Seguro de Enfermedad» (O. M. 19 febrero 1946). (Por la idea de concesión se pronuncia Enrique SERRANO GUIRADO, *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, 1950, pág. 247). (Cfr., en este sentido, *Le contrôle des assurances privées a l'étranger*, en el «Bulletin de Législation comparée», 1941, núm. 1, pág. 172 y ss.). La función social que la propiedad supone en cuanto a los intereses de la nación, implica, por otra parte, que el carácter de las llamadas «autorizaciones» de apertura de industria se acerque cada vez más a la idea concesional. En este sentido, por ejemplo, respecto a las farmacias, se pronuncia—si bien con ciertas reservas—Guido FALZONE (*Le farmacie, natura giuridica e trasferimento*, Ed. Lilia, Palermo, 1948), calificándolas de servicios de pública necesidad, paralelamente al servicio público. (Cfr. también CATALDI, *La concessione farmaceutica*, Roma 1948). En España este supuesto podría también extensivamente calificarse de concesión a la vista de que no se trata de libre ejercicio industrial (R. D. comp. 1 agosto 1922) y de la normativa sobre su apertura, ejercicio industrial y transferencia (Ley de Sanidad de 28 noviembre 1855, Ordenanzas de Farmacia de 18 abril 1860, Instrucción general de Sanidad de 12 febrero 1904, Ley de Coordinación sanitaria de 11 julio 1934, Reglamento de inspección farmacéutica 14 junio 1935, Ley de Bases para la Sanidad Nacional de 25 noviembre 1944, etc.). En Francia, LUCHAIRE propone para estos casos (bancos, seguros) el término de servicio privado, como noción paralela al clásico servicio público.

rés público y, finalmente, a interés social o fiscal (27). En segundo término, por la generosidad en su otorgamiento a favor de administrados. Mas, sobre todo, por la aparición de nuevas formas expropiatorias, ligadas a la expansión actual de las actividades administrativas, que han hecho que la expropiación forzosa quede relegada a una subespecie de institución general más amplia, la transferencia coactiva de la propiedad privada. No son infrecuentes, en efecto, los casos en que la Administración se reserva toda la producción de un determinado bien económico, obligando a los productores a que se lo vendan, y declarando a la vez ilícita y punible la tenencia de ese artículo. Esta transferencia forzosa se opera o bien a favor de la Administración, para que ésta a su vez redistribuya el producto, o bien ya directamente a favor de determinados consumidores (28). Otro supuesto de la transferencia coactiva es la que versa sobre el derecho de explotación, no sobre el dominio,

(27) Expropiación por interés social (Ley 7 agosto 1941, viviendas protegidas, Regl. 7 septiembre 1939, Instituto Nacional de la Vivienda, Ley 27 abril 1946, Colonización, D. 19 febrero 1934, D. 24 mayo 1934, Confederaciones Hidrográficas, D. 23 septiembre 1939, Reconstrucción nacional, etc., etc.), expropiación por interés nacional (Regl. 10 marzo 1881, R. O. 5 enero 1917, Regl. 13 enero 1921, D.-L. 23 abril 1943, L. 24 noviembre 1939), expropiación por interés fiscal (en la contribución territorial y en la imposición de derechos reales), etc. etc. En cuanto a la afirmación que sigue en el texto de expropiaciones a favor de particulares, son ejemplos las relativas a industrias de interés nacional (L. 24 octubre 1939), solares (L. 15 marzo 1945), minas (L. 19 julio 1944), Instituciones benéficas y culturales (L. 17 julio 1945), etc. etc.

(28) Trigo: Ley de Ordenación triguera 23 agosto 1937, D. 15 junio 1940, D. 15 diciembre 1950, Circ. 27 febrero 1945, O. 12 septiembre 1945, Circ. 8 agosto 1949, O. 19 septiembre 1949, etc., etc. Aceite: O. 8 enero 1940, etc. Arroz: O. 12 septiembre 1940, etc. Alfalfa: O. 10 enero 1946, Circ. 6 marzo 1946. Regeneración de lubricantes: O. 23 diciembre 1940 (único comprador, CAMPSA). Adjudicaciones forzosas nominativas de aceites industriales y ácidos grasos a fabricantes de jabón: Circ. 13 febrero 1943. Harina: Circ. 4 agosto 1950, etc. Avellana: O. 31 julio 1950. Azúcar: O. 1 agosto 1950, Circ. 4 agosto 1950, etc. Caña de azúcar: Circ. 4 agosto 1950, etc. Maíz: D. 23 febrero 1938, O. 12 febrero 1938, O. 27 julio 1938, etc. Formas paralelas de transferencias coactivas en cuanto a la explotación y sin indemnización supone la Ley de 3 de mayo de 1938 y O. 31 de mayo de 1938 sobre recuperación agrícola en fincas abandonadas, D. 3 de mayo de 1938 sobre incorporación industrial en talleres abandonados, el D. de 12 marzo 1937 sobre gerencia de buques incautados, etc. Las formas de transferencias coactivas citadas al principio de esta nota se refieren, sobre todo, a los artículos alimenticios de primera necesidad, y en este aspecto el fenómeno no es exclusivamente español, sino que traduce una orientación general. (Cfr., *Le contrôle des marchés et des prix agricoles en France et en Allemagne*, en el «Bulletin de Législation comparée», 1942, núm. 5.) Esta transferencia coactiva se ha evidenciado como el único resorte para evitar alzas abusivas de precios y para proceder a una justa distribución contingentada. Por otra parte, otros intentos de llegar al mismo fin por medios de policía administrativa se han mostrado a lo largo de la historia como infructíferos. El problema, en efecto, es antiguo. El rescripto de ZENON en 483 *de monopoliiis et conventu negotiatorum illicitis*, Cod. IV, 59, trata ya de este problema.

en los casos de laboreo forzoso incumplido (Ley de 5 de noviembre de 1940 y Decreto de 15 de marzo de 1946).

Todos estos supuestos, que parte de la doctrina considera como aplicación de la clásica expropiación forzosa (29) evaden de modo obvio el ámbito tradicional de la institución, que se liga normalmente al servicio público. Precisa por ello también en este aspecto un replanteo de la problemática.

6. El fenómeno se repite aún en otros campos. Paralelamente al dominio público, el Estado, y, más extensa pero menos intensamente, las entidades territoriales, están constantemente incrementando su dominio patrimonial. Sin hacer mención al dominio agrícola y forestal, de antigua raigambre histórica, el Estado explota minas (30), construye, dirige fábricas por gestión directa, y participa a través del accionariado administrativo en las empresas privadas. Se da una nueva realidad, la del crecimiento y auge del patrimonio administrativo. Parece que para este nuevo patrimonio industrial debe aplicarse en buena parte la idea de afectación administrativa, reservada celosamente hasta ahora al dominio público en sentido estricto. De un lado, negativamente, se excluye a este patrimonio industrial de los criterios restrictivos de la mano muerta, que, no obstante, se siguen aplicando al dominio fundiario clásico; por otra parte, ya positivamente, la regla de la inalienabilidad se predica con frecuencia respecto de estas titularidades. Esto ha coincidido con la crítica de la misma idea de afectación como definidora del dominio público (31). Sin embargo, si las puras reglas del do-

(29) Por ejemplo, TUMIATI, en *Sinesi giuridica*, fascículo 593, sobre la paralela regulación italiana de *obbligo degli ammassi*. En el mismo sentido, Ludovico BARASSI, *La proprietà nei nuovo Codice civile*, 1943, pág. 182. En este criterio inciden en España LÓPEZ RODÓ, *Intervencionismo administrativo en materia de subsistencias*, en el «Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad d Coimbra», 1944, y A. GUAITIA MARTORELL, *Notas características del régimen de abastecimientos en España*, en «Rev. Estudios Vida Local», núm. 52, jul.-agosto 1950, págs. 547 y ss.

(30) Cfr. nuestro artículo *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, en esta REVISTA, núm. 1, 1950, págs. 96 y 97.

(31) Respecto a la diferencia de criterios en la aplicación de los principios restrictivos de la mano muerta al patrimonio industrial y al patrimonio fundiario, es ejemplo expresivo el que ofrece la Circular de 7 enero 1948, sobre incautaciones por responsabilidades políticas; así como el patrimonio inmueble se enajena siguiendo la regla desamortizadora, por el contrario, se conserva y explota en gestión directa las empresas —Prensa— incautadas. En términos generales, vid. infra nota 122. Sobre la regla de la inalienabilidad aplicada a este patrimonio, vid., también, infra en el texto (Empresas del I. N. I., CAMPSA e IBERIA). Finalmente, por lo que hace a la crisis del concepto mismo del dominio público alrededor de la idea clásica de afectación, cfr. M. ALIBERT nota en R. Sirey, 1930, 3, 1; L. JANSSE, *Les traits principaux du regime des biens du domaine public*, Paris, 1938; A. de LAUBADERE, *Dominiatité publique, propriété administrative et affectation*, en «Revue de Droit public», marzo 1950, págs. 5 y ss. La afectación puede aplicarse extensivamente incluso a la propiedad privada (mínimo fundiario, zoning urbanístico, etc.).

minio privado no son aplicables a ese patrimonio industrial, tampoco se explicaría su dogmática por una extensión simple de los principios clásicos del dominio público. Entre esta dicotomía tradicional se hace así preciso hacer lugar a una nueva especie.

7. De todos los conceptos tradicionales del Derecho administrativo, empero, el que quizás con mayor intensidad ha sufrido el embate del contraste con la nueva realidad del intervencionismo económico de la Administración es el clásico concepto de establecimiento público. De crisis de la noción de establecimiento público se viene hablando (32) en el sentido de ser insuficiente la tradicional delimitación que del mismo se había estructurado. El establecimiento público clásico se configura como la personalización, en manos administrativas, de un servicio público general, con autonomía jurídica y financiera. Por ello en este caso la inadecuación del concepto no es sino consecuencia de la limitación de la idea que le sirve de base: el servicio público. No encajando en el ámbito del servicio público, como se ha visto, las nuevas actividades económicas de la Administración, queda desorbitado el concepto derivativo de establecimiento público para aplicarlo a las entidades autónomas titulares de esa actividad.

Se ha propuesto por ello la escisión del establecimiento público en tres categorías distintas: el establecimiento público tradicional, como incorporación autónoma del servicio público en sentido clásico; junto a éste las nuevas figuras del establecimiento público intervencionista y del corporativo. Las dos primeras formas reúnen en común la característica de titulares del poder de *imperium* administrativo, con Caja autónoma, y son considerados en todo caso como «Organismos propios de la Administración del Estado» (33), gozando ambos de personalidad y capacidad jurídicas independientes. Al lado de estas dos categorías aparece el establecimiento público corporativo considerado, no como parte de la Administración, sino como medio de indirecta actuación de la misma, al resultar investido de poder de imperio administrativo una organización con origen material sustantivo.

Con ello queda la noción-raíz de establecimiento público replanteada en las siguientes características: personalidad jurídica, autonomía financiera y gestión propia de un ámbito de actuación originariamente administrativo, con las características imperativas de la *publica potestas* (34).

(32) Rolland DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*. París, 1950.

(33) Ley de 5 noviembre 1940, Ley 13 marzo 1943, O. M. 6 abril 1943, O. M. 10 julio 1943, O. 29 julio 1943, O. 11 septiembre 1945, O. M. 31 enero 1944.

(34) La clasificación supra expuesta procede de DRAGO, *op. cit.* WALINE, en el prefacio de la obra de DRAGO, adopta una clasificación según el grado de descentralización verificado en el establecimiento. En una primera serie de casos, el establecimiento

8. La crisis de los conceptos tradicionales de que se ha hecho so-mera mención obedece en esencia a dos motivos: en primer término, a una innegable mutación de la realidad administrativa, y en segundo lugar, a una distinta consideración de los procedimientos jurídicos utilizados por la Administración. La falta de preparación del Derecho administrativo clásico, en efecto, para adecuarse y comprender de modo congruente las nuevas actividades de la Administración pública, obedece primordialmente a un peculiar enfoque del Derecho administrativo en cuanto instrumento formal. De hecho, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia llegaron, *nemine discrepante*, a la creencia de que no siendo servicio público la actividad de producción—limitada entonces a la administración del patrimonio privado—, debía, por su propia substancia, ser regulada por las normas de Derecho privado. Las citas y referencias son aquí obvias, por ser general esta postura en los tratados y manuales al uso. Según esta postura, la actividad de la Administración, cuando se dirige a la consecución de un interés público, debe someterse a la disciplina del Derecho público, de modo que si determina su voluntad a través de esquemas privatísticos, ello implica la ausencia de un público interés. Ahora bien, frente a esta tesis hay que tener en

público gestiona los intereses de una colectividad totalmente diferente de la población global del Estado, de la Provincia o del Municipio; y esta colectividad designa por sí, mediante elección, quiénes han de dirigir sus intereses. El tipo de establecimientos de esta clase son las Cámaras de Comercio. La descentralización es la máxima posible. En una segunda serie de casos, los intereses gestionados son siempre intereses distintos de los de la colectividad territorial; los establecimientos de beneficencia, por ejemplo, tienen un patrimonio que es, en realidad, de los pobres de la localidad (asi, nuestra jurisprudencia, S. 31 marzo 1949) y no de todos los habitantes, ya que disponer de sus bienes en favor de la generalidad sería un verdadero espolio. La descentralización no existe sino desde el punto de vista territorial y desde el punto de vista de la designación de los administradores. Por último —y este es el caso más frecuente—, se llega a una situación en que es difícil discernir una colectividad distinta de interesados, cuyos intereses gestione el establecimiento público: «el servicio público prestado interesa a la colectividad nacional entera.» Se sigue en el texto la clasificación de DRAGO, porque si bien incide—como WALINE—en el error de atribuir una desmesurada extensión a la noción del servicio público, se ajusta más al aspecto de intervención administrativa en la economía y es, en definitiva, más fecundo.

Parece interesante destacar cómo la definición adoptada normalmente por los administrativistas germanos comprendía, desde su origen, al conjunto de establecimientos públicos —tradicionales, intervencionistas y corporativos— actuales. Así la inicial definición de OTTO MAYER (*Verwaltungsrecht*, pág. 268, tomo II): «el establecimiento público es un conjunto de medios reales y personales destinados a servir permanentemente en manos de un titular de la Administración pública a un fin público especial («Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln saechlichen und persoenlichen, welche in der Hand eines Traegers oeffentlicher Verwaltung einem besonderen oeffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt ist.») Esta adecuación *ex ante* a las actuales formas institucionales no se debe precisamente a una previsión, sino más bien al desdén hacia la idea de servicio público, único criterio en su día para concretar —como hizo la doctrina francesa— un preciso concepto del estable-

cuenta que de hecho la Administración puede conseguir idéntico efecto (adquisición de un terreno para obra pública, por ejemplo) ya con un negocio disciplinado por el Derecho público (expropiación forzosa), ya con un contrato privado (compraventa), sin que exista obligatoriedad en la elección del medio. Sin llegar a la conclusión de CANTUCCI de que los criterios y finalidades económico-privados de la Administración son finalidades públicas por el simple hecho de ser adoptadas y perseguidas por sujetos públicos, es lo cierto que si el módulo discriminador de lo público y lo privado es la finalidad y motivación de la actividad, la gestión industrial de la Administración es, en la mayor parte de los casos, ocasionada por fines públicos y con miras no a un fin de lucro, sino más bien, positivamente, a un desarrollo de la economía nacional. Ello es precisamente lo característico de la nueva actividad productora de la Administración y lo que desencaja los esquemas clásicos: la persecución de fines públicos industriales, superando la vieja concepción del patrimonio particular de la Administración, limitado a fines fiscales o lucrativos. Se trata, en el sentido de que más atrás se ha hablado, de una intención configuradora o conformadora del orden social o económico tal como actualmente se presenta. Lo enérgico de esta finalidad, y su misma relevancia material, ha hecho salir a esta actividad administrativa del marco del Derecho privado a que se reducía hasta ahora

cimiento público. La definición de MAYER, por otra parte, comprende todas las funciones administrativas, con lo cual la Administración vendría a considerarse como un pluralismo de establecimientos. En nuestra legislación, el término establecimiento público se presta a equívocos, toda vez que se admite el vocablo con sentidos totalmente diferentes: así, en los artículos 748, 903 y 994 del Cód. civil, parece referirse a organismos paraestatales; el Regl. de 5 de julio de 1933 lo relaciona con escuelas nocturnas, cinematógrafos, teatros, salas de baile, cafés, hoteles, etc. En el mismo sentido parece producirse el Cód. penal (artículos 246, 492 y 579), y la jurisprudencia sobre el mismo (S. 26 febrero 1929, S. 9 abril 1875, etc.) aunque el propio Código emplea también el término como sinónimo de establecimiento de beneficencia (artículo 489). La confusión alcanza incluso a la doctrina (Federico BAUDIN, art., *Establecimiento público*, en la *Enciclopedia Jurídica* Seix, tomo XIV, pág. 945). Aun discutida en nuestra sistemática administrativa la aceptación de la idea clásica del establecimiento público por la equivocidad que el término supone en nuestra práctica legislativa, es lo cierto que habiendo sido aceptada y bautizada la idea autónoma del servicio público, de que el concepto de establecimiento público no es sino mero corolario derivativo, parece justificarse la utilización del término en nuestro propio Derecho administrativo. La admisión de nuevas formas categoriales como las propuestas por DRAGO, relativas a los establecimientos intervencionistas y corporativos, con su nueva terminología, no deja infecundo el principio inspirador, toda vez que la idea del servicio público queda tan sólo en segundo término, como basamento de una de las categorías. Por ello, parece preferible reservar el término paralelo de «empresa pública» a la personificación de la gestión productiva realizada *sin imperium* frente al mercado. En todo caso, en el texto se emplea la noción de establecimiento intervencionista como sinónimo de empresa pública, autónoma, con personalidad jurídica y actuante frente al mercado con *imperium*. Más adelante se aclaran estos conceptos.

la gestión de unos bienes patrimoniales administrativos casi vergonzantes para aplicar a este sector de un modo abierto y franco los más poderosos privilegios del *imperium público*. En la exposición que sigue ha de verse comprobado este aserto y desarrolladas estas cuestiones, que ahora han de quedar en forma apodíctica.

II.—LOS ASPECTOS DE LA GESTIÓN ECONÓMICA ADMINISTRATIVA.

1. De la actuación intervencionista de gestión directa de la Administración en el campo económico pueden considerarse dos aspectos como fundamentales en razón a la materia intervenida: producción o distribución. Este último aspecto tiene una evidente aproximación al servicio público en sentido clásico. En la producción, la Administración entra en el mercado junto a los empresarios particulares, sin que su actuación sea normalmente exclusiva, ya que el interés público se centra precisamente en el aumento de los bienes económicos. En la distribución, por el contrario, es justamente la necesidad de centralización, a fin de evitar la anarquía distributiva del mercado, lo que determina la injerencia administrativa, por lo que es común que se declare el control exclusivo o en monopolio de la función distribuidora por la Administración. A su vez, la producción puede considerarse desde el punto de vista económico distinguiendo una actividad industrial productora de bienes materiales de aquellas otras formas de actividad que, o bien se limitan a lo exclusivamente comercial (Banca, Seguros), o bien consisten en la prestación de servicios (comunicaciones es el ejemplo típico); estas últimas formas se aproximan—y en muchos casos entran en ella plenamente— a la noción clásica del servicio público, pudiendo aplicarse a estas actividades los tradicionales criterios de éste (35).

(35) Las funciones de distribución al no precisar la flexibilidad empresarial adoptan normalmente la estructura de organismos administrativos no dotados de personalidad jurídica, aunque en casi la totalidad de los casos ostentan autonomía financiera y de gestión. Así, tienen carácter de Cajas autónomas, sin personalidad, con función de intervenir la distribución: Comisaría de Carburantes líquidos (D. 8 julio 1940, Ley 31 diciembre 1945), Delegación del Gobierno para la Ordenación del Transporte (DD. 14 y 31 marzo 1941, D. 4 diciembre 1941, Regl. 21 mayo 1941), Comisión reguladora de la distribución del carbón (O. 31 octubre 1941), Delegaciones de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes y del Ministerio de Agricultura en el Sindicato Nacional del Olivo (Ley 24 junio 1941, O. 25 septiembre 1944, O. Presidencia 14 septiembre 1945), Subcomisión reguladora de la Cinematografía (OO. 29 octubre y 10 febrero de 1940), Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (Ley 24 junio 1941). En cuanto a los servicios públicos gestionados directamente por la Administración, no suelen tampoco tener categoría de personalidad jurídica, con la excepción, quizás única, de la RENFE (Ley 24 enero 1941, D. 11 julio 1941, D. 14 julio 1941, D. 4 diciembre 1941, O. 8 febrero 1945, D. 17 enero 1947, D. 29 octubre 1948, D.-L. 2 diciembre 1949, etc.). Sin personalidad y con

Esta diferenciación de la actividad económica de la Administración nos muestra obviamente cómo el *quid novum* de la misma radica en la producción industrial de bienes. Por ello parece singularmente interesante el examen preferente de la actual intervención centrándolo en este aspecto. A estos límites se adecúa en adelante el presente trabajo.

2. Para el estudio de la actividad industrial de la Administración se pueden seguir dos criterios: o el análisis *ex re* de tal actividad en su materialidad, o el examen estructural de la organización a través de la cual se verifica la gestión de la misma. Parece que este segundo criterio, que puede centrarse alrededor de las formas de empresa, es el indicado para el Derecho administrativo, pudiendo el primero ser el propio de los economistas. El examen de la organización y estructuras a través y mediante las cuales la Administración actúa su gestión productora, es, en efecto, necesario y oportuno para el jurista.

En la técnica del Derecho administrativo el tema general de la estructura organizativa se ha descuidado, en buena parte quizá porque fundamentándose el derecho de la Administración en una idea individualista del Estado burgués de derecho, y no creándose con tales estructuras aparentes relaciones jurídicas con los particulares, no ofrecía interés fundamental, ya que lo único relevante en esta postura doctrinal era aquello que implicase directa o indirectamente una limitación de los derechos públicos subjetivos.

Esta posición, incluso *a fortiori* en una visión individualista del Derecho, es totalmente falsa. Desde O. MAYER (36) se viene reconociendo

características de Caja especial existe una serie de organismos administrativos prestantes de servicios públicos: Aeropuertos nacionales (Ley 2 noviembre 1940, Regl. 8 abril 1941, O. 24 febrero 1941, O. 14 abril 1942), Fondo económico de practicajes (D. 23 septiembre de 1932, Regl. 28 noviembre 1932, O. 22 abril 1940), Servicio de Pósitos (Ley 23 enero 1906, D. 29 noviembre 1930 y Regl. 25 agosto 1928), etc., etc. Sin caracteres de Caja autónoma, y sin personalidad, existe en España un órgano prestador de servicio público, cual es el servicio de Correos y Telégrafos (efectivo servicio público regalístico; cfr., sobre este tema, KOESTLER en el *Oesterreichische Zeitschrift, fuer oeffent. Recht*, 1946; F. FRIEDLER, *Postzwang und Postpflicht*, Muenchen, 1907, págs. 49 y ss.; Richard MAYER, *Struktur und Wandlungen des Eisenbanrechts*, en el «D. Oeffent. Verwaltung», 14 julio 1950, pág. 422). Existen, por último, en lo que afecta a los llamados «servicios comerciales» efectivos establecimientos públicos con personalidad jurídica: Servicio Nacional de Seguros del Campo (D. 10 febrero 1940, O. 13 marzo 1940, Regl. 11 abril 1940, O. 26 marzo 1942, O. 16 abril 1942, O. 10 noviembre 1944, O. 29 julio 1947, etc.), Servicio de Reaseguros de Accidentes de Trabajo (Ley 8 mayo 1942, O. 11 junio 1942, D. 25 noviembre 1944, O. 11 octubre 1945), Instituto Nacional de Previsión (Ley 27 febrero 1908, D. 4 diciembre 1931, D. 31 mayo 1941, D. 2 noviembre 1945, D. 24 junio 1949, D. 14 julio 1950, etc.), etc. La limitación que a este trabajo nos imponemos de examinar preferentemente la fase de producción de bienes nos impide un estudio general de todos estos organismos.

(36) Cfr. MAYER, *op. cit.*, tomo 1, p. 110 y s. La afirmación del texto se conecta sobre todo a la doctrina germana del Derecho administrativo. En el derecho

que la intensificación y expansión de lo administrativo reacciona necesariamente sobre la estructura del Estado, desarrollándose nuevas formas de organización con que atender las tareas asumidas. Quizás esta fundamental omisión se deba también a que no teniendo destinatario general las normas de organización, no suponen normas de conducta para el súbdito, sino más bien reglas referentes al *état politique*, en el sentido que le dió MONTESQUIEU (37). Por ello se configurarían como normas afectantes al Derecho constitucional antes que al administrativo.

Ahora bien, este desdén por lo organizativo es injustificado. Como ha dicho G. JELLINEK y ha repetido NAWIASKY, la estructura administrativa supone en todo caso el *quid* material para discriminar si un determinado acto es administrativo o civil, y legitimarlo en consecuencia bajo la normativa pertinente. La organización determina, por lo demás, la propia competencia del órgano, suponiendo por ende un presupuesto para la actuación válida (38) que sustituye a la noción de capacidad

francés, ya desde Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, ed. 1887, t. I, pág. V) se parte de una premisa que afirma la trascendencia del poder organizatorio: «Le Droit administratif répond á deux idées: l'idée d'Administration, l'idée de Droit»; BATBIE (*Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, 1861-1868, Cotillón), y, aun antes que él, GERANDO (*Institutes administratives*, 1829) habían afirmado la relevancia del aspecto organizativo de la Administración. El libro citado de BATBIE sigue una técnica romanista de considerar primariamente el sujeto («Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones», Inst. L. I t. III par. 1). El mismo criterio siguen DARESTE (*La justice administrative en France*. 2 ed., 1898; GERANDO, *Plan général du cours de Droit public et administratif*, 1918, p. 150 ss.). Como dice HAURIU (*Formation du Droit administratif français depuis l'an VIII en el Répertoire du Droit administratif*, de León DEQUET, ed. Dupont 1897, t. 14, p. 18): «Todos los autores se basaron en el aspecto meramente exterior de las cosas, es decir, en la organización administrativa y en los servicios públicos. MACAREL y BOUCHENER-LEFER se limitaron incluso a una simple descripción de la organización administrativa.» La misma técnica pandectística en la división del Derecho, antes mencionada, sirvió de base a la doctrina italiana en cuanto a no descuidar el aspecto organizativo de la Administración pública. Desde SANTI ROMANO hasta DE VALLES (*Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*. Padova, 1931), la técnica italiana no ha descuidado este extremo esencial. Nuestros autores siguen preferentemente esta tendencia latina, por lo que la impugnativa del texto debe conectarse de modo primordial al Derecho administrativo germánico.

(37) *L'esprit des lois*, libro XI, capítulo I, inc. «Je distingue les lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution d'avec celles qui la forment dans son rapport avec le citoyen». La distinción de «lois politiques» y «lois civiles» es repetida por ROUSSEAU (*Contrat social*, libro 2, capítulo XII).

(38) Cfr. FORSTHOFF, op. cit., pág. 312, que califica a la norma de organización como «Bestimmung der Voraussetzungen fuer das rechtsgueltige Entstehen». Se plantea accesoriamente la cuestión de si la norma de organización es precepto de derecho. Sostienen afirmativamente la cuestión FORSTHOFF frente a MEYER-ANSCHUETZ, HAENEL, G. JELLINEK, THOMA, KELSEN, NAWIASKY y RICHTER. Cfr. también DE VALLÉS, op. cit. p. 84 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, p. 94 y ss. En nuestro sistema ad-

para obligarse en el Derecho común. Una variación de la organización administrativa afecta, por otra parte, al particular, al suponer una actividad de la Administración frente a él y limitarse de ese modo, si bien indirectamente, su círculo de libre y exclusiva actividad.

El fenómeno empresarial administrativo no se caracteriza, como el propio del Derecho privado, por observar un orden formal en cierto modo típico y común. Peculiaridad propia de la Administración como empresario es, por el contrario, una utilización a fondo de su inicial posición jurídica extra-común para ecogerse a las formas que en cada caso pueden entenderse más beneficiosas a las finalidades públicas que en definitiva pretende. En atención a la superioridad de estos fines, la Administración está exenta de las reglas de igualdad que someten al empresario privado a unas reglas comunes para poder entrar en la competencia general por el mercado.

La actuación directa de la Administración en la producción económica se traduce así en formas distintas de gestión, que agrupadas según sus comunes características pueden clasificarse (39) según el siguiente esquema :

- I. Producción a través de entes administrativos autónomos bajo un régimen de Derecho público :
 - a) con potestad de imperio *erga omnes* : ESTABLECIMIENTO PÚBLICO INTERVENCIONISTA.
 - b) con imperio interno, pero no *erga omnes* : EMPRESA PÚBLICA.

ministrativo la norma, la organización, constituye indudablemente precepto jurídico. El poder de organización, como inherente al Estado (SEYDEL) tiene determinados límites: Presupuesto (art. 39 de la Ley de 1 de julio de 1911), necesidad de ley que legitime órganos descentralizados financieramente (art. 4, párrafo segundo de la ley citada), necesidad de norma autorizadora para variar competencias establecidas por disposición de igual rango (S. 11 enero 1943), etc., etc. La vinculación funcional de la organización con la distribución de competencias, a que en el texto se alude, ha sido afirmada por vía jurisprudencial: «Es deber primordial de los Tribunales velar por el exacto cumplimiento de las normas procesales, que no sólo determinan y regulan los trámites que ha de seguir la Administración, sino que también y con carácter preferente fijan y señalan el ámbito funcional de cada una de las tres esferas administrativas—Central, Provincial y Municipal—y, aun dentro de ellas, el de los distintos organismos que las integran: normas éstas que por representar la garantía de los terceros que asisten a los particulares en sus relaciones con los Poderes públicos son de rigurosa e indeclinable observancia» (S. 29 septiembre 1950; en el mismo sentido, S. 17 febrero 1943).

(39) La clasificación que se postula parte de una previa delimitación del objeto. Sólo se examinan, como ya se ha advertido, las empresas de producción industrial, no los llamados por la doctrina francesa «servicios comerciales». RASINE, *Au service des nationalizations: l'entreprise privée*, Neuchatel, 1948, establece una clasificación en: A) Sociedades anónimas de formación espontánea, comprendiendo las sociedades de colectividades públicas y aquellas sociedades públicas con

- II. Producción a través de entes sin personalidad diferenciada: EMPRESA PROPIA.
- III. Producción a través de sociedades privadas con carácter administrativo y bajo régimen *erga omnes* de Derecho común: ACCIONARIADO DEL ESTADO, en sus dos formas de:
 - a) accionariado fiscal.
 - b) accionariado de control o gestor.
- IV. Producción colaboradora de empresas privadas.

Todo este esquema de organización parte de una concepción preliminar, la de empresa, que así presta la base común de que predicar las distintas especies formales que se han tipificado. De la empresa caben o un concepto material, metajurídico, propio de la Economía (40), o la noción jurídica peculiarmente ajustada a los datos formales (41). En esta

un único socio, así como las sociedades de economía mixta (mayoritarias, igualitarias, minoritarias); B) Sociedades cooperativas de formación espontánea (mayoritarias, igualitarias y minoritarias); C) Sociedades anónimas creadas por Decreto (mayoritarias y minoritarias); D) Sociedades cooperativas creadas por Decreto (semipúblicas). Deja a un lado empero la interesante faceta de la empresa pública bajo forma pública. La distinción de mayoritarias, minoritarias e igualitarias se utiliza en el texto. Cfr. más adelante, empresas filiales del I. N. I. Es interesante tener en cuenta que los grupos I y II del texto tienen en común la aplicabilidad de los privilegios fiscales, tanto en su posición de acreedores como en la de deudores (arts. 7, 8, 10, 12, 16, 29, 15, 24, 25, 26 y 27 de la Ley de 1 de julio de 1911) en tanto expresamente no se diga lo contrario.

(40) K. E. BOULDING, *Análisis económico*, Madrid (s. f.), pág. 365: «Una empresa puede definirse como una institución que compra cosas, las transforma de alguna manera y las vende con el propósito de obtener un beneficio.» Pág. 367: «Una empresa es un proceso por el que la entrada de ciertos factores productivos valorados... se transforma en salida de productos también valorados.» STACKELBERG, define a la empresa como «una explotación o una combinación de explotaciones, encaminadas a un fin económico determinado, al cual se subordinan, y a un interés económico determinado, al cual sirven». Frederic BENHAM (*Curso superior de Economía*, Méjico, 1941, p. 152), la define como «una colección de factores... que está bajo la dirección de un empresario. La empresa es una unidad de producción independiente y el que la proyecta es el empresario.» En nuestro caso este empresario es precisamente el Estado.

(41) MOSSA define la empresa como «organización económica con fines lucrativos en forma comercial»; WIELAND como «aportación de fuerzas económicas para la obtención de una ganancia ilimitada» (Cit. los dos por GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 1936, I, pág. 16); CARNELUTTI, en la «Rivista di Diritto Commerciale», 1924, conceptúa la empresa como «el complejo de actividades, cosas, derechos y circunstancias de hecho que el empresario organiza en unidad de destino para la producción o el cambio de bienes o servicios; FORSTHOFF da la definición utilizada en el texto: «Eine arbeitsteiligen, besonderen, dauernden, und wirtschaftlichen Leistungseinheit», dividiendo a las empresas con fines administrativos en empresas propias y empresas controladas—Verwaltungseigene und Verwaltungskontrollierte Unternehmen (op. cit.). A efectos de la Ley de Arrendamientos urbanos, nuestra jurisprudencia ha definido a la empresa como «una unidad patrimonial»

ocasión, aludida ya la substancial relatividad de estos datos formales para las empresas administrativas, se hace preciso acudir al concepto material más estricto. De un modo provisional podemos, en este sentido, definir la empresa como aquella *unidad de producción económica continuada y especial*. Con ello queda matizada la noción por las características de continuidad (la realización por la Administración de una obra pública aislada por gestión directa no es de suyo empresa), de producción de bienes económicos (y aquí, la discriminación ya operada *supra* respecto de otras actividades), y, finalmente, de especialidad, haciendo mención al principio de especialidad, de que luego se hablará, como afectante a la capacidad objetiva de la empresa administrativa.

III.—ESTUDIO PARTICULAR DE LAS FORMAS EMPRESARIALES ADMINISTRATIVAS.

A) Entes autónomos con personalidad pública.

1. La introducción en el Derecho Administrativo del concepto civilista de la personalidad jurídica empezó por el préstamo que la doctrina realizó para la construcción puramente lógica de la personalidad del Estado (42). Paralelamente a la expansión creciente de las actividades de

(Sentencia 16 marzo 1948); la S. de 30 de junio de 1949 indica que «la organización de una industria está integrada por la reunión de un complejo de elementos materiales, adecuados entre sí por su estructura y disposición destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva». (En la tesis de unidad patrimonial inciden las sentencias de 15 marzo 1943, 3 mayo 1943, 3 julio 1944, 15 abril 1948, 8 julio 1948, 21 abril 1949, etc.)

(42) La doctrina de esta personalidad unitaria del Estado empezó en la conocida recensión de ALBRECHT en los «Goettinger Gelehrte Anzeigen» sobre la obra de MAURENBRECHER. Cfr. R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, 1901. La creación, como dice FORSTHOFF, fué obra exclusiva de la doctrina. Cfr. a este respecto O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im oeffentlichen Recht*, en los «Staatsrechtliche Abhandlungen, Laband Festgabe», tomo I, 1908, p. 59 y ss. El derecho francés se fijó preferentemente en las «personas administrativas», fiel a su sistemática doctrinal romanista de división de sujetos, cosas y acciones. Ejemplo representativo a este respecto es BATBIE (*Journal de Droit administratif*, 1854), Cfr. BERTHELEMY *Sur la personnalité morale*, *Melanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 811 y ss.; MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 3.^a ed., Paris, 1932, vol. I, p. 57. En este sentido escribe HAURIU: «L'objet du Droit administratif, comme celui de toutes les autres branches du Droit devait étre le réglemeut des droits; ces droits ne pouvaient étre que ceux des personnes administratives; par consequant, la personnalité administrative devenait le pivot du Droit administratif, comme la personnalité civile était déjà le pivot du Droit civil» (*Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du Droit*, préparée dans une conférence de travaux pratiques d'histoire du Droit, organisée á la Faculté de Toulouse, «Revue Critique», 1887, p. 373 y ss.).

la Administración se fué desarrollando una estructura complejísima de entes administrativos, como titulares autónomos y con personalidad de las funciones administrativas.

Se planteó por ello la posibilidad de que el préstamo del *jus commune* se ampliara no sólo al concepto en sí, sino también a las categorías de personalidad jurídica (43). Empero, no habiéndose seguido un curso paralelo en el surgimiento y desarrollo de los entes autónomos en el Derecho Civil y en el Administrativo, el parangón fué prontamente desechado. Carecía el Derecho Administrativo de la diferenciada y segura discriminación existente en el *jus commune*, y, de otro lado, habiendo surgido las personas administrativas por necesidades concretas, pero de modo esporádico, presentaban una variedad tal de figuras que difícilmente se prestaba a un encuadramiento unitario. Por otra parte, el encasillado de los tipos administrativos ofrecía el peligro de arrebatar a la actuación administrativa la flexibilidad y la adecuación constante a las circunstancias, que de suyo le es imprescindible.

Esta misma movilidad de la actuación administrativa nos sirve de paliativo y justifica una reclasificación de las formas empresariales adoptadas para la gestión industrial. Para esta división *supra* bosquejada se utilizan, en efecto, datos y referencias relevantes en el Derecho: personalidad, autonomía financiera, *imperium* frente al mercado, sumisión a régimen privado o público en la actuación *erga omnes*.

Al suponer la actividad productora de la Administración la constitución de empresas con y sin personalidad autónoma, interesa preliminarmente diferenciar lo que a la capacidad de actuación respectivamente concierne a ambos sistemas. La capacidad jurídica—posibilidad abstracta de ser titular de derechos y obligaciones—dada su categoría amplia y universal, afecta simultáneamente al *jus commune* y al Derecho Administrativo. Pero ello con una nota diferencial, a saber: la capacidad

La personalidad de la administración fué—al contrario que en la doctrina germánica—consecuencia de necesidades prácticas (la responsabilidad de la Administración). Existe un hecho indudable en la actual realidad administrativa de difuminación del concepto de personalidad, quizás porque es más acuciente y primario el problema—que se ha desligado del relativo a la personalidad—de la autonomía financiera. La mayor parte de entes públicos paraestatales se configuran como Cajas especiales, con autonomía financiera e incluso de gestión; pero pocos reciben expresamente la naturaleza de personas jurídicas independientes. De otra parte, esta personalidad formal tiene poca relevancia jurídica—la posibilidad de estar en juicio, legitimación propia a todos los efectos obligacionales, responsabilidad independiente del Estado—si se la compara con la trascendencia que la configuración como Caja especial y con gestión autónoma que implica de suyo.

(43) Cfr. *ad exemplum*, Werner WEBER, *Die Koerperschaften, Anstalten und Stiftungen des oeffentlichen Rechts*, 2 ed., 1943, p. 10 ss. La misma consideración administrativa de la fundación no es sino un vano esfuerzo para adecuar la movilidad de lo administrativo a la rigidez del *jus commune*.

civil no lleva de suyo la administrativa, en tanto que ésta supone en todo la capacidad civil (44). De otro lado, en las empresas englobadas en la Administración —las empresas públicas internas— sin propia personalidad, no existe jurídicamente la capacidad; pero esta noción es ventajosamente reemplazada por la idea de la competencia. Su actuar es válido en tanto en cuanto se verifique en el ámbito de competencia otorgado a la empresa (45). Debe resaltarse que no es totalmente en este orden donde la idea de capacidad en Derecho Administrativo deja de conectarse necesariamente a la de personalidad; característicos son los casos de capacidad frente a la Administración de entes por completo carentes de personalidad propia (46).

Las empresas comprendidas en este epígrafe clasificatorio, unidas por el común concepto de personalidad jurídica y autonomía financiera que disfrutan, caen bajo el problema presupuestario de las llamadas Cajas especiales (47) de tantas alternativas en nuestra legislación financiera.

(44) Respecto a la posibilidad de que el órgano administrativo sea conceptuado con capacidad civil independiente (p. ej., a efectos de comparecer en juicio), la doctrina diverge. Se pronuncian por esa capacidad del órgano con alcance de capacidad común, HAENEL, ANSCHUETZ, MEUCCI, LONGO, JEMOLO, ORLANDO, FEROCI y FORSTHOFF. Niegan esta dualidad, afirmando la incompatibilidad de los conceptos, ROMANO (*Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, p. 99 ss.), RANELLETTI (*Principi di diritto amministrativo*, Napoli, I, 1912, p. 173 ss.) (*Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., 1942, p. 216 ss.), FORTI (*Nozione e classificazione degli organi*, en «Studi di diritto pubblico, Roma, 1937, p. 185), CROSA, RACCI, CHIABELLI, SALEMI, HAURIOU (*Précis de droit public*, 1910, en que afirma la capacidad del órgano, rectificando luego en *Précis de droit administratif et droit public*, 1919, y persistiendo luego en la incompatibilidad), CARRE DE MALBERG, MICHOU, BERNATZIK, HANKE, LABAND, MAYER, JELLINEK. Hay que tener en cuenta, en todo caso en lo que hace a la afirmación del texto, la vigencia del principio de especialidad en el órgano público—consecuencia de la delimitación de su competencia—, así como las restricciones que en méritos a su integración estatal se derivan en cuanto a la capacidad para obligarse (transacciones, compromisos, arbitrajes, perdones y reducciones, etc., etc. Cfr. Ley 1 de julio de 1911). Una tesis intermedia, en el sentido expuesto, sostiene ROSSI, GRASSO, CAMMEO, ARANCIO-RUIZ, MARIE.

(45) Esta idea es singularmente fructífera al considerar supuestos reales en nuestro Derecho Administrativo: Prensa del Movimiento, Radio Nacional de España, NO-DO, etc., etc.

(46) Incide esta observación en el problema, más amplio, de las llamadas «uniones sin personalidad» frente a la Administración (consorcios industriales, por ejemplo). En derecho fiscal, las comunidades de bienes son ejemplos típicos. La relación tan sólo indirecta que ofrecen respecto al tema tratado en el texto impide una consideración más profunda que, en efecto, merecen.

(47) El artículo 4 de la Ley de 1 de julio de 1911 prohibió terminantemente la existencia de Cajas especiales, salvo la Caja general de Depósitos y las en que se custodien fondos que estén debidamente intervenidos. El R. D. de 25 febrero 1930 dispuso la concentración en las arcas del Tesoro de los fondos de Cajas especiales como medida general contra los organismos autónomos, profusamente creados en el período de la Dictadura. El R. D. de 2 abril 1930 estableció la aquiescencia expresa del Ministerio de Hacienda como requisito previo necesario para que los organismos oficiales pudiesen establecer arbitrios o gravámenes al con-

La constante tensión —sobre todo desde el segundo decenio de este siglo— entre la tendencia centralizadora —suprimiendo, por ende, las Cajas especiales— y el criterio de descentralización proliferador de la existencia de las Cajas, debe reconducirse a una cuestión de otro rango y significación. Esta tensión, en efecto, no implica sino un fracaso del Derecho presupuestario en su tarea de adecuarse a nuevas necesidades de la Administración. Aun suponiendo las Cajas una evidente anarquía del Presupuesto y una debilitación del principio de autoridad del mismo, implican la satisfacción de una obvia necesidad de la Administración, la de especializar las funciones que si otrora tuvo una importancia evidente —la derivada de una lógica y necesaria división del trabajo— tiene en la actualidad los caracteres de una agudísima necesidad.

No es extraño, por ello, que en la lucha entre unidad de Presupuesto y disgregación de lo administrativo en Cajas especiales, sean estas últimas quienes hayan vencido. En todo caso esta colisión de principios, parece haberse resuelto provisionalmente con las llamadas Leyes de Unidad de la Hacienda pública (48), sometiendo a un ambivalente

tribuyente, así como la intervención del propio Departamento en sus funciones y en las de los subvencionados por el Estado o a los que hubiese concedido éste el aval para sus empréstitos. La Ley de Restricciones de CHAPARRIETA de 1 de agosto de 1935, en su art. 2 dispone la supresión de Cajas especiales y de las exacciones que no estuvieran legalmente establecidas. El D. 28 septiembre 1935 desarrolló esta Ley. El D. 31 diciembre 1935 obligó a los organismos autónomos a formar presupuestos de ingresos y gastos. Por lo que se desprende de esta rápida visión, se prohíben las Cajas especiales y éstas vuelven a renacer a los pocos años. Ello justifica la afirmación del texto sobre la colisión entre el principio de autoridad del Presupuesto y el principio de eficiencia de la Administración pública. No significa esta afirmación justificar el sistema de Cajas especiales. Este sistema atenta, en efecto, a la regla de universalidad del Presupuesto (Vid., entre otros muchos, JACOMET, *Les Budgets. Le contrôle de leur exécution*, Paris, 1935, página 31 y ss.), y de rechazo al principio de unidad presupuestaria; principios éstos que se predicen en aras de unas máximas economías de gestión y recaudación, como módulo, además, para evitar las repercusiones e interferencias de sistemas impositivos que funcionan autónoma y descontroladamente. La tesis expuesta en el texto debe entenderse como afirmación de la prevalencia de las necesidades administrativas; de este modo, si hipotéticamente se probara que el único procedimiento para ajustarse a estas necesidades era el sistema de Cajas especiales, pese a las desventajas fiscales del mismo, debería predicarse en todo caso. En otros países se siguen sistemas mixtos que, procurando satisfacer los fines de agilidad y ajuste a lo concreto de la Administración, intentan conseguir una coordinación entre la unidad presupuestaria y las Cajas autónomas. Así el procedimiento británico de las «Appropriations in Aid» y el sistema francés de los DL. de 25 y 30 de octubre de 1935, renovados por L. 19 octubre 1940, sobre «Contrôle financier des offices et établissements autonomes et publics de l'Etat».

(48) Ley de 4 noviembre 1940, capítulo II y III, OM. 17 octubre 1941, Ley 13 marzo 1943, O. 6 abril 1943, D. 10 julio 1943, O. 29 julio 1943, etc. La insuficiencia de esta reglamentación, sin embargo, junto a la creciente importancia de las autonomías existentes, tienen planteado uno de los más agudos problemas de nuestro Derecho financiero actual.

control, previo y posterior, presupuestario las finanzas de las Cajas especiales.

Índice común de estas empresas es el régimen funcional o parafuncional de sus empleados (49), la existencia de patrimonios afectados autónomos y la posibilidad de comparecer en juicio.

Las personas jurídicas a través de las cuales la Administración realiza su actividad productora pueden ostentar *erga omnes* un doble carácter según ostenten o no poder de *imperium*. Esta pública potestad extrínseca frente al mercado no es propiamente originaria y autónoma de la persona jurídica administrativa, sino derivativa de la Administración en general y particularmente de la rama de ésta en que el ente particular se

(49) Los cargos de dirección son funcionariales, quedando normalmente en el ámbito laboral los obreros. Esto no obstante, la sumisión de las relaciones de empleo a las normas de Derecho laboral común queda en gran parte alterada por la sustancial naturalciza publicística de la misma relación, por lo cual la disciplina laboral debe adaptarse al esquema tradicional de la normativa publicística e integrarse en los principios generales de ésta. Todo ello da lugar a un régimen «parafuncional» de estos obreros, junto al funcional de los cargos de dirección. La jurisprudencia italiana ha seguido el criterio de interpretar las litis surgidas entre obreros y entes paraestatales a la luz de los principios del funcionariado público (Cfr. IV Sez. 14 mayo 1940, en «Foro italiano», III, 113 ric. NARDONE, con observaciones de FORTI, Sez. 20 marzo 1940, en «Foro it.», rep. 1943-45, con nota de IACARINO, V. Sez. 26 abril 1946, IACARINO, *Il potere disciplinare dell'ente pubblico ed il rapporto d'impiego temporaneo, regolato dalla legge sull'impero privato*); Cfr. para Francia, R. JACOMET, *Le statut national des personnels des industries électriques et gazières*, 1946, «Le Monde», 6, julio (Conseil d'Etat 9 febrero 1934, 27 nov. 1946); BLAEVOET, *Commentaire de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, «Daloz», 1947, I p. 99 ss.; DRAGO, op. cit., página 214 y ss. En nuestra normativa el régimen funcional se reserva normalmente a las funciones de dirección. Cfr. Instituto Nacional de la Vivienda, D. 26 noviembre 1940, Juntas de Obras del Puerto, O. 5 enero 1940, R. D. 19 enero 1928, art. 32, O. 24 diciembre 1942, Monopolio de Petróleos, O. 27 abril 1935, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, L. 11 abril 1942, art. 23, O. 3 abril 1945, etc. Consecuencia de todo ello es la exención de los propiamente funcionarios del régimen de seguros sociales y cuota sindical (Cfr., p. e., D. 10 febrero 1956, art. 56, sobre Cámaras de Comercio). El carácter administrativo del ente impone ciertas limitaciones específicas a la normativa laboral. Por ejemplo, necesidad de apurar la vía gubernativa previa a la contienda judicial (S. 8 diciembre 1933, S. 13 noviembre 1933 y D. 8 febrero 1941 respecto a accidentes de trabajo en las minas de Almadén). Aunque la jurisprudencia española exige para calificar un supuesto de funcionario la concurrencia de una serie de notas (percibo de haberes con cargo a los presupuestos generales, en partida detallada y no global, derecho a clases pasivas, nombramiento por la Administración, etc.), en ciertos casos ha afirmado el carácter funcional de los empleados administrativos de empresas públicas. Así se dice que los funcionarios administrativos al servicio de las minas de Almadén, propiedad del Estado, explotadas por el mismo, efecto de su interés nacional, y regidas por un Consejo de Administración designado por el Gobierno, Consejo que a su vez nombra a los subordinados, ateniéndose a normas regladas y los impregna de garantías particulares respecto a estabilidad y emolumentos por la prestación de su trabajo, merecen sin duda la estimación de funcionarios públicos, en cuanto tienen estatuto particular que les rige, función especí-

integra y de la que procede su propio ser (50). Por ello, atendiendo a este criterio, pueden diferenciarse dos aspectos generales de actuación autónoma: o bien con *imperium* frente al mercado (establecimiento público intervencionista) o bien desprovista de *imperium* (empresa pública).

2. El establecimiento público intervencionista.

La aparición del concepto general de establecimiento público es relativamente reciente, ya que suele ligarse—sobre todo en la doctrina ad-

fica de servicio público y garantías no disfrutadas por los que carecen de dicho carácter, razón ésta quizás la principal de su exclusión laboral, pues que no precisan de una protección que ya tienen» (S. 15 diciembre 1948). Respecto a reclamaciones por salarios contra Mancomunidades o Confederaciones Hidrográficas, se ha dicho que «la necesidad de instar en vía gubernativa la solución de un negocio jurídico que afecta al Estado o corporaciones o entidades públicas a aquél subordinadas por sus órganos administrativos regidas antes de acudir a la judicial, se funda en la naturaleza del Poder ejecutivo, cuya función de gobierno quedaría incompleta si se mermara su facultad de discernir aquello que en orden gubernativo constituye el estado definitivo de derecho que ha de discutirse como tesis ante los tribunales, y a esa definición no se llega sino mediante resolución expresa o presunta de la Autoridad a quien en el orden jerárquico gubernativo está atribuido el poder de crear dicho estado» (S. 21 diciembre 1940, y en el mismo sentido, S. 6 de junio 1940 y S. 19 mayo 1949). La S. 29 noviembre 1949 manifiesta que «la idea de subordinación del particular al Estado, que determina toda relación jurídica del derecho público no deja de tener alguna manifestación en las de derecho privado, por virtud de la cual, y como garantía de los intereses públicos, el particular debe someter su reclamación al propio Estado antes de ejercitar su acción ante los Tribunales». A efectos penales, se suele equiparar los empleados de los establecimientos y empresas públicas a los propiamente funcionarios: «Quien participa de una función inherente al Estado aunque no la ejercite por sí mismo, sino a través de un organismo especialmente capacitado, es funcionario público, ya que este especial carácter no modifica en lo más mínimo la naturaleza y esencia de la función que sigue siendo pública, ya se atienda a sus peculiares fines ya a los fondos de que se nutra o bien a sus relaciones con las demás dependencias del Estado» (S. 7 mayo 1945, sobre funcionarios del I. N. P.; en el mismo sentido, las Sts. de 22 octubre 1891, 9 abril 1884, 2 febrero 1936, 22 diciembre 1942, 6 julio 1944, 23 septiembre 1944, 21 noviembre 1945, 22 mayo 1946, 24 mayo 1949, en las cuales empleados que no dependen del Estado son considerados a efectos penales como funcionarios públicos). En el recurso de agravios el concepto de funcionario es más amplio que el tradicional en el Derecho administrativo (Cfr. O. 2 julio 1948, O. 22 abril 1949, O. 18 marzo 1949). (En esta REVISTA, núm. 1, páginas 206 y 209, con comentarios de M. ALONSO OLEA). Cfr. GARRIDO FALLA, op. cit., pág. 166 y ss. Todo ello justifica el término de «parafuncionarismo» que emplea el texto.

(50) La existencia del *imperium* indica que el establecimiento posee un régimen de Derecho público; funciona según las reglas de la gestión pública, ostenta poderes exorbitantes frente a los usuarios del mercado; tiene poder de coerción y en muchos casos poder impositivo (Instituto Social de la Marina, Patronato de Casas militares, Juntas de Obras de Puerto, etc.) en sentido amplio. Tienen tam-

ministrativa francesa—al servicio público. Sería esta noción correlativa a la de personalidad en derecho común para hacer unitarias, a través de centros de imputación, las actividades estatales, dando posibilidad a la necesaria precisión de toda relación de poder (51).

En la fase primera de desarrollo del concepto establecimiento público comprendía todo cuerpo intermedio entre los individuos y la autoridad pública (52), llegándose así a la concepción, de principios del siglo XIX, según la cual todas las personas públicas (Provincias, Ayuntamientos, servicios personalizados) eran establecimientos públicos. La exacta delimitación del concepto, restringiéndolo a los servicios públicos personalizados, corresponde a la doctrina francesa (53). Según este criterio, establecimiento público es aquel servicio público especial, dotado de propia personalidad. Servicio público personalizado es, pues—en la clásica y tajante definición de HAURIU (54)—, todo establecimiento público.

La creación de un concepto paralelo —resultado de la disgregación

bien facultades expropiatorias. Cfr. sobre el *imperium* administrativo RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, en «Studi in onore di V. Scialoja», p. 730, DRAGO, op. cit., pág. 45, 51, 96 ss.; TEZNER, *Die Privatrechtstitel im oeffentlichen Recht*, en el «Archiv fuer oeffent. Recht», IX, pág. 325. Nuestra jurisprudencia acentúa la consideración de la Administración como Poder cuando se coloca en situación jurídica de privilegio frente al súbdito (D. C. 21 julio 1932, S. 3 junio 1949, entre otras), confundiendo los privilegios con el imperio. Sé distinguen ambas nociones en la sentencia de 21 diciembre 1946 y D. Comp. 2 febrero 1942. Este último indica que «el problema de diferenciación de los contratos administrativos y civiles, estrechamente ligado al de fijación de los conceptos de Derecho público y privado, ofrece serias dificultades en el aspecto teórico por lo impreciso que es el perfil propio de la Administración, en su doble matiz de Poder público y de persona jurídica, de tal suerte que la doctrina científica en su intento de precisar la línea diferencial, lejos de establecer normas directrices coincidentes, mantiene criterios variadísimos». Constituye indicio del *jus imperii* (según D. C. 21 julio 1932) la especialidad del procedimiento de apremio utilizado. Los acuerdos o decisiones del establecimiento tienen carácter ejecutivo (específicamente así se dice en el caso del Instituto Nacional del Libro Español, D. 6 abril 1943, art. 37). La doctrina alemana considera que el poder concedido en estos casos no es propio, sino derivativo del poder del órgano-madre-*Muttergemeinwesen*. Es la tesis seguida en el texto; ejemplos típicos son las facultades de emisión de Deuda, expropiatorias, que suelen decretarse por el órgano-madre a favor del ente personificado.

(51) El origen de la noción es disputado por los alemanes —que lo atribuyen a O. MAYER—y franceses, a DUCROCQ.

(52) Cfr. sobre este aspecto, PETIT-DUTAILLIS, *Les communes francaisses*. París, 1947, p. 258 y ss.

(53) Sabino ALVAREZ GENDIN, *El servicio público, su teoría jurídico-administrativa*, 1944, Madrid, p. 91 y ss., cita a ORTIZ DE ZÚÑIGA (*Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, 1843, p. 217) como definidor de la idea de establecimiento público, anterior a DUCROCQ (1897).

(54) HAURIU, op. cit., p. 280. *L'établissement public est un service public spécial personifié*.

y crisis del tradicional concepto— ha sido formulada por DRAGO: cuando se trata de fin especial, con personalidad jurídica, con *imperium erga omnes* y con una función de gestión económica, nos hallamos ante el establecimiento público intervencionista, que a su vez puede dirigirse a controlar la producción, distribución o a producir por sí. En este último caso, sobre todo, que es el que nos interesa, la separación con el concepto clásico de establecimiento público se hace evidente a través de las funciones de gestión económica y de servicio público que, respectivamente cumplen. Centrando, pues, el análisis sobre estos establecimientos públicos intervencionistas, se aparece con carácter primordial, por su destacada preeminencia en nuestro sistema (55), el Instituto Nacional de Industria, que si bien «no produce» directamente, actúa a modo de *trust*, en sentido económico y legal, de empresas productoras. Por otra parte, y aunque esta actuación en forma de *trust* sea su normal cometido, es titular también de propia gestión directa (56).

El Instituto Nacional de Industria fué creado por Ley de 25 de septiembre de 1941, con el carácter de entidad de Derecho público y con

(55) Se engloban en este epígrafe del establecimiento público intervencionista las Juntas de Obras de Puerto (Ley de Puertos de 7 mayo 1880, Ley 7 julio 1911, Regl. 19 enero 1928, D. 26 abril 1940, con facultad impositiva de arbitrios por servicios indirectos, D. 12 noviembre 1946, art. 8 L. 7 julio 1911, arts. 34 y 35 del Regl. 19 enero 1928. Cfr. consulta del Consejo de Estado número 6.705 de 1950), Servicio Nacional del Trigo (en lo relativo al Plan Nacional de Silos, D. 12 julio 1946, O. 26 julio 1946, O. 27 septiembre 1946, que implica producción de bienes, Ley de Ordenación triguera de 23 agosto 1937, O. 6 octubre 1937, señalamiento de cupos forzosos, molinos maquileros, poder de coacción y sanción sobre los particulares), Patronato de Casas Militares (D. L. 25 febrero 1928, Regl. 2 abril 1928, D. 28 agosto 1931, D. 6 noviembre 1942, O. 27 noviembre 1942, O. 27 febrero 1943, O. 9 diciembre 1943, con *jus exigendi* del llamado canon de vivienda), Patronato de Casas de la Marina (Ley de 17 marzo 1945, con facultad impositiva), Patronato de Casas del Ejército del Aire (L. 17 julio 1946), antiguo Patronato de Política Social Inmobiliaria (D. 18 junio 1931) y actual Instituto Nacional de la Vivienda (Ley 19 abril 1939, D. 26 noviembre 1940, en el caso del artículo 19 de la Ley supuestos de construcción de por sí, y en los casos de los Decretos de 1 diciembre 1950 y 1 mayo 1944), Consejo de Administración de canalización del río Manzanares (Ley 5 febrero 1943, Regl. 9 julio 1946, art. 8, personalidad y autonomía), Mancomunidad de los Canales del Taibilla (órgano delegado del Ministerio de Obras públicas, con procedimiento ejecutivo, Ley 27 abril 1946, R. D. L. 4 octubre 1927, R. D. L. 2 marzo 1928, R. D. L. 2 agosto 1930, D. 28 junio 1946), Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (Ley de 11 abril 1942, D. 23 mayo 1945, O. M. 7 abril 1945), Canal de Isabel II (D. 3 febrero 1945, D. 9 abril 1945, Ley 17 julio 1945, con delegado del Gobierno que actúa de presidente del Consejo de Administración), Junta constructora de la Ciudad Universitaria de Madrid (Ley 10 febrero 1940), Instituto Nacional del Libro Español (D. 6 abril 1943), etc., etc.

(56). En efecto, en el *trust* se verifica la coligación de varias empresas, de tal modo que pierden su independencia económica de gestión, controlándolas la empresa-madre, con una única dirección. El I. N. I. es un supuesto de *trust* con *dominación interna*, no con fin de dominación del mercado. En cuanto al carácter

la finalidad de propulsar y financiar, en servicio de la nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se proponga como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país, o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y atractiva. Los fines primordiales específicos señalados al I. N. I. son, en concreto, los siguientes (art. 2.º del Reglamento provisional, Decreto 22 de enero de 1942):

- a) Propulsar y financiar la creación de industrias, estimulando la iniciativa particular o creándolas por sí.
- b) Realizar los trabajos de preparación, investigación, estudios, proyectos e informes necesarios al efecto.
- c) Mantener el control de las industrias en que razones militares o autárquicas lo aconsejen.
- d) Participar en empresas industriales, dentro del marco de sus actividades.
- e) Ejercer, con criterio de uniformidad, la gestión de las participaciones e intereses que le estén confiados.
- f) Liquidar participaciones que el Estado no tenga interés en conservar.
- g) Atender a la preparación del personal técnico y económico especializado.

El I. N. I. utiliza los métodos de las sociedades anónimas y privadas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno.

Está regido por un Consejo de Administración, cuyo presidente, designado por el Gobierno, tiene veto suspensivo y dirimente (57), con un

legal de *trust* del I. N. I. esta calificación se desprende de ser titular el Instituto de una serie de privilegios (Deuda, información oficial, reservas de concesiones, expropiación, etc.) que directa e inmediatamente se le conceden, pero que aquél aplica a sus empresas filiales, que actúan materialmente el beneficio, quedando el I. N. I. como un simple y formal «board of trustees». Esta concesión indirecta de los privilegios a las empresas filiales produce la noción de utilidad ajena—*Uneigennützigkeit*— en el fiduciario, que SIEBERT (*Das rechtsgeschaeftliche Treuhandverhaelt-nis*, 1933) considera como elemento esencial del tipo jurídico del *Treuhand*. Aparte de esta actuación mediata del I. N. I. en cuanto a su condición propia de *trust*, el Instituto gestiona directamente—y a ello nos referimos en el texto—las funciones de control, que anteriormente asumió el Consejo Ordenador de Minerales especiales de interés militar (Ley de 11 julio 1941, O. 16 septiembre 1941, O. 29 octubre 1941, O. 1 noviembre 1942), explotación e investigación de las minas de oro de Rodalquilar (O. 11 noviembre 1940, D. 1 agosto 1941, D. 15 diciembre 1942, D. 25 marzo 1949), Dique seco de Nuestra Señora del Rosario, en Cádiz (D. 17 mayo 1946).

(57) Arts. 9 de la Ley y 25 y 45 del Reglamento. Los vocales del Consejo de Administración son: tres por el Ministerio de Hacienda, cuatro por el de Industria (sectores Industrial, Minero, de Comercio y de Comunicaciones marítimas), uno por el Instituto Español de Moneda Extranjera, uno por el Alto Estado Ma-

Comité de Gerencia con facultades delegadas (art. 9.º de la Ley y 31 y 45 del Reglamento). Actúan bajo las órdenes del Comité los llamados Consejos técnicos, como organismos técnico-consultivos para estudio y preparación de las iniciativas o resoluciones del Instituto y asesoramiento del Consejo, divididos según especialidades. La consulta a estos Consejos es preceptiva cuando se trata de tomar iniciativas industriales, acordar una participación mayoritaria en empresas o modificar sustancialmente la organización de las ya controladas.

El organismo interventor es desempeñado por el consejero-interventor, que, además de estas funciones, asume las de interventor-delegado del Ministerio de Hacienda (arts. 48 del Reglamento y 1.º del Decreto 31 enero 1944). La Asesoría jurídica está a cargo de abogados del Estado. Está facultado el Instituto para dirigirse directamente a los distintos departamentos ministeriales y demás centros y organismos públicos y privados en asuntos de su competencia.

Los medios económicos del I. N. I., aplicados al cumplimiento de sus fines, con capacidad económica y jurídica tan amplia como en derecho pueda ser necesaria (58), se dividen en *Dotación* (cuota fundacional de 50 millones, participación en empresas industriales que le transfiere el Estado, aportación estatal de factorías y utillajes, subvenciones y beneficios de la desmovilización de participaciones) y *Recursos financieros* (emisión de obligaciones, que tienen el carácter de efectos públicos).

El I. N. I. no está sometido a la normativa sobre organismos autónomos, a tenor del Decreto de 31 de enero de 1944, pudiendo aplicar indistintamente la totalidad de sus recursos —con las limitaciones derivadas de la tutela administrativa, más adelante referidas— a cualquiera de sus atenciones y finalidades administrativas e industriales. Se justifica la sustracción del I. N. I. al régimen general de Cajas especiales por la necesidad de dotarle de la precisa flexibilidad de actuación, sustituyéndose este general sistema por el control integrativo mediante el consejero-interventor. La aprobación del Balance corresponde, por otra parte, al Gobierno. Los beneficios deben ser repartidos, después de enjugar en su caso las pérdidas de anteriores ejercicios, en la forma siguiente (arts. 13 de la Ley y 53 y 54 del Reglamento): 50 por 100 al Tesoro público, 35 por 100 para la formación de un fondo de reserva, 10 por 100 para la formación técnica del personal y 5 por 100 para premios al Consejo de Administración y personal directivo. El servicio de

yor, tres por las Direcciones de Construcciones e Industrias de los Ministerios militares, uno por el de Obras Públicas y uno por el Ministerio de Agricultura (Cfr. D. Presidencia 6 noviembre 1947).

(58) Art. 1 Reglamento prov. Cfr., lo que *infra* se dice respecto del principio de especialidad.

Tesorería está a cargo del Banco de España, que igualmente puede encargarse del pago de intereses y amortización de las obligaciones del Instituto (art. 14 de la Ley y 22 y 23 del Reglamento).

3. *La empresa pública.*

Los criterios de distinción entre el establecimiento público intervencionista y la empresa pública *stricto sensu*, han sido diferentes y variados. KORMANN sigue el criterio fundado en la distinción según que el particular pague por una prestación—*Leistung*—o por la utilización—*Nutzung*—. Otro criterio puede ser el de que el establecimiento debe prestar sus servicios en fuerza a una obligación de derecho público. En el sistema clásico servía como módulo categorial la inexistencia o existencia de un fin de lucro, ya que el Estado, y por ende los entes desgajados del mismo, debía financiarse sólo a través del impuesto. Hoy se admite que los establecimientos públicos pueden —y, si son Cajas especiales, justificadamente, deben— autofinanciarse, quedando, por ende, desligados de la fuente general presupuestaria del impuesto. Otro criterio igualmente clásico es el de reducir el establecimiento público a la idea de personalización del servicio público, sin admitir categorías paralelas, con lo cual toda personalización que no sea de público servicio deberá calificarse como empresa pública (FORSTHOFF).

Todos estos esquemas son insuficientes e inapropiados. Distinguir prestación y utilización es basar una diferencia sustancial muy vagamente. Pero aun cuando entroncásemos esta distinción en la de servicio público y gestión económica, tampoco serviría, ya que la gestión productora de bienes económicos puede establecerse alternativamente mediante establecimiento intervencionista o mediante empresa pública. Además, tanto el establecimiento como el servicio están vinculados con la Administración de tal modo que resultan obligados —en razón al fin a que se crearon— al desarrollo de la actividad industrial que les sirve de fundamento. Por todo ello parece que el único esquema mental posible para escindir ambas estructuras organizativas es el relativo a la existencia o inexistencia de poder de *imperium erga omnes*, presente en la noción de establecimiento intervencionista y que no se da en el concepto de empresa pública. En ésta la función productora se ajusta más fuertemente a los criterios privados de la empresa. El *imperium* es tan sólo indirecto, no dejándose sentir frente a los usuarios de la gestión productiva. No obstante, este imperio existe en cuanto a la estructura general de la empresa pública, relacionada con la Administración pú-

blica (59). Por lo demás, la prestación se realiza frente al mercado y según las normas de competencia (60); esta falta de imperio respecto del mercado se manifiesta típicamente en la falta del privilegio de apremio para el cobro de sus créditos.

Así, pues, abstracción hecha de la inexistencia de imperio frente al mercado, se dan en la empresa pública los mismos caracteres que en el establecimiento público, de personalidad jurídica, autonomía financiera, principio de especialidad, régimen funcionarial, diferenciado en propios funcionarios y empleados, consideración de Cajas especiales. La única diferencia estriba en no estar motivada su creación en un fin de especialización, sino en las superiores ventajas sobre una producción *jure privato* frente al mercado. El ejemplo más significativo de esta clase de empresas lo constituye en nuestro Derecho el Consejo de Administración de las Minas de Almadén (61). Esta es, por otra parte,

(59) FORSTHOFF habla de este imperio interno refiriéndolo en general al establecimiento público: «Anstaltsgewalt wird anstaltsintern wirksam». El *imperium* de la empresa pública *stricto sensu* sólo tiene operatividad en el aspecto interno. Este imperio interno se traduce: de un lado, por la aplicación del principio general *par in parem non habet imperium*, de modo que están exentos del control normal de la industria; es decir, frente a la Administración no están en paridad de condiciones con las empresas privadas en cuanto a policía. Este control y esta policía administrativos juegan sólo de modo interno, por responsabilidad de los funcionarios, en casos de transgresión, en virtud de la potestad disciplinaria, pero no en base a un general *jus politiae* que se impusiera desde fuera. Por otra parte, como Administración que son, están obligados a las normas referentes en general a los organismos administrativos cuya virtualidad sea interna (art. 92 Regl. 27 julio 1943, necesidad de que sus asesores sean abogados del Estado).

(60) Esto debe entenderse con las necesarias restricciones afectantes a aquellas empresas productoras con monoposomio de la Administración; por ejemplo, armamentos (Fábricas Navales Militares, L. 11 mayo 1942, Regl. 8 noviembre 1946; Arsenales, L. 2 septiembre 1939, L. 29 enero 1940; Obras Militares de Fortificaciones, L. 8 septiembre 1931, etc.).

(61) Consejo de Administración de las minas de Almadén (Ley de 16 de septiembre de 1932). La explotación estatal de las minas es frente a la novedad de la actuación productora en general muy antigua, derivándose del régimen de regalías medieval. En España, las minas de Almadén tradicionalmente han sido explotadas por la Administración. Frente a la reacción absolutista, que trajo consigo una gran incertidumbre sobre el régimen jurídico-administrativo en general, se precisó por Decreto de 4 de julio de 1825 su propiedad estatal, que subsistió a través de las Leyes de 1859, 1868, etc. Sólo desde 1535 a 1646 fueron explotadas por particulares—los Fugger—, siendo desde esta última fecha explotadas por el Consejo de Hacienda. Desde 1708, por una Junta de Ministros del Consejo de Indias, confiriéndose en 1754 a la Secretaría de Despacho Universal de Indias, de donde pasó al Ministerio de Hacienda, que en 1916 creó con propia personalidad y carácter de empresa pública el actual Consejo de Administración (Cfr. P. BALLESTEROS, *Hacienda Pública*, Madrid, 1940, p. 187 ss.). La autonomía y personalidad de esta empresa pública resultan claramente de los arts. 1 y 2 de la Ley de 16 de diciembre 1932: «La explotación de las minas de Almadén y Arrayanes seguirá a cargo del Estado como ramo independiente del Ministerio de Hacienda, regido por un Consejo de Administración con personalidad jurídica tan amplia como sea necesa-

la categoría común cuando las empresas industriales del Estado no adoptan el disfraz externo de la forma mercantil; en este sentido la *régie industrielle* francesa, la *public corporation* inglesa, la norteamericana *Gouvernement corporation*, y las figuras afines que, con mayor o menor extensión, se presentan hoy en la generalidad de los países, responden en principio a este tipo teórico.

La inexistencia de poderes exorbitantes en el mercado está, por otro lado, causada por la presencia en la empresa pública de un evidente fin de lucro, adjunto a la causa de prestación pública.

B) *Organismos sin personalidad. La empresa propia.*

Frente a la actuación productora de la Administración a través de entes personalizados —establecimiento intervencionista y empresa pública— se da paralelamente, y con mayor extensión quizá, una actividad productora mediante organismos integrados en la estructura general de la Administración y carentes, por tanto, de propia personalidad jurídica. Los caracteres que anteriormente se expusieron como afectantes tanto a los establecimientos intervencionistas como a las empresas públicas, faltan totalmente en el caso de las empresas propias: personalidad, autonomía financiera de imputación. Son indiferentes, a fuer de comunes, los indicios de funcionarismo en su personal y la existencia de *imperium*.

Normalmente, y salvo alguna excepción aislada, las empresas propias tienen consideración de Cajas especiales. Empero, la autonomía financiera de que disfrutan no implica ni personalidad jurídica propia ni, por ende, autonomía financiera de imputación: sus deudas son deudas de la Administración, repercutibles contra ésta, ante un supuesto de insuficiencia de la Caja especial. El carácter de Caja autónoma de hecho, que normalmente afecta a la empresa propia no implica otra cosa sino que sus ingresos no afluyen directamente al Erario público, antes bien permanecen en la empresa, para subvenir a sus gastos, en tanto en cuanto a la cobertura de éstos sean necesarios (62).

rio para que pueda realizar las operaciones que exijan los modernos métodos de explotación de los yacimientos mineros, vender sus productos y dar a los recursos que obtenga la aplicación que proceda...» «El Consejo de Administración de las minas de Almadén y Arrayanes que actuará en representación del Estado, como organismo autónomo, bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Hacienda, residirá en Madrid...» Tiene también el carácter de empresa pública, tal como se tipifica en el texto, el Servicio Militar de Construcciones.

Sobre los conceptos extranjeros de empresas públicas a que en general alude el texto a continuación, vid. en este mismo número de la REVISTA la serie de artículos incluidos en la sección «Crónica administrativa. II. Extranjero».

(62) Por ejemplo, el *Boletín Oficial del Estado* (L. 31 diciembre 1942, Ley 31 diciembre 1943) sólo se reserva el 25 por 100 de sus ingresos para constituir su

Corresponde la empresa propia al sistema de empresa *en régie* del Derecho francés, o al *Regiebetrieb* del Derecho germano (63). Por su propio carácter de órganos estructurados dentro de la Administración general, disfrutaban de poder de imperio (tasas, procedimiento de apremio, etc.) frente al mercado.

Puede establecerse una clasificación de empresas propias, según que pertenezcan a la Administración central o a la local, a la institucional o, finalmente, a la Administración corporativa.

Un caso de empresa propia sumamente interesante, por aparecer prevista en términos generales su normativa, es la municipalización de servicios. En la discusión en Cortes del proyecto Maura de 1903 se suscitó esta cuestión, sin que fuera introducida por vía general legislativa, pese al proyecto de 1905 y a los Reales Decretos —que la establecieron en casos particulares— de 28 de marzo de 1905, sobre servicio de panificación en Madrid; Real Decreto de 30 de marzo de 1905, sobre mercados; Real Decreto de 6 de abril de 1905, sobre mataderos; Real Decreto de 15 de noviembre de 1909, etc. Sólo en el Estatuto Municipal de 1924 se previó ya expresamente la municipalización. La Ley de 31 de octubre de 1935 recogió la institución, y, finalmente, la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 la asumió, articulándose su normativa en el texto aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950.

La municipalización ofrece esquemas empresariales diferentes, aplicables tanto a la empresa propia cuanto a la empresa privada, totalitaria o mixta, con fines públicos. En lo que en este lugar nos concierne es interesante destacar la posibilidad que el art. 172 del texto articulado ofrece en cuanto a la constitución de empresa propia: «Los servicios municipalizados podrán ser prestados por gestión directa, a cargo de funcionarios y agentes municipales, dependientes en su actuación de las normas y decisiones que en el ejercicio de su competencia puedan adoptar el Ayuntamiento, la Comisión Permanente o el Alcalde, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo de municipalización.» A su vez, la empresa propia puede prestarse o bien en pura gestión directa, o bien

Caja especial; el resto va al Tesoro. La sentencia de 28 marzo 1949 precisa que todos estos ingresos de empresas propias lucrativas no son tasas, sino ingresos de economía privada.

(63) Cfr. HAURIUO, *Précis*, 1933, pág. 1.013: «Le procédé de la régie se caractérise par ce fait, que c'est l'administration elle même qui par ses fonctionnaires sous sa responsabilité, en utilisant ses prérogatives de puissance publique, et au moyen de deniers publics provenant des ressources budgétaires, organise et fait fonctionner le service considéré.» Distinto de este concepto es la llamada *régie industrielle ou commerciale*, que en cuanto ostentan personalidad, se han caracterizado más atrás como empresas públicas (HAURIUO, *ibid.*, págs. 1.014 y 1.090 y sigs.). En cuanto a los Municipios, vid. art. 71 Ley 22 octubre 1833, art. 31 Estatuto Municipal de 8 marzo 1924, art. 37 Ley 31 octubre 1935, Base 67, Ley 17 julio 1945, Ley de la Contribución de Utilidades de 22 octubre 1922, tarifa III, disposición 1.ª, apartado 5.º.

interponiendo ante los órganos generales un Consejo de Administración especializado. El art. 172 establece que la pura gestión directa sólo es aplicable a los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado, mercados, mataderos, cementerios, recogida y aprovechamiento de basuras, y farmacias municipales. Debe de insistirse que en todos estos casos de empresas propias, y aun pese a la posibilidad de creación de un Consejo de Administración especial para la gestión autónoma del servicio, a la constitución de una Hacienda especial (art. 174, D), nutrida por el producto de las prestaciones, y a la contabilización separada, no existe personalidad jurídica independiente del Ayuntamiento, con lo cual es de aplicación a estos supuestos lo que *supra* se indicó respecto a autonomía financiera de gestión y de imputación. Los antecedentes de esta forma de municipalización se remontan a épocas lejanas: los llamados puestos públicos y los estancos de los artículos de comer, beber y arder (Novísima Recopilación, libro VII, título XVI), las panaderías a cargo del Ayuntamiento, en el *vínculo* de Pamplona, vinculándose una cantidad determinada por el Municipio, destinada a la fabricación de pan; molinos, posadas, herrerías, etc.

Empresas propias dependientes de la Administración central existen en abundancia; son característicos los servicios de publicaciones oficiales, en los que quizá fuese de desear una total centralización, al modo del «Stationary Office» británico o de la racionalización suiza. La actual proliferación de estas publicaciones hace necesaria, en efecto, en función de una economía de medios y de un mejor rendimiento y eficacia en la distribución, una uniformidad (64).

(64) Ejemplos típicos de empresas propias de la Administración central son: Talleres y Granjas Penitenciarias (D. 5 marzo 1948, D. 8 febrero 1946, D. 1 septiembre 1939, O. 30 abril 1939), Servicio de Noticiarios y Documentales Cinematográficos NO-DO (D. 22 febrero 1946), que a pesar de decirse en el Decreto regulador citado que tiene carácter autónomo con plenas facultades tanto a los efectos administrativos como a los económicos y comerciales, carece de propia personalidad jurídica, estando su patrimonio afecto al Ministerio de Educación Nacional (cfr. además O. 21 julio 1946, O. 17 diciembre 1942, O. 23 febrero 1943, O. 24 marzo 1944), Instituto Nacional de Producción de Semillas Selectas (D. 16 diciembre 1947), Regiones Devastadas y Reparaciones (D. 23 septiembre 1939). En general se incluyen en esta calificación las Revistas y Publicaciones del Estado: Anuario Estadístico de Administración de Justicia y Colección Legislativa de España (O. 17 octubre 1945, O. 22 octubre 1946), antiguo Boletín Oficial del Ministerio de Justicia (D. 10 diciembre 1931), antiguo Diario de Comunicaciones (O. 17 junio 1931), Boletín Oficial de Prisiones y Revista «Redención» (O. 1 septiembre 1945), Imprenta del Ministerio de Asuntos Exteriores (D. 30 diciembre 1944), Boletín Oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores, Diario Oficial del Ministerio del Aire (Circenlar 22 octubre 1931), Diarios oficiales del Ministerio del Ejército y del de Marina, oficina de Publicaciones del Ministerio de Educación Nacional (O. 7 marzo 1940), Boletín Oficial del Estado (Ley 31 diciembre 1942, Ley 31 diciembre 1943, antigua «Gaceta», creada por R. O. 22 septiembre 1836), Revista de Sanidad e Higiene pública (R. O. 15 noviembre 1925), Boletín Oficial del Ministe-

Empresas propias institucionales, dependientes e integradas en establecimientos públicos, son *ad exemplum*: Sección de Publicaciones del Instituto Geográfico y Catastral, del Instituto de Administración Local, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (O. 22 septiembre 1945, artículo 35 Reglamento 31 mayo 1946), del Instituto Nacional de Previsión, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Laboratorios del Instituto Nacional de Técnica Aeronáutica (D. 7 marzo 1942, O. 25 marzo 1943), etc., etc.

Como empresas propias corporativas, es decir, integradas en corporaciones (Sindicatos, Movimiento), pueden citarse: Prensa del Movimiento, Radio Nacional de España (antigua REDERA), Obra Sindical del Hogar (Ley 19 abril 1939, arts. 21, 29, 61, 79, 89; D. 25 enero 1941, artículos 99 y 100; O. 9 marzo 1946), Publicaciones del Instituto de Estudios Políticos, etc., etc.

Junto a estas formas de empresas propias dirigidas al mercado coexiste otro tipo de empresa, que puede calificarse como empresa propia interna, ya que su producción se destina al mercado restringido de la propia Administración, que posee en ellas un pleno monoposomio (por ejemplo, armamentos, obras militares de fortificaciones, etc., etc.).

Interesante es destacar, en cuanto a la empresa propia en general, la relevancia que la distribución funcional de competencias—en lo que le afecta—tiene en sustitución de la capacidad jurídica y la capacidad obligacional (65).

rio de Hacienda (D. 31 diciembre 1941), Revista Nacional de Educación (O. 8 marzo 1940), Revista Militar «Guión» (O. 24 enero 1942), Editorial Naval (O. 27 octubre 1943), Revista para oficialidad de complemento (O. 4 mayo 1944), Sección de Estudios y Publicaciones del Ministerio de Trabajo (O. 10 junio 1943), Anuario Estadístico (O. 12 junio 1938).

(65) La afirmación tiene su importancia, en lo que afecta a la validez de los contratos firmados por funcionarios, ya que incluso podría plantearse—desde un punto de vista civilista no acertado—la necesidad de que fueran suscritos por el Jefe del Estado, al no gozar los departamentos ministeriales de propia autonomía de personalidad. Lo absurdo de la conclusión muestra el error fundamental de partida en estos casos. La falta de personalidad en sentido civil deriva a otra consecuencia: la imposibilidad de accionar por vía de responsabilidad contra la empresa propia, ya que es parte intrínseca de la Administración, dándose, en cambio, posibilidad de accionar por responsabilidad civil del funcionario o dentro de los límites estrictos de nuestro Derecho, por responsabilidad del Estado (S. 22 noviembre 1947). La afirmación tiene relevancia en cuanto se aplique a las formas vagas en Derecho, a través de las cuales actúan generalmente las empresas internas. Por otra parte, la distribución funcional de competencias es equivalente a una delimitación de capacidades. En este sentido, dice CANTUCCI (*L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Padova, 1942, p. 67): «El ordenamiento jurídico atribuye en efecto al Estado y a las personas jurídicas públicas la capacidad jurídica, limitándola con la determinación de su finalidad: el fin delimita por ende el ámbito dentro del cual puede desarrollarse su actividad. Cuando la administración exorbita este ámbito sus actos no están adheridos al fin público que

C) *Formas mercantiles de gestión industrial de la Administración*

1. *Teoría general.*

La alternativa de procedimientos privatísticos o de *imperium* público no implica en el actual sistema del Derecho Administrativo una modalidad sustancial que obligue *ex re propria* a la Administración a optar por uno u otro. Este criterio material existió, en efecto, en la estructura administrativa del Estado absoluto, por cuanto la sumisión a un régimen jurídico privado suponía tanto como la configuración reglada en la actividad administrativa (teoría del Fisco). En un Estado que somete a la juridicidad la actuación administrativa, la distinción como criterio material carece de sentido. La escisión entre ambos regímenes en un Estado de Derecho no pierde, sin embargo, su significación, limitándose en lo que afecta a la actividad sometida a uno u otro, a transformar su virtualidad sustantiva en criterio meramente formal.

La crisis de los conceptos tradicionales del Derecho Administrativo ha sido la clara demostración de su inadecuación para servir a las nuevas tareas asumidas por el Estado. La conformación de las actividades industriales frente al mercado en las anteriores formas —empresa pública, empresa interna— muestra, por otra parte, la mayor flexibilidad y congruencia del *jus commune* para modular la gestión productiva de la Administración (66).

Esta falta de medios en el Derecho Administrativo tradicional ha sido fundamentalmente el motivo del auge de la sumisión al Derecho privado de la actividad administrativa. Donde el Derecho administrativo clásico falló en encontrar fórmulas elásticas y ágiles de actuación, se ha revivido la perenne normativa común, capaz de proporcionar esa flexibilidad necesaria a lo administrativo en sus nuevos fines. La Administración tiene un «hambre de nuevas formas» que sólo el Derecho común ha sabido y podido suministrarle. Junto a la decantada «politización del Derecho común» cabría colocar la «privatización del Derecho público», no en cuanto a su sustancia específica, ya que la Administración, aun cuando actuando bajo régimen privatístico, no pierde jamás su carácter de *pública potestas*, sino en cuanto a la forma jurídica a que se someten las nuevas tareas administrativas (67).

deben perseguir, determinando así una incapacidad jurídica, que coincide con un fenómeno de incompetencias. Se refiere esta afirmación al principio de especialidad en sentido objetivo al que más adelante se refiere el texto.

(66) Cfr. ASCARELLI, *Società e associazioni commerciali*, Roma, 1936, p. 350 ss.

(67) Cfr. en este sentido sobre el carácter formal de la opción, AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938, CAN-

Para tener en cuenta la inadecuación del Derecho administrativo en la oferta de formas congruentes a la actividad nueva de la Administración hay que considerar un criterio básico, que priva de culpabilidad al fracaso. La actuación del servicio público se verifica según un principio de exclusividad monopolística normal. Por el contrario, la gestión económica de producción supone una actividad en el mercado, en posición de competencia con la producción privada (68). El interés de la Administración, en un caso, se centra en la exclusión de la competencia; en el otro, en el aumento de esta competencia. Por ello, inmiscuir su actividad la Administración en una posición de prepotencia ostensible, daría lugar a formación monopolística del mercado, disminuyéndose el incentivo empresarial del particular por la acumulación de obstáculos que se le opondrían al enfrentarse con concurrencia más potente que él, no sólo financieramente, sino más bien por los privilegios del mercado inherente al *imperium*.

El interés de las nuevas formas mercantiles radica en esencia en que a través de las mismas, se actúan fines específicamente públicos. Por ello, no se trata de actividades *jure privato* con fines privados, sino de gestión *jure privato* de fines públicos. La Administración nunca deja por ello de gestionar como tal *publica potestas* los fines asignados a la misma. Quizás por no entrever esta fundamental distinción se comprende la afirmación de MAYER (69) negando todo posible reenvío formal al Derecho común, dando carácter sustancial al principio clásico *fines publicos a privatis detineri non oportet* (Digesto, t. X, de *operibus pub.*, 5 Ulp.), que justamente se debe hoy invertir en su enunciado, a la vista de la función social que a toda propiedad alcanza.

TUCCI, op. cit., BALLBE, artículo *Derecho administrativo* en la «Nueva Enciclopedia jurídica», 1950, pág. 69 y ss.

(68) Insistimos en que el texto se refiere exclusivamente a la actividad administrativa de producción industrial de bienes. Claro es que tratándose de prestación de servicios públicos existe una marcada tendencia al monopolio, según ya se observa, diferencia que se verá prácticamente más adelante al tratar de la municipalización en nuestro Derecho. En relación con el supuesto de la producción industrial de bienes es precisa una única salvedad: la referente a la tesis extrema colectivizadora, que veda ciertos campos a la propiedad privada, para reservárselos a la sola iniciativa pública. Con este alcance esta posición sólo ha tenido realidad en el comunismo soviético. Las nacionalizaciones francesa e inglesa cuando se han referido a ramas económicas de producción industrial de bienes (por ejemplo, carbón, manufactura y siderurgia) han afectado únicamente a empresas concretamente determinadas, en razón a su prepotencia fáctica o incluso a razones políticas (por ejemplo, fábricas Renault), sin implicar una reserva regalista total de la rama de la producción industrial en cuestión. En este campo se produce típicamente la llamada «nacionalización localizada».

(69) OTTO MAYER, *Verwaltungsrecht*, tomo I, p. 117: «Fuer den Willen eines Zivilrechtssatzes aber kann ein ceffentlich-rechtliches Verhaeltnis nie etwas Recht-saehnliches sein».

Muchas denominaciones se han creado para calificar formalmente este fenómeno concreto de actuación de fines públicos por empresas privadas. El término más usual ha sido durante una época el de «sociedades mixtas» (70); no es utilizable, empero, pese a su sugestivo carácter, porque limitaría el supuesto a la copartición de la Administración con los particulares en sociedades de capital, con lo que quedarían excluidas todas aquellas sociedades o empresas en general en que el Estado aparece como único accionista o titular. La denominación «empresa comercial pública» parece por ello más adecuada; pero excluye innecesariamente el accionariado fiscal del Estado. Por ello se sigue preferentemente el término *accionario del Estado*, que agrupa todos estos casos límites sin prejuzgar el contenido de la denominación genérica.

Al tiempo que la actuación administrativa ensancha su ámbito se siente cada vez más acuciantemente la necesidad de lograr nuevas formas legales de ingerencia. El mero control desde fuera se muestra como insuficiente. Presupone, en primer término, una sociedad o empresa privada, ya existente, sobre la que se puede actuar las directrices administrativas; supone, por otra parte, que esa empresa pueda desarrollar su actividad normalmente, sin problemas financieros agudos, y que la desenvuelva hasta el óptimo de producción y beneficio respecto a la total economía nacional.

Ante la inexistencia de empresa privada o frente a la insuficiencia de la misma, el Estado puede adoptar dos posturas: o bien estimular indirectamente —exenciones, garantías estatales— la creación o aumento de las plantas industriales que se consideren necesarias, o bien constituir esas mismas plantas de fabricación directamente. En un sentido financiero, la constitución por parte del Estado de empresas industriales adquiere una especial relevancia y justificación en ciertos casos: parece más conveniente al dinero público su inversión en acciones de una sociedad industrialmente necesaria al país, que conservando una actitud siempre externa, si bien ya no neutral, invertir ese mismo efectivo en subvenciones a fondo perdido.

(70) El término es empleado por la ley de Bases de Régimen local, de 17 de julio de 1945, base 18, si bien en el sentido limitado a que alude el texto a continuación: «Los servicios municipalizados podrán prestarse por gestión directa, con o sin órgano especial de administración, en forma de empresa privada y en régimen de empresa mixta, por concurso o mediante participación de particulares en el capital por suscripción de acciones.» El Estatuto municipal de 1924 sólo hablaba de «acciones... en sociedades o empresas (art. 159). Las demás denominaciones: empresas semipúblicas, «régie mixte», «entreprise publique mixte», «öffentlich-privat», «Gemeinschaftsbetriebe», «gemischt wirtschaftliche Unternehmung», pueden verse en J. GIRÓN TENA, *Las Sociedades de Economía Mixta*, Madrid, 1942, página 22 y ss.

En una visión administrativa, esta inversión que provoca el accionario estatal, se matiza con una nueva justificación. Si junto a la necesidad de subvencionar a una empresa privada, el cuerpo nacional siente la necesidad de un rígido control; ambos vectores —subvención más control estatal— parecen reconducir a un tensor sumatorio de los mismos, cual es el surgimiento de la empresa estatal. La forma privada de la misma está, por otra parte, funcionalmente ligada a la necesidad de ágiles procedimientos de gestión.

Esta afirmación es particularmente pertinente cuando el importe de las subvenciones estatales ha de superar el volumen de intereses particulares en una empresa determinada. La caleidoscópica configuración de la vida económica de un país impone, no obstante, una serie de gradaciones y matices por las épocas distintas de la subvención, por la vinculación contractual de la Administración, y, en definitiva, por la necesidad de configurar la actividad de ésta según muy distintas finalidades específicas. Ello determina que el accionario del Estado responda a principios múltiples, de los que pueden entresacarse, y a los que, de otro lado, pueden reconducirse todos los fines, dos criterios fundamentales: el accionariado fiscal, cuando el de la Administración no implica un *jus gestionis* accionario, limitándose la Administración a actuar controladoramente, y, por otra parte, el accionariado de gestión, cuando la inversión estatal viene causalmente ligada a la necesidad de obtener el *jus gestionis* dentro de una determinada rama industrial para la Administración. Forma inferior al accionariado fiscal es la participación fiscal del Estado.

2. El accionariado fiscal del Estado.

Bajo esta rúbrica general pueden agruparse todas aquellas inversiones del Estado que, produciendo inmediatamente su condición de accionista, no conducen de modo directo a un control interno de la empresa, aunque sean un intento de construir incipientemente este control interior. Es característica común, pues, que la causa del control en los casos en que exista viene vinculado en estos supuestos no a una preeminencia privatística por una mayoría de capital administrativo (como ocurre en el accionariado gestor), sino a las generales facultades de *imperium* de la Administración.

En estos casos, el sistema de accionariado no funciona como motivado por la consecución estatal de los llamados *derechos de administración*, sino que se fundamenta en la adquisición de los *derechos patrimoniales* de las acciones, inherentes a la propiedad de éstas (71). La propiedad

(71) Nicola GASPERONI, *Las acciones en las sociedades mercantiles*, Madrid, 1950, página 25 y ss., distingue netamente estas dos funciones del título societario, men-

accionaria del Estado pretende conseguir estrictamente fines fiscales frente al accionariado gestor, cuya finalidad se centra en la consecución de fines extra fiscales de interés público relevante.

En este sentido constituyen accionariado fiscal del Estado las 274.000 acciones de la serie B que le corresponden en la Compañía Arrendataria de Tabacos, representativas de su aportación de fábricas, depósitos y buques al servicio de la Renta de Tabacos, con su maquinaria, enseres, mobiliario e instalaciones (D. de 3 de febrero de 1945, D. de 3 de marzo de 1945), las 90.000 acciones de la serie A, nominativas e inalienables, entregadas totalmente liberadas al Estado en la C. A. M. P. S. A. (R. D.-L. de 28 de junio de 1927, R. D.-L. de 10 de enero de 1928, Leyes de 17 de julio y 27 de diciembre de 1947) (72).

Este sistema de accionariado puramente fiscal obedece típicamente a cuatro motivaciones primordiales:

1.^a A la sustitución del sistema subvencional por la suscripción de acciones, supuesto ya aludido.

2.^a A la aportación *in natura* por la Administración de factorías, utillaje, etc.

3.^a A la instrumentación en la fórmula societaria de un canon concesional o de una merced arrendaticia; dos supuestos que, en definitiva, se reconducen a un único concepto y que, a su vez, pueden unificarse con el caso del número anterior, dentro del género común de «aportación». (Así el texto articulado de la Ley de Régimen Local, aprobado por D. de 16 de diciembre de 1950, art. 176 núm. 3: «Los Municipios podrán *aportar* exclusivamente la concesión, o también bienes, instalaciones y capital.»)

4.^a A la conveniencia de recaudar por procedimientos de Derecho privado (precio fiscal) verdaderos impuestos al consumo; el Estado per-

cionando la sugestiva nomenclatura germana: los derechos patrimoniales como *eigen-nuetzliche Rechte*, los derechos de administración como los *Mitverwaltungsrechte*, *Herrschaftsrechte* o *gemeinnuetzliche Rechte*.

(72) Los monopolios fiscales se remontan a la técnica regalística de los «estancos». Es significativo que la primera prohibición de los estancos—en materia de artículos de primera necesidad— se dé al comienzo de la Edad Moderna, con el surgimiento de la idea del Estado, frente a la disgregación regalística del Poder. En 1492 los Reyes Católicos prohíben con penas terminantes el estanco de los artículos alimenticios. La efectiva libertad industrial no comenzó, sin embargo, hasta la época liberal, por Decreto de las Cortes de 8 de junio de 1813. Hasta esta fecha estaban vigentes las llamadas «siete rentillas», suprimiéndose en 1813 la rentilla de juegos de naipes, que se sustituyó por el impuesto denominado «bolla de naipes», que luego se refundió en la Ley del Timbre, donde continúa inserta. El Monopolio de Plomo fué desestancado por la Ley Mon de reforma presupuestaria en 1845. El bermellón, lace y almagre le siguieron, y la pólvora en 1864. Antes del Decreto de Cortes mencionado se habían desestancado ya una serie de antiguos monopolios regalísticos sobre pimentón, azúcar, cera, papel, chocolate, bacalao, etc. En la actualidad sólo subsisten los monopolios de tabacos, cerillas y fósforos y petróleo. Se consideran,

cibe estos impuestos como dividendos o participación, que no soporta propiamente el empresario explotador, sino que resultan repercutidos indirectamente al consumidor en el mercado; supuesto típico de los Monopolios fiscales de Tabacos y Gasolina, antes aludidos en nuestro Derecho.

Forma inferior del accionariado fiscal la constituye el sistema de participación fiscal del Estado, no instrumentado formalmente en títulos de acción, que obedece a la misma idea que la de los Monopolios fiscales, esto es, sustitución de procedimientos especiales impositivos desde fuera, por impuestos bajo la forma privatística de rentas del Estado; los ejemplos en nuestro Derecho no han desbordado todavía el ámbito de las empresas de actividad comercial o de servicios públicos, aunque es hipotéticamente pensable para las empresas de producción industrial a que venimos refiriéndonos (73).

sin embargo, como productos estancados (según la Ley de 3 de septiembre de 1904 sobre contrabando y defraudación, art. 4.º), por razones de policía y como reminiscencia de antiguos monopolios regalísticos, las pólvoras (Vid. sobre la pólvora en Francia, A. BICANT, *Le Nationalisation et le Contrôle des Usines de Guerre*, Paris, 1939). En general, se consideran productos estancados «todos los artículos, productos o substancias cuya producción, elaboración, fabricación o venta se haya reservado o tenga monopolizado el Gobierno, aun cuando se hallen arrendados a particulares, empresas o gremios, en virtud de contratos autorizados». El tabaco es producto estancado desde 1632 (para León y Castilla, extendido a Navarra y Aragón en 1707, y en 1878 a las Provincias Vascongadas), habiéndose seguido distintos sistemas de gestión, desde el arriendo por provincias (1701-1731), explotación por administración y gestión directa (1731-1887) y, finalmente, arrendamiento (desde Ley 22 abril 1887). Las cerillas están monopolizadas sólo desde 1892 (Ley de 30 junio 1892 de Presupuestos). El Monopolio de Petróleos es mucho más reciente, aunque ya en 1897 se intentase establecerlo. Procede del R. D. de 28 junio 1927 de CALVO SOTELO. La técnica del monopolio fiscal como sistema de percepción de ingresos a través de precios fiscales, no es exclusiva de España. (Vid. sobre Francia A. LAMARQUE, *Le Monopole de l'Etat*, 1927). En Italia las «privative fiscali» comprenden la sal, tabaco, quinina. El tabaco es monopolio fiscal en Francia, Italia, Austria, Hungría, Checoslovaquia, Turquía, Polonia, Yugoslavia, Japón, Suiza. El alcohol es monopolio fiscal en Alemania (Ley 26 julio 1918); el alcohol industrial, en Francia (Service français de l'alcool). Cfr. sobre la noción del monopolio fiscal, en el sentido del texto, K. BRAEUER, *Monopol als Form der Besteuerung*, en el «Handwoerterbuch der Staatswissenschaften», tomo VI, pág. 623 y ss. Los monopolios fiscales se remontan a la antigua Roma (salaría). Vid. mi trabajo en esta REVISTA, núm. 1, abril 1950, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, pág. 79 y ss. Los economistas consideran elementos necesarios para que un impuesto pueda recaudarse a través de monopolio fiscal la producción en masa, simplicidad técnica y facilidad de control.

(73) Participación en los beneficios del Banco de España (Ley 13 marzo 1942, Ley 31 diciembre 1946); Banco Exterior (R. O. 20 julio 1929, Ley 13 marzo 1943); Banco Hipotecario (D.-Ley 4 agosto 1928); Banco de Crédito Industrial (O. M. 17 octubre 1947); Ferrocarril de Valladolid a Medina de Rioseco (R. D.-Ley 7 octubre 1930). Para Municipios, cfr. art. 378 del Estatuto Municipal y S. 18 junio 1949.

3. *El accionariado gestor de la Administración.*

Del accionariado y participación fiscales es radicalmente distinto, en cuanto al Derecho administrativo concierne, el régimen de accionariado gestor. En éste la causa motivadora de la inversión estatal no queda ya en lo puramente fiscal para obtener determinados ingresos públicos, sino que trascendiendo del mismo viene a legitimar —y ello es su fundamental criterio discriminador— un control gestor sobre la actividad industrial, logrado, de esta forma, por medios puramente privatísticos y no a virtud del general *imperium* de la Administración. Mediante este control, la Administración pretende actuar a través de estas empresas fines públicos de ulterior relevancia a la inmediata actividad de las mismas.

En una exposición primaria de los problemas que esta figura plantea estudiaremos primero la cuestión previa que se suscita sobre la apariencia de Sociedad Anónima con que externamente se presenta, continuando con un examen de los criterios que determinan su condición de administrativa, para concluir estudiando los supuestos principales de accionariado gestor que se producen en nuestro Derecho; en esta última parte se presentarán cuestiones que en las dos primeras han de tratarse en sus términos generales y abstractos.

a) *La condición de Sociedad Anónima.*

En el accionariado de control existe una aparente antítesis entre la materia —función pública que, aun a través de los inmediatos fines de producción industrial, ha de desempeñar la empresa— y la forma comercial de Sociedad Anónima de que la empresa se reviste. Ante esta aparente disparidad forma-función, un sector doctrinal muy extendido (MESSINEO, BRANDT, FORTHOFF) se inclina por la consideración preferente de la forma adoptada por la empresa, calificándola, por ende, como privada y fuera del Derecho administrativo. Lo jurídico —según este sector— es por esencia lo formal; por ello, en Derecho debe darse prevalencia a la estructura formal de la empresa haciendo abstracción de la finalidad —pública en este caso— perseguida; por otra parte, un ente tradicionalmente considerado como empresa privada no puede devenir público a consecuencia de una variación de la intensidad o extensión del orden de necesidades en que últimamente se justifique, o por una modificación de las directrices políticas del Estado. Otro sector se inclina por calificar a las empresas con accionariado de control como sociedades anómalas (ASCARELLI, GRECO, DOMINEDO, SALANDRA, AULETTA, DE GREGORIO) en cuanto encierran una discordancia entre la forma pu-

ramente privada que adoptan y la finalidad pública que pretenden conseguir.

A nuestro juicio, esta primera contradicción teórica es más aparatosa que real. En primer lugar, la forma societaria se produce para y por el tráfico y en este sentido la calificación de anónima no presenta la menor dificultad para el tipo de empresa administrativa que se examina, pues desarrolla la totalidad de sus virtualidades para todo tercero, acreedor social o consocio de la Administración. Ahora bien, la posición permanente de la Administración como sostenedora de la empresa, implica la integración de ésta entre los organismos administrativos a través de los cuales, y de un modo directo —dado su papel de gestor social— actúa sus fines. No existe contradicción entre esta dualidad simultánea de aspectos en cuanto que los efectos que cabe predicar de cada uno se producen íntegramente, entrecruzándose, respectivamente, entre sí sin que exista entre ellos una incompatibilidad sustancial. A la vez, no cabe prescindir de ninguno de tales dos aspectos, sin amputar una realidad que se presenta como completa e indivisible.

Una segunda objeción pretende encontrar una contradicción interna entre el fin de lucro, que se afirma esencial en la Sociedad Anónima, y el carácter público de estas empresas, que sería incompatible con toda idea de lucro (VITA). Puede replicarse a esta tesis con varios argumentos. En primer lugar, negando la esencialidad de ese elemento finalista del lucro, que si puede ser acaso motor del sistema, no es susceptible de individualizarse en cada empresa particular. Así, en nuestro Derecho, es claro que la Sociedad Anónima es una pura forma capaz de cubrir finalidades expresamente no mercantiles (art. 1.670 Cód. Civil; sociedades civiles con forma mercantil), pero aun condenando teóricamente esta concepción, se observará que es absolutamente común en el tráfico la existencia de sociedades anónimas mantenidas, e incluso conscientemente erigidas a pérdida, no obstante lo cual nadie ha dudado de su carácter mercantil; el empresario persigue ordinariamente en estos casos una finalidad económica que suele serle económicamente beneficiosa, aunque incluso puede no serlo, pero que en todo caso, objetivamente en la concreta contabilidad de la empresa individual en cuestión, se traduce en perjuicio; ejemplos de beneficio económico subjetivo logrado con empresas a pérdida son muchos casos de Sociedades auxiliares que se sacrifican en el servicio de otras principales, las Sociedades de cartel de mercado, Sociedades que pretenden la amenaza o la vigilancia de un competidor, etc. Ahora bien, esta finalidad de beneficio económico del empresario, cuya relevancia trasciende a la empresa concreta, se da evidentemente en el caso de las anónimas públicas, como que es justamente (beneficio de la economía nacional) su motivo determinante. En segundo lugar, la observación anterior nos ha revelado que no es tanto el lucro, objeto indirecto, como las operaciones mercantiles, como

objeto directo e inmediato, la finalidad constitutiva de las empresas mercantiles; el supuesto de empresas privadas en las que incluso falta aquella finalidad trascendente o derivativa de beneficio económico subjetivo del empresario, es una irrefutable prueba *ad hominem* (empresas sostenidas a pérdida con finalidades extraeconómicas: sociedades de investigación, sociedades que aseguran posiciones políticas —valorables o no económicamente— o que se continúan por mantener una tradición o por conciencia de una función social, etc.); y esta finalidad relevante de actuar inmediatamente operaciones mercantiles se cumple estrictamente en las anónimas públicas. En tercer lugar, y, finalmente, cabe incluso concebir una tendencia al beneficio económico concreto de la explotación industrial, bien simplemente por reducción de los precios de coste frente a precios de venta comunes o prefijados (U. HICKS), bien, incluso, mediante un aumento de estos precios de venta, entendiendo este precio como precio fiscal en el que iría englobado un impuesto sobre el consumo y como medio de obtener ingresos que permitirían descargar paralelamente la carga impositiva general; finalidad puesta de manifiesto en los monopolios y explotaciones fiscales, hoy corrientes con especial relieve como casos de municipalización, que señalan una vuelta de la hacienda municipal a criterios de la antigua hacienda patrimonial.

En general, esta cuestión de los rendimientos económicos de las anónimas administrativas es común a la de todas las empresas de la Administración, incluso de aquellas cuya finalidad no sea propiamente la producción industrial o el comercio sino la prestación de servicios públicos. Los precios de venta o de prestación al usuario —aparte del precio fiscal ya examinado— pueden ser, respectivamente, privados, públicos o políticos (EINAUDI), implicando éstos, el caso extremo, una bonificación con cargo a los fondos generales procedentes del impuesto, de modo que los adquirentes de las mercancías o los usuarios de los servicios respectivos no abonan sino una fracción de los costes efectivos, recayendo el resto sobre el total de la comunidad que sufraga el impuesto. La adopción de uno u otro sistema de precios, es relativa a la dirección política general de la economía, en función de las circunstancias concretas y variables. Ahora bien, desde el punto de vista de esta misma política económica, no es otro el sistema de precios de las empresas privadas; el sistema de tasa que ha tenido una gran extensión actualmente, implica la versión equivalente de los precios semiprivados y públicos, e, incluso el criterio puro de los precios políticos tiene su plena aplicación al campo privado a través del sistema de la subvención pública (*Grants and allowance system*), actualmente en auge por la intensificación de las tendencias ordenadoras del mercado (74).

(74) Sobre la doctrina de los precios que se expone, vid. L. EINAUDI, *Principios de*

Así, pues, se trata de evidentes Sociedades Anónimas en nuestra tesis. Se ha afirmado ya, por otra parte, su carácter administrativo, que resulta tanto de la relevancia de los fines públicos que procuran, como de la misma presencia en su seno de la Administración, lo que implica por su parte caracteres formales en los que seguidamente ha de pararse atención. Se ha expuesto la posibilidad lógica y jurídica de que ambos caracteres coexistan sin litigio sustancial. Al pasar a examinar este segundo carácter o nota de la anónima pública, debe sentarse previamente este aserto: la Administración al elegir el medio formal de gestión privada, no por ello deja de ser tal Administración, ni hace dejación de sus principios, pasando a ser su actuación intercambiable con la de cualquier súbdito. Por el contrario, al elegir el medio privatístico, la Administración actualiza el principio general de la mutabilidad equivalente de las formas jurídicas (75) que permite lograr una finalidad idéntica por cauces formales diversos, determinando en el criterio de eficacia el modo de servir sus fines propios, siempre extraprivados. Ya IHERING observó, y ha repetido RABEL, que la evolución de las instituciones jurídicas revelaba constantemente una desvinculación de las mismas respecto de los fines presentes en el momento de su primitiva configuración, para pasar a ser instrumentos de fines constantemente nuevos y diversos. Es típico, en este sentido, el caso que nos ocupa, la utilización de la forma anónima para el cumplimiento directo de fines administrativos.

b) *El carácter administrativo.*

Ya se ha indicado que el carácter administrativo de las anónimas públicas resultaba de la doble relevancia de los fines públicos posteriores a través de ellas perseguidos, y de la presencia preeminente de la Administración en su seno que hace de ellas instrumentos directos de la directa actuación administrativa. La segunda nota resume la primera; la cual, por sí sola, por lo demás, haría indiscernibles los casos concretos, pues las tendencias políticas, así como los criterios de dirección de la economía, han extendido de tal forma la que clásicamente fué llamada «función social de la propiedad», que bien puede decirse que hoy está presente el cumplimiento de fines públicos en la justificación y en el régimen de la generalidad de las empresas propiamente privadas. Es,

Hacienda Pública, trad. esp., Madrid, 1948. Una alusión al sistema de subvenciones y subsidios a empresas privadas, visto desde la perspectiva fiscal, puede verse en la obra citada *infra*, nota 79, págs. 23 y ss. La bibliografía sobre el tema es abundante. La aplicación a este supuesto de la doctrina de los precios políticos la ha postulado nuestro Consejo de Estado, dictamen aludido en nota 23 *supra*.

(75) FORSTHOFF, op. cit., pág. 375, *Vertauschbarkeit der Rechtsformen*.

pues, a la segunda nota, presencia gestora de la Administración en el seno de la empresa, a la que debe referirse el alcance definitorio. Ahora bien, no basta afirmar el hecho de esta presencia de la Administración, sino que es preciso caracterizarlo cuidadosamente. Tal presencia se revelará de suyo en ciertos signos exteriores que interesa constatar y analizar, porque, por una parte, el dato de su aparición probará que la actuación de la Administración como gestor de estas empresas se reconduce a una actuación administrativa típica; por otra parte, la fijación de estos signos puede jugar luego para discriminar los supuestos concretos de empresas administrativas propiamente tales de aquellos otros en que no se presente sino una empresa privada más o menos extensamente controlada por la Administración.

Estos signos reveladores del carácter público de la empresa son dos de carácter necesario, otros dos de presencia circunstancial. Resultan, en conjunto:

1.º Fundamentación *ad intra* del poder gestorio de la Administración.

2.º Encuadramiento directo o indirecto en la organización estatal (tutela).

3.º Potestad de imperio.

4.º Constitución coactiva.

1) En primer lugar, y como nota previa, la posición de la Administración como gestor de la empresa debe formalmente instrumentarse sobre su posición de accionista de ésta y no propiamente por su *imperium* de policía general. La distinción es importante, pues cabe, en efecto, un *ius gestionis* de la Administración sobre empresas mercantiles que no pierden por ello su condición de privadas, en razón de la procedencia *ex extra* del poder de control actuado; es el caso de incautaciones de empresas con motivo de huelgas, agitaciones, guerra, y en nuestro Derecho —vid. infra.— caso de suspensiones de pagos, quiebras, abandonos, etc. En tanto estas intervenciones no se traduzcan en expropiaciones definitivas, el control gestorio de la Administración se revela como circunstancial, motivado por un general interés público que la situación particular ha concretado en el caso en cuestión, y debido, por ende, al *imperium* común; las empresas siguen siendo, en consecuencia, privadas, súbditos de ese *imperium*. Por el contrario, el dato de que el poder de gestión de la Administración proceda *ad intra*, de su posición inicial de propietario, indica que en la empresa administrativa se trata de una actuación permanente, que, además, supone la integración de la empresa en el cuadro general de la Administración. He aquí, pues, la razón esencial de que sea lícita la calificación de administrativas que corresponde a estas empresas: son organismos propios de la Administración, no súbditos sometidos a un poder de *imperium* distinto de ellas mismas.

El accionariado de la Administración puede ser mayoritario, y en este caso la preeminencia de la Administración será normal, pero puede ser también minoritario. En esta última hipótesis la gestión social prevalente por la Administración (dato distintivo del accionariado fiscal más atrás descrito) se basará en arbitrios diferentes (voto plural, sindicación, otros pactos o reservas) que, en definitiva, y como ocurre en casos similares entre personas privadas, no destruirán la fundamentación *in abstracto* del poder gestor en la cualidad de socio interno.

2) El segundo signo necesario definitorio del carácter público de las empresas, es el de la integración de las mismas en la estructura general del Estado. Materialmente, la empresa actúa la función que el Estado le asigna de un modo directo a través de los órganos de control en ella destacados. Formalmente, la cuestión se reduce a examinar la presencia de estos órganos; si los órganos de la sociedad son a la vez órganos públicos o de la Administración, la integración de aquélla en ésta resultará evidente. El tema puede centrarse en el examen del principio de tutela.

La idea de la tutela administrativa fué creada por el *Conseil d'Etat* francés (76), y refiere una actividad de la Administración matriz para asegurar la sumisión de los entes descentralizados, de modo que su personificación jurídica no implique una total independencia de hecho; cohonesta así el pluralismo jurídico con que la Administración se manifiesta con la esencial unidad de acción que la Administración del Estado impone por referencia a éste, unidad de soberanía. Las anónimas estatales, a que venimos refiriéndonos, ostentan personalidad jurídica por el derecho común (art. 116 C. de Com.); si la acción de la Administración sobre las mismas puede calificarse de una efectiva acción de tutela, la conclusión necesaria será que tales empresas son verdaderos entes administrativos.

Hay que comenzar discriminando lo que es propiamente tutela administrativa de lo que no es sino mera actividad policial. La primera, tiene a un organismo público necesariamente como destinatario, en tanto que la segunda se dirige típicamente al súbdito; aquélla tiene, como se ha observado, su significación sustancial en el principio de unidad de la Administración que trata de asegurar sobre la multiplicidad de los entes que la representan; la policía tiene, por el contrario, su justificación en la consecución de un orden público relativo a la comunidad de los administrados. Esta diferencia tiene en el caso que nos ocupa una inmediata aplicación, pues, en efecto, permite distinguir actos que en apariencia tienen formalmente el mismo contenido: cons-

(76) Cfr. MASPETIOL y LAROCQUE, *La tutelle administrative*, París, 1930; GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, páginas 176 y sigs. En esta obra puede encontrarse la más reciente y autorizada doctrina.

titución de los órganos de gobierno de empresas, control de actividades sociales. Efectivamente, es conocida la existencia de un control gubernativo de los nombramientos de órganos rectores de empresas privadas (L. 25 agosto 1939), de la ampliación de capital de las anónimas privadas (L. 19 septiembre 1942), de la constitución y fusiones de estas mismas empresas (O. 28 febrero 1947), de las convocatorias de Juntas generales de sociedades privadas (D.-L. 7 noviembre 1947), etc.

Ahora bien, es obvio que para diferenciar en este momento tutela y policía no podemos acudir al criterio del diferente destinatario, puesto que justamente tratamos de descubrir la calidad de este destinatario. Ello nos obliga a tratar de buscar una diferencia formal entre el acto de tutela y el acto de policía, siquiera sea limitado al punto concreto que nos interesa.

Todas las aludidas formas de control gubernativo de empresas privadas que *a priori* hemos calificado como actividad de policía, se traducen en definitiva en el acto administrativo quizás más característico de esta actividad: la «autorización.» La doctrina ha construido este concepto de un modo que puede juzgarse definitivo. Por la autorización la Administración autorizante da facultad al sujeto autorizado para ejercer un poder o un derecho propio, que preexiste a la autorización, pero en estado en cierto modo potencial, de manera que no puede ejercitarse si previamente la autoridad competente, constatando que concurren los motivos que justifican tal ejercicio o al menos que no hay motivos en contrario, no lo permite (SANTI ROMANO). Se trata, pues, de un condicionamiento policial al ejercicio de facultades libres de los administrados.

De este concepto difiere en esencia el que puede aplicarse a la tutela administrativa, según su contenido formal. La tutela implica siempre un acto dispositivo de la Administración, de modo que los efectos finales del mismo son íntegramente imputables a su declaración. Hay veces en que al acto administrativo de tutela no precede acto anterior alguno de cualquier otro ente, privado o público; es el caso de la llamada «tutela sobre la organización», que se concreta en el nombramiento de gestores que representen el interés administrativo. Se comprende la diferencia entre este nombramiento de gestores en uso de la tutela administrativa y el control administrativo de los nombramientos de gestores de empresas privadas actuado en función de la policía. Aquél es un acto dispositivo que despliega por sí toda su integridad, de modo que el efecto final del nombramiento procede única y exclusivamente de él; incluso el posible requisito procedimental de una anterior propuesta de otro órgano, o de un ente distinto, no tiene la menor virtualidad en cuanto a tal efecto final, significando solamente, con calificación que ya se ha adelantado, un requisito de procedimiento de efectividad simplemente interna.

Por el contrario, el resultado del efectivo nombramiento de un gestor de una empresa privada procede, no del «placet» administrativo, antes por el contrario del acuerdo de los órganos competentes de la empresa particular de que se trate; el «placet» condiciona simplemente la eficacia de este acuerdo, de modo que justamente se produce para dejar que esta eficacia imputable al acuerdo social despliegue la totalidad de sus efectos normales. En la técnica pendentística de las *conditions juris*, en el caso de la tutela se encuentra un *presupuesto de validez*; en el caso de la policía, un simple *presupuesto de eficacia*.

A la misma conclusión llegamos examinando un segundo campo de manifestación de la tutela administrativa, la llamada «tutela sobre la actividad». En la misma materia, el control administrativo de la actividad de las empresas privadas (ampliaciones de capital, emisiones de obligaciones, etc.) sigue reconduciéndose al concepto de la autorización policial. La explicación dogmática del acto de tutela referido a este orden, por el contrario, vuelve a llevarnos a la calificación como presupuesto de validez. En efecto, el acto de tutela supone una declaración de voluntad dispositiva y no una mera remoción de las limitaciones a la eficacia de una declaración válida anterior a la que hubiese que imputar los efectos finales. Puede manifestarse en dos supuestos: o como acto único, de cuya sola virtualidad ha de derivarse la totalidad de los efectos de validez y de eficacia, o en el seno de un «acto complejo», concurriendo con voluntades imputables a otros sujetos. En el primer caso, la diferencia con el mero acto de policía es patente, pues que la tutela no se refiere a una actividad ajena sino que es en sí misma toda la actividad; así en el caso semejante al aludido en empresas privadas, ampliaciones de capital, cuando esta decisión es tomada en el seno social de la empresa por representantes de la Administración y en cuanto tales. El examen del «acto complejo» puede plantear mayores dificultades, pero una consideración detenida absuelve de las mismas. Efectivamente, en el acto complejo hay una suma de las voluntades concurrentes a cuyo conjunto es imputable la validez y la eficacia del acto. No hay, pues, un acto anterior válido cuya eficacia admita la Administración, sino que el acto mismo no surge sin que la Administración haya manifestado su voluntad. Es la diferencia que en el Derecho privado puede encontrarse entre un contrato, que requiere la presencia de las dos voluntades equivalentes de los contratantes, y la aceptación de herencia, por ejemplo, que no hace sino posibilitar que una disposición testamentaria, válida sólo y por sí misma, produzca sus efectos. La tutela sobre la actividad no es, pues, más que la manifestación de la voluntad de la Administración en aquellos actos cuya perfección requiere positivamente la presencia de ella. Ejemplos característicos son la autorización de gastos, aprobación de

presupuestos y balance, acuerdos sociales en general, etc. En cuanto a la actividad administrativa en este orden deba ser concurrente necesariamente para la perfección o validez de estos acuerdos, estamos ante casos de tutela y no de simple policía, lo que nos revelará la presencia de una entidad pública.

El deslinde de conceptos parece lo suficientemente claro, según lo anterior. Es útil, sin embargo, verificar su aplicación en un caso concreto, en aquel que en nuestro Derecho está en la línea límite que escinde el campo de las empresas administrativas y de las empresas privadas. Nos referimos a las empresas llamadas «de interés nacional», de las que más adelante se ha de tratar. Por lo que ahora interesa, es de observar que en estas empresas existe un consejero-delegado, representante de la Administración, con facultad de veto de todos los acuerdos sociales. ¿Habremos de concluir que la actividad de este representante es una verdadera actividad de tutela, y por ende atribuir el calificativo de público a estas empresas? La confusión es aparente, pues ante una observación atenta se descubre cómo la actividad de la Administración en estas empresas ejercitada a través de su delegado sigue siendo una mera actividad policial. En efecto, por las razones que luego han de verse, la calificación «de interés nacional» implica la extensión de la intervención administrativa sobre lo que es común a las empresas privadas. Concretamente, en vez de referirse este control policial a ciertos acuerdos sociales de la misma (ampliaciones de capital, emisión de obligaciones, etc.), común en todas las empresas privadas, se extiende a la totalidad de los acuerdos sociales; este control general es ejercitado por el mismo arbitrio de la «autorización»; ahora bien, la especialidad radica en que la autorización no se manifiesta por acto especial, sino por el silencio del órgano en una particular aplicación de la doctrina común del silencio administrativo. En este sentido el veto del representante del Gobierno no significa sino la «no autorización»; técnicamente es instrumentable como una condición suspensiva negatoria para la efectividad del acuerdo privado.

Deslindado así por su naturaleza jurídica el acto de tutela del acto de mera policía, resumimos: en cuanto la intervención administrativa de una empresa se manifiesta a través de actos de tutela estaremos necesariamente ante una empresa administrativa; y ello por el mismo concepto de tutela que se construye sobre la idea de un organismo público como destinatario; en tanto que la actividad de policía revelará siempre en la empresa sometida un súbdito privado. Dando a la tesis un signo positivo: las empresas administrativas, en cuanto entes descentralizados, están sometidas a la tutela administrativa propiamente tal, manifestable típicamente en la «organización» y en la «actividad».

3) *Potestad de imperio*.—En lo que afecta al *ius imperii*, se trata

de un indicio externo de presencia ya contingente y cuya razón deriva de consistir en una participación específica de potestades que sólo al Estado competen. En este sentido, el imperio determina siempre el carácter público del acto (SS. de 25 marzo de 1941, 3 de julio de 1941, 28 de diciembre de 1942, 21 de diciembre de 1946, 3 de junio de 1949; Decreto competencia 2 de febrero de 1942). El estudio de este signo publicístico de las mercantiles administrativas se concreta en dos cuestiones importantes: 1.º Los privilegios de imperio deben ser excepcionales, limitados a puntos específicos, para no contradecir la regla de la actuación mercantil *erga omnes*; esta actuación ha de ser siempre común en la empresa, con la alternativa de que ésta deba calificarse en caso contrario dentro de otro de los tipos categoriales más atrás examinados. 2.º Debe tenerse en cuenta que cualquier beneficio particular atribuido a la empresa no implica sin más la titularidad de potestad de imperio; es preciso no confundir las meras situaciones de *ius singulare*, de las cuales la exención tributaria es quizás la más extendida, con lo que son verdaderos privilegios públicos; en aquella hipótesis se trata de posesión de títulos de favor o excepción, pero no de dación de poder sobre los súbditos. Por otra parte, la investidura de imperio debe de ser *nomine proprio* y ejercitarse en este sentido para que pueda ser calificado de imperio administrativo propiamente tal; esta salvedad importa para distinguir los casos en que un particular se beneficia de la actuación de un poder de imperio ejercitado a su favor por un organismo administrativo. El caso más característico por lo que hace al régimen de empresas es el del beneficio de la facultad expropiatoria, que puede beneficiar a una empresa privada, pero que nunca se le reconoce *singulatim* en nombre propio. Por el contrario, la empresa administrativa ejercita este poder a título personal, existiendo, pues, una previa legitimación material en propio nombre para la actuación de esta facultad (aunque en definitiva la declaración y el procedimiento expropiatorios sean reservados, normalmente, a la Administración central). Más expresivo es el ejemplo del beneficio de apremio ejecutivo (que se reconoce, por ejemplo, al Banco de España) en cuanto se contrapone a la necesidad de la empresa privada de obtener la declaración ejecutoria a su favor del órgano público que es el juez.

4) Finalmente, en cuanto al cuarto criterio (constitución coactiva), es preciso de antemano elucidar su alcance y contenido. Si el reconocimiento por el Estado de la persona jurídica tuviera en el Derecho civil valor constitutivo, al ser idéntico en todos los casos, sería imposible verificar una necesaria discriminación entre la constitución coactiva y la voluntaria, y, por tanto, carecería esta nota de virtualidad distintiva de lo público. Ahora bien, el reconocimiento es un elemen-

to formal para que surja la personalidad, que debe concurrir con un elemento de hecho, anterior, para integrar efectivamente esa pretendida personalidad. Y este elemento de hecho es precisamente el que puede nacer coactiva o voluntariamente, según que el capital se aporte de forma voluntaria o *ex lege*. Por ello se tiene constitución coactiva cuando la ley obliga al surgimiento de la empresa y provoca seguidamente su efectiva creación.

Esta nota no es tampoco de presencia necesaria en la empresa administrativa, pues es una posibilidad común que la policitación provenga de la apropiación de una empresa privada, de origen, por tanto, voluntario. Son característicos a este respecto los casos de expropiación, reversión, confiscación, nacionalización, en término ya polémico y que encubre una actitud política del presente. Pero también la apropiación por compra o libre acuerdo en el mercado (77).

(77) Los cuatro indicios del carácter público supra expuestos no son únicos ni conformados. El criterio del fin público es seguido por OTTO MAYER, WOLFF, ZANOBINI; la obligación de cumplir la finalidad pública como indicio es la tesis de ROSIN, seguida también por CAMMEO. El criterio de la estructuración en el Estado es la postura de DUCROCQ, G. MAYER, GIORGI, ROMANO FADDA y BENZA, HAURIUO y FORTI; la teoría de la constitución coactiva es defendida por ENNECERUS y CROME; la teoría del *imperium*, o de los derechos de potestad pública, por JELLINEK, MICHOU; finalmente, la teoría de la tutela, por GARRIDO FALLA. Los criterios indicados en el texto son, con adiciones originales, los seguidos por ARENA, *Le società commerciale pubbliche*, Milano, 1942, y proceden originariamente de RANELLETTI, DE FRANCESCO, *Personne giuridiche pubbliche e loro classificazione*, en «Scritti in onore di G. Vacchelli», pág. 8, sigue un criterio paralelo al de RANELLETTI. Para ASQUINI sólo hay un criterio histórico de discriminación. Para PUCHETTI, la diferencia la marca el carácter institucional o excepcional de la empresa. Para TREVES, la distinción se debe fundamentar en el clásico concepto del servicio público frente a la actividad privatístico-comercial o competitiva. Conviene a este respecto recordar las palabras de FERRARA (*Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, pág. 685): «Al conquistar la distinción entre personas públicas y privadas, la victoria ha dejado tras sí un rastro de incertidumbres y dificultad. ¿Cuál es el nexo diferencial entre las dos clases? Porque mientras se ponen en comparación tipos extremos, la diferencia salta a los ojos; pero cuando se comienza por examinar figuras intermedias o fronterizas, entouces la perplejidad toma graves caracteres. En efecto, la línea de separación es ondulante en los varios tipos, porque no todos ostentan en la misma medida el carácter de publicidad. Por otra parte, no debe olvidarse que la concepción de lo que pertenece al derecho público o privado dice relación a los varios sistemas positivos, no hay unidad ni carácter absoluto, sino deformidad, según el desarrollo jurídico y las ideas de un pueblo; lo que, por ejemplo, es público para el Derecho francés, que aun siente la herencia del pasado, puede no serlo para nuestro Derecho. Por último, los residuos de las teorías superadas aportan gérmenes de confusión a la investigación.» La dificultad de hallar estas «marques de la souveranité» en las formas intermedias mercantiles, se acentúa por la misma conformación mercantil *ad extra*. Cuando el Estado, para la consecución de sus fines, separa parte de sus poderes públicos, invistiendo con ellos a entes descentralizados, éstos revisten normalmente formas públicas, sin que se plantee directamente problema en cuanto a su naturaleza pública. El problema surge de hecho cuando la descentralización de las funciones públicas adopta una forma jurídica mercantil, ya que de suyo la forma privatística parece incompatible con la dación de

c) *Supuestos de sociedades mercantiles públicas.*

El sistema de accionariado de control se da simultáneamente en la esfera municipal y en la central. En el ámbito municipal se introdujo el sistema por vía general en el Estatuto municipal de 1924 (arts. 158, 173, 174 y 175). La ley Municipal de 1935 perfiló más el sistema especificando ya dos formas de accionariado: el excluyente, en el que el Municipio creaba una sociedad particular, reservándose la totalidad de las acciones, o en general de su patrimonio, y la forma de empresa mixta, en la que sólo podrían aportar los Municipios como capital las concesiones necesarias para el cumplimiento de los fines de la empresa. La base 18 de la Ley de 17 de julio de 1945 prevé también la municipalización que llama «de servicios» para «establecimientos de suministro de artículos alimenticios o de primera necesidad, como hornos, tablas, panaderías y otros similares, viviendas, pósitos, instituciones de crédito y ahorro, espectáculos públicos y otros similares». Esta municipalización se efectúa sin monopolio (78). La O. M. de 7 de enero de 1938 regulaba el rescate de empresas en que los Municipios tuvieran intervención. El reciente Decreto de 16 de diciembre de 1950 que ha promulgado el texto articulado de la Ley de Régimen local (arts. 175 y ss.) desarrolla específicamente los supuestos de municipalización por empresa mixta, con responsabilidad limitada (79).

En la esfera de la Administración central el ejemplo más típico e importante lo constituyen las empresas creadas e integradas en el Instituto Nacional de Industria. La doctrina española de Derecho administrativo que ha estudiado con detalle el tema de la municipaliza-

imperium. Si se piensa, sin embargo, que entidades de Derecho mercantil—Banco de España, por ejemplo—son obvias titulares de potestad pública, esta objeción *prima facie* desaparece. En el texto incluimos la potestad de imperio como indicio de publicidad, pese a que las empresas con accionariado de control, que luego se estudian, carecen de dicho imperio frente al tráfico mercantil. Debe tenerse en cuenta que el imperio se configura como uno de los indicios de publicidad, y no como indicio exclusivo o que deba concurrir con los restantes.

(78) La existencia de una normal prohibición de monopolio, frente a la permisión del mismo en la municipalización de los servicios propiamente dichos, refuerza lo dicho anteriormente sobre el principio de competencia que se observa en la actividad administrativa de producción, al lado del principio del monopolio regalista en lo afectante al servicio público.

(79) Cfr. bibliografía sobre el tema de municipalización, la citada en las notas 5, 6 y 7 de mi traducción española de U. K. HICKS, *Hacienda pública*, Madrid, 1950. Cfr. también *supra*, en nota, los antecedentes de la municipalización de servicios y el régimen de gestión directa.

ción de servicios—y en el mismo la empresa mixta industrial (80)—ha descuidado este fenómeno de producción administrativa en lo afectante a la esfera central. Por ello parece que el máximo interés debe centrarse en la elucidación aun somera del régimen jurídico común (81) relativo a estas empresas filiales del I. N. I.

De éstas interesan fundamentalmente a nuestro intento aquellas en que la Administración ostenta un control de gestión. Existe, en efecto, la posibilidad abstracta de formas de empresas del I. N. I. en las que la participación de éste sea minoritaria, sin control gestor especial. En estos casos sólo concurre un indicio del carácter público de la empresa: el encuadramiento—a través del I. N. I.—en la estructura general de la Administración pública. En las demás se da un doble carácter público—control administrativo y estructuración en el Estado.

En las empresas del I. N. I. con control estatal se verifica la doble virtualidad anteriormente aludida, en cuanto existe en las mismas un control *ad intra* substancial, con derecho de gestión estatal, motivado en causa de prepotencia accionarial del Estado, o a virtud de especial previsión. Se da una efectiva tutela integrativa, en cuanto que la mayoría del Consejo de Administración es designada directamente por el I. N. I. en los casos de empresas mayoritarias o en las minoritarias a través de Consejo con preponderancia de votos. Su constitución e integración en el I. N. I. es coercitiva y finalmente se estructuran en la organización general de la Administración pública a través del I. N. I. Las especiales características de estos criterios exigen empero un estudio algo más detenido.

D) *En particular, las empresas filiales del I. N. I.*

1. Las empresas filiales del Instituto Nacional de Industria pueden clasificarse en las siguientes categorías diferenciales:

(80) ALBI ALVAREZ Y NAVESO, *Ley Municipal comentada*, Madrid, 1935; GARCÍA CORTÉS, *Empresas mixtas, Doctrinas y experiencias*, en la «Revista de Gobierno y Administración local», mayo de 1940; GASCÓN Y MARÍN, *La municipalización de los servicios públicos*, Madrid, 1904; A. MAMBIELA GUITIÁN, *La municipalización de los servicios públicos*, Madrid, 1950; etc.

(81) Lo reciente de la práctica de las anónimas estatales ha podido justificar hasta ahora la ausencia de un Estatuto general que rigiese todas las múltiples aplicaciones. Puede afirmarse, sin embargo, que se ha llegado ya a la madurez necesaria para intentar formular una normativa general, que, por otra parte, viene impuesta por estrictas razones de eficacia conjunta del sistema e incluso de garantía financiera. La regulación española del régimen del I. N. I. es a este respecto excesivamente estricta. Cfr. Roger BLOCH, *Les applications en France de l'économie mixte*, París, 1941, sección II: «Raisons de l'absence de tout statut juridique special». En la obra citada de GIRÓN TENA pueden verse ejemplos de estatutos positivos en los distintos países.

- I. Empresas con accionariado excluyente, en la que el I. N. I. ostenta la totalidad de las acciones (82).
- II. Empresas con accionariado concurrente, que a su vez pueden dividirse:
 - a) Empresas con participación mayoritaria del I. N. I. (83).
 - b) Empresas con participación igualitaria del I. N. I. (84).
 - c) Empresas con gestión indirecta del I. N. I. a través de sus empresas filiales (85).
 - d) Empresas con participación minoritaria del I. N. I. (86).

Todos estos casos, a nuestros efectos, cabe reagruparlos en dos grandes categorías, centrándose el fundamental interés en las primeras: empresas controladas y empresas dependientes no controladas por el I. N. I. En lo que afecta a las primeras, pese a su normal constitución coactiva, surgida del imperio administrativo, pese a la tutela integrativa existente en las mismas, existe una evidente dualidad en la re-

si bien limitados a las sociedades mixta a que la obra se refiere. Recientemente, en Argentina se ha legislado sobre la materia con carácter general. Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, en otro lugar de este número de la REVISTA. Vid. también «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», enero-abril 1948, pág. 125 y ss. Sobre Francia, vid. M. VIRALLY, *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques*, en «Rev. Administrative», núm. 16, 1950, pág. 355 y ss. El «Institut Belge des Sciences administratives» elaboró en 1947 un proyecto de estatuto de «las personas públicas paraestatales» con este alcance.

(82) Empresas nacionales siguientes: Adaro, de investigaciones mineras (D. 20 marzo 1942); Calvo Sotelo, de combustibles líquidos y lubricantes (D. 22 enero 1942); Empresa Nacional de Electricidad (D. 3 junio 1944); Hidroeléctrica del Ribagorzana (D. 12 julio 1946); Elcano, de la Marina Mercante; (Ley 7 mayo 1942); Bazán, de construcciones navales militares (Ley 11 mayo 1942); Iberia, de líneas aéreas (Ley 7 julio 1940); Torres Quevedo (D. 22 junio 1943).

(83) Minas de Almagrera, S. A. (D. 13 noviembre 1944); Empresa Nacional del Aluminio, S. A. (D. 22 junio 1943); Refinería de Petróleos de Escombreras, S. A. (D. 28 abril 1949); Hylurgia, S. A. (D. 4 mayo 1949); Construcciones Fype, S. A. (Convenio 19 febrero 1944); Empresa Nacional de Autocamiones, S. A. (D. 1 mayo 1946); Empresa Nacional de Rodamientos, S. A. (D. 8 mayo 1946); Experiencias Industriales, S. A. (D. 15 septiembre 1949); Autotransporte Turístico Español, S. A. (D. 13 octubre 1949). Se prevé también este régimen en el Decreto de 15 de junio de 1950, para la creación de un centro siderúrgico en Asturias; también el Decreto de 17 noviembre 1950 para la futura empresa de estación frigorífica del Noroeste de España.

(84) Minería Industrial Pirenaica, S. A. (Convenio 3 julio 1943); Boetticher y Navarro, S. A. (Convenio 14 julio 1943).

(85) Empresa Nacional Radio Marítima, S. A. (Escritura pública 5 noviembre 1948); Industrias Pesqueras Africanas, S. A. (D. 30 septiembre 1947); Telefónica de Tánger, S. A. (constitución en 14 abril 1936); Transradio Española (constitución en 21 enero 1928; participación del I. N. I. desde 1 octubre 1945).

(86) A su vez, esta participación minoritaria del I. N. I. supone control normalmente. Este control con minoría accionaria del I. N. I. se consigue: 1) Por la titularidad del I. N. I. de acciones preferentes (Sociedad Anónima de Construcciones Agrícolas, O. 7 diciembre 1945), mediante las cuales se estructura un control abso-

levancia jurídica de la empresa. En lo que afecta a la Administración, pueden ser extensivamente consideradas como órganos de la misma; en lo que hace relación a los terceros y al tráfico mercantil, son sociedades particulares, sujetas, por tanto, a la normativa común societaria. Dada la excepcionalidad del supuesto de empresa filial descontrolada, centramos la atención en el caso normal de control administrativo.

Es necesario por ello escindir ambos aspectos: el que se refiere a la virtualidad frente a la Administración y el relativo a la operatividad *erga omnes*.

2. Aspecto público y actuación administrativa.

a) Constitución coactiva.

El procedimiento normal de constitución de estas empresas filiales en el encargo—autorización—previo al I. N. I. para su creación. La naturaleza de esta autorización se traduce como especificación de la regla de especialidad a que la futura empresa estará sometida al tiempo que concreta el límite y alcance del poder conferido al I. N. I.

luto del Instituto); 2), por la declaración de interés nacional de la empresa en cuestión, lo cual, junto a la participación accionaria del Instituto, produce lo que en el texto se denomina *complejidad interna* igual (votos) y desigual (veto del Consejero delegado del Ministerio de Industria y Comercio, art. 3.º Ley 24 octubre 1939) (Fabricación Española de Fibras Textiles Artificiales, S. A., D. 25 febrero 1944; Marconi Española, S. A., D. 5 mayo 1941 y D. 11 diciembre 1942; Sociedad Ibérica del Nitrógeno, D. 18 abril 1941, Ley 18 junio 1942; Siderúrgica Asturiana, S. A., D. 15 diciembre 1942, O. 18 noviembre 1948); 3), por especial previsión legal impuesta a la empresa (Banco Exterior de España, R. D.-Ley 25 julio 1928, R. D.-Ley 26 marzo 1929, Ley 13 marzo 1943, con representación de los Ministerios de Industria y Comercio, Hacienda, Asuntos Exteriores, Agricultura y de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación); 4), por un específico sistema de colaboración y control indirecto de la Administración, por cuanto la empresa es concesionaria de contratos administrativos, en los que, a través de los clásicos poderes exorbitantes de la Administración, se consigue el control de la producción (La Hispano Aviación, S. A., Ley 5 mayo 1941, D. 4 agosto 1944, donde el I. N. I. sólo tiene un tercio del capital, y que construye los aviones cuyo plan de fabricación concursó el Ministerio del Aire; Construcciones Aeronáuticas, S. A., D. 22 junio 1943, con el mismo sistema, en estrecho contacto con el I. N. T. A.). Quizá la única empresa sin control directo del I. N. I. sea Rodamientos a Bolas SKF, S. A. E. (Acuerdo de 7 febrero 1947), si bien en este supuesto hay que tener en cuenta la constitución de una empresa filial de finalidad pareja con mayoría del I. N. I. (Empresa Nacional de Rodamientos, S. A., D. 8 mayo 1946, con lo cual el interés del Instituto en aquella empresa minoritaria parece haberse concretado a la información y contacto permanente interno. Este último y excepcional caso sólo ostenta un solo indicio del carácter público de la empresa, según los criterios en el texto seguidos, cual es el encuadramiento —a través del I. N. I.— en la Administración del Estado.

La norma autorizadora no crea la empresa filial. Se limita a ordenar y autorizar a la vez su constitución. Por otra parte, la creación concreta sólo surge a través de la suscripción de la escritura fundacional. Ya anteriormente se ha examinado cómo la coerción en la constitución de estas empresas se conecta exclusivamente a la creación del substrato fáctico de la sociedad, bastando este dato para tener el indicio de carácter publicístico.

Junto a este procedimiento normal de integración existe un régimen especial de nacionalización de empresas. Esta nacionalización no se verifica normalmente por medios de derecho público, sino a través de procedimientos de derecho privado, generalmente a través de convenios con las sociedades interesadas. Sin embargo, la ley creadora del I. N. I. prevé la posibilidad de efectivas nacionalizaciones en sentido cogente. Así el artículo 7.º de la Ley especifica que «cuando para realizar sus fines el Instituto necesite aprovechar la técnica o la base de instalaciones industriales o mineras ya existentes, y la urgencia del caso, con las dificultades encontradas lo aconsejen, podrá solicitar del Gobierno, y éste decretar, por motivos de utilidad pública, la expropiación total o parcial de la empresa que interese o la obligación de su ampliación con participación mayoritaria del Instituto». «Cuando a los intereses de la Nación conviniese la posesión total por el Instituto de las acciones de una empresa privada, y con arreglo al artículo 7.º mencionado deba ser expropiada, puede dársele opción al capital privado a transformar sus acciones en obligaciones preferentes de la empresa, con un interés mínimo fijo y una participación en los beneficios, hasta una cuota del interés marcado (art. 8.º de la ley y II del Reglamento provisional) (87).

(87) Ejemplos de nacionalización los ofrecen: el caso de la Compañía Mercantil Anónima Iberia, de Líneas Aéreas, cuyo origen particular se remonta a 1920. Por Ley 7 julio 1940 se autorizó su constitución reformada, con un 51 por 100 de participación estatal. A fines de 1943, al reanudarse, tras una breve paralización por escasez de combustibles, la actividad comercial, quedó totalmente nacionalizada, por la adquisición por parte del I. N. I. de las acciones B y C que poseía el capital privado nacional y extranjero. En 1944 el Estado transfirió al I. N. I. el 51 por 100 de capital en series A. Que es efectiva nacionalización viene demostrado por el paso a manos públicas del patrimonio particular, sin que sea óbice a esta conclusión el aparente procedimiento privatístico utilizado. La expresión nacionalización es, en nuestra legislación, ambigua, ya que se ha utilizado con mayor frecuencia para designar la transformación de sociedad extranjera en española (por ejemplo, R. D. 7 junio 1927, «Gaceta» 8). En cuanto al procedimiento de propia nacionalización, en general los sistemas se escinden, según que se proceda *titulo poenae* o *titulo supereminetis dominii*. Esta clasificación puede basarse en las palabras de GROCIO (*De jure belli ac pacis*, libro II, cap. 14, párr. 7): «Sed hoc quoque sciendum est, posse subditis jus etiam quaesitum auferri per regem duplico modo, aut in poenam aut ex vi supereminetis dominii, sed ut id fiat ex vi supereminetis dominii, primum requiritur utilitas publica, deinde, ut si fieri potest, compensatio fil ei qui suum am-

Otro procedimiento para la integración de empresas en el I. N. I. es la participación *ex post* en sociedades privadas. No supone este sistema integrativo nacionalización al no verificarse traspaso de patrimonio particular al patrimonio estatal a través del I. N. I. Se realiza la participación mediante ampliaciones de capital, suscritas por el Instituto (88) o bien a través de auxilios económicos, que se traducen en entregas y participación accionaria del I. N. I. Según que se utilice uno u otro procedimiento, la participación debe quedar legitimada por autorización administrativa o simplemente por interno convenio del Instituto.

En realidad la elección por los sistemas públicos o privados de integración depende de las finalidades de las empresas, de un lado, y de la situación económica real del momento. En todo caso hay que indicar que la constitución coactiva en su sentido directo procede ante la necesidad de alcanzar ciertos fines extraeconómicos, de evitar que surjan intereses privados contrarios o interferentes con el interés público o el carácter subsidiario de una empresa con relación a otras anteriormente estatizadas.

missit, ex communi.» En España ambos sistemas han tenido aplicación: 1) Nacionalidad *titulo poenae o confiscatio*. A consecuencia de imposición de pena pública (Ley 23 septiembre 1939, D. 14 diciembre 1940, O. 27 octubre 1937, Ley 9 febrero 1939, de responsabilidades políticas). En este supuesto de nacionalización por pena no sólo caen las nacionalizaciones por penas políticas, sino también las deducidas de sanciones típicamente administrativas (caducidad de concesión) y ciertos casos de penalidades administrativas atípicos (D. 26 abril 1940, sobre reversión de mataderos). 2) Nacionalización *titulo superminentis dominii*. Se realiza bien por reserva estatal *ex ante* (estaciones radioeléctricas en el régimen del Reglamento de 14 junio 1924; reservas de pirita de hierro y ferrocaliza, O. 10 febrero 1945; reserva de hidrocarburos líquidos, O. 29 octubre 1945; de uranio, O. 2 octubre 1945; reserva de minerales en Guinea, O. 31 mayo 1945, etc., etc.), bien por expropiación (caso previsto en el I. N. I.) con la subespecie de expropiación incautatoria (Ley 1 septiembre 1939; Minas de Rodalquilar, O. M. 11 noviembre 1940; Minas de oro en Almería, D. 1 agosto 1941; Arsenales y Astilleros de El Ferrol del Caudillo y Cartagena, Ley 29 enero 1940, D. 10 febrero 1940; Compañías concesionarias de Ferrocarriles, Ley 24 enero 1941, Ley 27 febrero 1943; etc., etc.).

(88) Ejemplos de este procedimiento Hylurgia, S. A., pequeña empresa con patentes propias, con las que en 1948 se estableció un convenio, autorizándose la participación del I. N. I. por D. 4 mayo 1949; FEFASA, creada en 1940, y en la que el I. N. I. participó a virtud del D. 25 febrero 1944; Construcciones Eype, S. A., constituida en 17 julio 1942, y en la que el Instituto participó por convenio de participación accionaria en concepto de auxilio económico y control; Sociedad Anónima de Construcciones Agrícolas, constituida en 1939, y con participación del Instituto por O. M. de 7 diciembre 1945.

b) *Tutela integrativa.*

Los Consejos de Administración de las empresas filiales se constituyen por representantes de la participación privada, representantes del I. N. I., y en su caso representantes de las empresas filiales del I. N. I. En los casos en que el Instituto o conjuntamente el I. N. I. y sus empresas sea minoritario, el control se asegura o bien con la titularidad de acciones preferentes en mayoría, o bien a través del artículo 3.º de la Ley de 24 de octubre de 1939, mediante la designación de un interventor y un consejero delegado con facultades suspensivas, por parte del Ministerio de Industria y Comercio. De todos estos modos se verifica una integración de voluntades conjuntas, particulares y administrativas, en las que, teniendo mayor ponderación las últimas, se traducen de hecho en una voluntad de la Administración pública. A estos efectos es irrelevante el título de control integrativo, privado o público. CRISCOULI y ARENA pretenden que esa tutela integrativa sólo se da en los casos en que el control derivado de la misma procede directamente de facultades exorbitantes de la Administración, mas no en los supuestos en que se fundamenta en una mayoría accionaria, ya que entonces procede directamente de una preeminencia *jure privato*. No parece esta tesis acertada, porque en primer término la elección de sistema privatístico o publicístico no implica, como ya *supra* se expuso, una diferencia substancial motivadora de la opción, ya que la actividad de la Administración, cualquiera que sea el procedimiento a que se ajusta, y siempre que la finalidad sea pública, continúa siendo administrativa en sentido material, y en último término porque el *quid juris* a contemplar es precisamente la causa de la inversión administrativa como causante del *ius gestionis*. Si de hecho la mayoría de acciones hubiera sido consecuencia de reducción de capital, de sucesión del Estado, de aceptación de una donación, etc., sería cierto que la causa de la gestión era meramente privada y no cabría hablar de tutela integrativa. Mas cuando esta mayoría ha sido pretendida por la Administración en vistas a un control estatal (89), no parece lógico negar *a priori* el carácter de tutela integrativa (90).

Carácter peculiar reviste además la relación entre la Administración y el representante en los órganos sociales de las empresas. El representante está ligado frente al Estado con vínculos de Derecho público y en situación funcional como mandatario del mismo, actuando

(89) Art. 2.º, Ley 25 septiembre 1941, art. 9.º Regl. prov.

(90) Art. 2.º *in fine* Ley 25 septiembre 1941, art. 6.º Regl. prov. Sobre este punto nos remitimos a las consideraciones generales que más atrás se han formulado.

el control gestorio de aquél sobre una base ya privatística (mayoría), ya publicística (veto), sin que por ende le sea permitido en los casos normales de actuación por mayoría económica el ejercicio de actos de autoridad (91). El representante conoce mejor que el representado—la Administración pública—los detalles de gestión social. Por ello, dentro de las directrices administrativas recibidas, puede conciliar los intereses cotidianos de forma directa y autónoma mejor que a través de actuación inmediata de la Administración. En todo caso responde en virtud de su vínculo frente al Estado.

c) *Privilegios concedidos.*

Los privilegios otorgados a las empresas filiales del I. N. I. se derivan :

a') De modo automático, a través de su calificación de industrias de interés nacional, por el *jus singulare* de las empresas o por exenciones concretas concedidas.

El artículo 18 de la Ley de 25 de septiembre de 1941 estableció de modo genérico que «a las empresas que el Instituto cree les será de aplicación las ventajas y garantías que establece la Ley de 24 de octubre de 1939, que no se opongan a lo establecido en esta Ley.» Esta declaración fué sensiblemente ampliada por el artículo 3.º del Reglamento provisional del I. N. I. : «Las empresas que el Instituto cree y aquellas en que intervenga con participación mayoritaria, serán automáticamente consideradas de interés nacional a todos los efectos legales, siéndoles, por tanto, de aplicación todas las ventajas y garantías establecidas por la Ley de 24 de octubre de 1939.» Es decir, disfrutan

(91) Raymond RACINE, op. cit., págs. 43 y 44. Cfr. ASCARELLI, *Controllori ed amministratori nell'anonima di Stato*, «Rivista di Diritto Commerciale», 1933, I, 284. Es interesante destacar la naturaleza funcional y amovilidad de estos representantes. Así, en un caso similar, ha dicho el Tribunal Supremo: «Como de antiguo viene declarándose en autos de 27 septiembre y 4 octubre 1894, corresponde a la potestad discrecional del Gobierno la separación de los funcionarios públicos, excepto en los cuerpos regidos por leyes o disposiciones especiales. Por funcionario público se entiende todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas, usándose gramaticalmente, de modo indistinto como sinónimos los vocablos funcionario y empleado público. Hecha aplicación de la doctrina expuesta, los Consejeros representantes del Estado en el Monopolio de Petróleos, merecen la conceptualización de verdaderos funcionarios públicos, por nombramiento del Gobierno, autoridad legítima para ello, que los designa libremente; lo cual supone la facultad de señalar para el cargo a la persona que se considere más apta en cualquier momento e implica, por tanto, la

de las siguientes ventajas: a) facultad de expropiación forzosa de los terrenos necesarios para su instalación; b) reducción hasta un 50 por 100 de los impuestos; c) garantía por el Estado a su capital de un rendimiento mínimo anual hasta el 4 por 100. Los capitales máximos no exceden en este caso para el Estado de mil millones de pesetas; d) rebaja de los derechos de Aduanas en las importaciones de maquinaria y utillaje para las instalaciones, cuando no se fabrique en España (92). Hay que poner de relieve que el régimen de tutela integrativa de las empresas de interés nacional queda, en las empresas del I. N. I., sustituido en su caso por la tutela del Instituto en el seno de los Consejos de Administración, sin que se dé duplicidad de control.

La Ley de 24 de octubre de 1939 ha venido a sustituir al R. D. de 30 de abril de 1924 y Ley de 2 de marzo de 1917. Ahora bien, operándose esta abrogación a modo de sustitución sin cláusula derogatoria expresa, hay que entender subsistentes estas normas en todo lo que no quede contradicho en la ley de 1939, ya que se trata en realidad, más que de abrogación, de una efectiva *subrogación* (*aut subrogatur id est adicitur aliquid legis primae*, Ulp. fr. 3) en el sentido de la sentencia de 10 de junio de 1949. La aplicación automática de los beneficios de la Ley de 24 de octubre de 1939 es lógicamente plausible, toda vez que la autorización y encargo de constituir una empresa filial dados al Instituto implican un estudio previo del interés nacional que dicha empresa ha de suponer y a la vez la positiva apreciación de la necesidad y oportunidad de su implantación.

Las empresas filiales tienen, como más adelante se dijo, un doble carácter: en cuanto a la Administración tiene la naturaleza de empresas públicas propias; en cuanto a terceros, carácter mercantil privatístico. De esta dicotomía de actuación se desprenden privilegios y deberes específicos frente a la Administración: relevación de la obligación de prestar cualquier género de fianza o caución (93), necesidad

posibilidad legal de renovar a la que lo desempeña, como modo lógico y necesario de hacer efectiva esa libertad de designación; aneja, por otra parte, al desempeño de todo cargo de confianza del Gobierno esencialmente amovible por su naturaleza de representación gubernamental.» (S. de 28 mayo 1932, sobre separación del Consejero-representante del Estado en la CAMPSA.)

(92) Estos derechos se conceden también de modo automático a una serie de ramas industriales: industria aeronáutica (D. 30 diciembre 1939), fabricación sintética de compuestos nitrogenados (D. 10 febrero 1940), industria automóvil (D. 10 febrero 1940), fabricación de celulosa textil (D. 15 marzo 1940), minas (Ley 15 marzo 1940), fabricación de gasógenos (D. 17 septiembre 1940), construcción naval (D. 14 octubre 1942), fabricación de alumina y otras sales (D. 26 febrero 1944) fabricación de materias plásticas y de productos que puedan ser empleados en sustitución de la chatarra en los procesos siderúrgicos (D. 23 mayo 1947), etc., etc.

(93) Art. 4.º Regl. prov.

de concertar el seguro de accidentes con la Caja Nacional (94), reducción de honorarios y tarifas notariales y registrales (95).

Aunque del mero hecho de ser consideradas como empresas filiales se deriva necesariamente la declaración de industria de interés nacional, y por ende las exenciones fiscales de la Ley de 24 de octubre de 1939, algunas empresas del I. N. I. disfrutaran anteriormente de privilegios fiscales por parejas razones, conservándose la causa de la reducción a base de la antigua normativa y en otras a virtud de especiales disposiciones (96).

b') A través del Instituto Nacional de Industria los privilegios que anteriormente se examinaron, concedidos al I. N. I. como entidad de Derecho público afectan naturalmente de modo indirecto a las empresas filiales del mismo, ya que la actuación del I. N. I. se concreta en una dirección y unificación de actividades de las empresas filiales, abstracción hecha de su creación. De este modo, el I. N. I. aparece como un trust en ambos sentidos jurídico y económico, actuando a modo de fideicomisario sus poderes de *imperium*: la expropiación, la información directa de organismos oficiales, etc., se ejercitan en interés de las empresas filiales, que resultan de este modo mediatamente titulares de la *publica potestas*.

Esta actuación indirecta es interesante, porque, pese al carácter administrativo de las empresas filiales en sus relaciones con la Administración, determinadas operaciones (por ejemplo, reservas de salto de pie de presa) (97) solamente pueden concederse a «organismos del Estado» y afectan a terceros en sentido excluyente. En estos casos el

(94) Arts. 90 y 91 Regl. Accidentes Trabajo en la Industria de 31 enero 1933, D. 18 junio 1942, O. 30 septiembre y 11 noviembre 1942. En el concepto de «administraciones públicas» o bien en el de «empresarios, concesionarios o contratistas de obras o servicios públicos y organismos autónomos que tengan a su cargo servicios de la misma índole, empresas constituidas para explotación de los Monopolios del Estado». Aunque la inclusión parezca dudosa en una interpretación literal de estos preceptos, esta interpretación debe basarse en el principio *in dubio pro operario*, y ello, junto a la tesis legal de ser más beneficioso el seguro directo con la Caja Nacional, conduce al resultado expuesto.

(95) Art. 5.º Regl. prov.

(96) R. O. 14 marzo 1928, D. 11 enero 1950, D. 5 enero 1950, etc., etc.

(97) Este caso se planteó respecto a la posibilidad de establecer reserva de saltos de pie de presa, según la normativa del R. D.-Ley 7 enero 1927, arts. 7.º y 21, D. 15 abril 1931, D. 18 junio 1943, D. 20 diciembre 1944, D. 26 octubre 1945, D. 10 enero 1947, que las permite para «organismos propios o entidades oficiales con destino a servicios públicos». Los Decretos de 3 junio 1944, 4 enero 1946, 5 abril 1946 resolvieron en sentido favorable a la empresa filial. Otra aplicación de este principio podría ser la que hace mención al D. 2 abril 1948, sobre anticipos del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional a «los organismos autónomos de carácter estatal». Una restricción parece doctrinalmente aconsejable en estos casos y es la referente a la ley de especialidad, que en este aspecto debe desarrollar su plena virtualidad. Sobre ello, vid. en el texto a continuación.

I. N. I. puede perfectamente—por su carácter plenamente definido de organismo del Estado—recoger este privilegio administrativo, traspasándolo después a su empresa filial.

d) *Control administrativo-financiero.*

El control financiero sobre las empresas filiales se manifiesta exclusivamente a través de la tutela integrativa de que anteriormente se ha hecho mención. Indirectamente, sin embargo, y a través del I. N. I., están sometidas a un control financiero independiente, que viene a suponer el control del Estado sobre el I. N. I., que se realiza en este aspecto:

1) En primer término, de manera general, por la sumisión necesaria del I. N. I. a las normas y directrices que el Gobierno le señale, sin perjuicio de la actuación de los representantes del Ministerio de Hacienda y de los organismos ministeriales interesados (98), así como por la dependencia estructural del I. N. I. de la Presidencia del Gobierno (99).

2) Control financiero de inversiones: Se establece a estos efectos la necesidad de autorización para emisión de obligaciones, para adquisición de participaciones en acciones, concesión de financiamentos, cuando excedan de los cinco millones de pesetas (100).

3) Control de ingresos: El I. N. I. necesita autorización para venta de participaciones en acciones cuando ésta exceda de los cinco millones de pesetas (101).

4) Control de balance: El balance del I. N. I. debe presentarse a la aprobación del Gobierno, quien, previo dictamen del Ministerio de Hacienda, determinará si el mismo puede considerarse aprobado, debiendo comunicarlo así al I. N. I. o devolverlo con los reparos que estime procedentes (102).

e) *Principio de especialidad.*

Las empresas filiales, por el simple hecho de estructurarse bajo la forma privatística de sociedad anónima, tienen una capacidad plena, sin restricciones en cuanto al ámbito de actuación de las mismas. Sin em-

(98) Art. 2.º Ley 25 septiembre 1941, art. 48 Regl. prov.

(99) Arts. 17 de la Ley y 12 del Regl. prov.

(100) Arts. 5.º y 6.º de la Ley, y arts. 8.º, 9.º, 18 y 19 Regl. prov.

(101) Arts. 6.º de la Ley y 9.º Regl. prov.

(102) Art. 52 Regl. prov.

bargo, en aquellas empresas nacidas a virtud de una autorización-mandato del Estado al Instituto de Industria, su finalidad determinada específicamente en la orden de creación precluye su actividad industrial. No se trata, pues, de empresas capitideminuídas respecto a las normales en la vida industrial. Es simplemente que surgiendo su constitución de un encargo específico de la Administración a este mandato deben ceñir exclusivamente su actividad.

Los estatutos de las empresas filiales recogen este criterio de especialidad, si bien tras enumerar las finalidades que tiene la sociedad constituida (transcribiendo el tenor del Decreto ordenando su constitución) añaden normalmente: «Cualesquiera otras operaciones relacionadas directa o indirectamente con dicho objeto, según libre determinación del Consejo de Administración y en la forma jurídica que el mismo acuerde.»

Esta limitación de capacidad por razón de la preclusión de finalidades sociales se aparta por ende del clásico principio de especialidad, tal como lo formula la doctrina y jurisprudencia francesa (103). No se trata en nuestro caso de obstáculos provenientes de la tutela administrativa, ni de limitaciones *ad extra* de un general *jus capiendo*. En este caso se trata de limitaciones determinadas *a priori* en razón a la enumeración que de los fines sociales contienen los estatutos de la empresa, constituyendo, pues, en este supuesto el principio de especialidad un carácter subjetivo de la empresa frente a la naturaleza objetiva del principio en sus aplicaciones generales (104).

El examen de este principio de especialidad tiene trascendencia jurídica en cuanto que los privilegios administrativos y fiscales concedidos a las empresas filiales vienen funcionalmente ligados al criterio de la especialidad de su actividad y en tanto se ajusten a ésta por ende a dicho criterio, le alcanzarán aquellos privilegios. No tanta relevancia

(103) Cfr. HAURIU, *Précis*, 1933, págs. 284 y 285, nota refiriéndose en todo caso a los establecimientos públicos y de utilidad pública.

(104) Cfr. H. RIPERT, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif. Son application en matière de dons et legs*. Thèse. Paris, 1906, págs. 18 y ss. Para LASAR la empresa administrativa está creada para una finalidad concreta y sólo para ese fin tiene capacidad, siendo inexistente en cuanto al resto de posibles relaciones jurídicas. Contra ello hay que aducir que las restricciones que el principio de especialidad implica —tanto subjetiva como objetivamente— no son fronteras de la capacidad de derecho, sino más bien a la capacidad de obrar. Por ello hay que rechazar el concepto desarrollado por el Derecho administrativo alemán de la persona parcial —*Teilperson*—, ya que la capacidad y la personalidad están íntimamente coligadas. Cfr. en este sentido FORSTHOFF, op. cit. Vid. también P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privée*, Langres, 1950; Sandulli ALBO, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, en «Rassegna di Diritto Pubblico», abril-junio, 1948, páginas 101 y ss.

alcanza el principio de especialidad en lo que afecta a la capacidad contractual específica en cuanto que al determinar los estatutos, que corresponde también al fin social las operaciones directa o indirectamente relacionadas con el fin substancial, y al dejar la determinación de esta relación al libre arbitrio de los órganos de gobierno de la sociedad, prácticamente viene a constituir una finalidad en blanco en lo que hace relación a la contratación específica.

2. *Aspecto mercantil frente al tráfico comercial de las empresas del I. N. I.*

Anteriormente se ha expuesto el criterio respecto de la doble virtualidad que las empresas filiales del I. N. I. ofrecen; por una parte, con carácter administrativo frente a la Administración, y de otra, *erga omnes*, con típica naturaleza de sociedad mercantil privada, toda vez que falta en ellas el *imperium*. Por este matiz de sociedad mercantil privada que revisten las empresas filiales y pese al principio de unidad de la Administración (105) están sometidas a las reglas de policía administrativa generales a todas las sociedades, con excepción lógicamente de las referentes a policía financiera previa a la constitución.

ARENA plantea *in genere* el problema en las empresas públicas comerciales con forma societaria de una reunión en manos de un solo accionista de la total sociedad. Este problema es, empero, irrelevante; se trata de sociedad nacida directamente del *imperium* administrativo en la que, por otra parte, el Estado, a través del I. N. I., no resulta nunca titular absoluto de las acciones; por el contrario, se suscribe una parte—normalmente mayoritaria—de las mismas, dejándose el resto en cartera, por un lado, como reserva de disponibilidades, y por otro, en espera de momento en que convenga hacer participar al capital privado.

Otras cuestiones suscita esta virtualidad privada mercantil. Las finalidades sociales predeterminadas en el Decreto autorizante constituyen el programa de la sociedad futura a constituir. Este programa no es preparado por los promotores, sino por la Administración, lo cual hace el problema diferente del planteado generalmente en el derecho

(105) Incidentalmente, cabe señalar que, nacido el principio de unidad de la Administración por concretas necesidades lógicas, ha recibido una desmesurada aplicación en la teoría. Siendo obviamente un artificio doctrinal para salvar la multiplicidad administrativa, debería quedar en el terreno doctrinal, de principio más político que administrativo propiamente. La fuerza de cosa juzgada del acto administrativo firme no juega en toda la Administración para el mismo caso. (S. de 27 de mayo de 1949.)

societario común. Al ofrecerse una parte de las acciones al público, el programa no constituye una simple invitación, sino una oferta en sentido jurídico (106).

Las sociedades filiales están sometidas por lo demás a las formalidades registrales comunes y adoptan por su finalidad el típico carácter mercantil (107).

Por tratarse de virtualidad *erga omnes*, las empresas públicas carecen de decisión previa, no emiten actos administrativos, su capital es típicamente privado y sometido a las reglas de derecho común (108). La jurisdicción es la ordinaria.

Los empleados de las empresas públicas filiales no tienen el carácter de funcionarios públicos, sino el de obreros o empleados con relación laboral y no funcionarial, sometido por ende a las reglamentaciones de Trabajo comunes (109), a la normativa sindical y sobre seguros sociales aplicables a los trabajadores.

(106) Se sigue con ello la tesis de SCIALOJA de la oferta, constituida por el programa social (*Natura giuridica della costituzione delle società per azione*, en *Saggi di vario diritto*, II, pág. 12) en contra de la doctrina de SOPRANO, (*Trattato teorico pratico delle società commerciale*, Torino, 1934, tomo I, págs. 340 y ss.) de la invitatio.

(107) Cfr. sobre este aspecto, GIRÓN TENA, op. cit.

(108) Cosa diferente es, sin embargo, la distribución de los beneficios de las empresas al I. N. I., y de éste al Tesoro (arts. 13 de la Ley y 53 y 54 del Reglamento prov.), ya que en este caso es aplicable el principio de ULPIANO (*Digesto tit. XIV de jure fisci*, 6 Ulp., *ad edictum*) «Fiscus cum im privati jus successit, privato jure pro anterioribus suae successionibus temporis utitur; coeterum posteaquam successit habebit privilegium suum».

(109) Cfr. sobre este problema en general Dott. Mario GIULIANO, *Il rapporto d'impiego con gli enti pubblici economici*, Padova, Cedam, 1948, en el sentido de considerar privadas las relaciones laborales y no como *tertium genus* entre lo laboral y lo funcionarial, sentido en el que se pronuncia en Italia la Corte de Casación. MIELE, (*Inquadramento sindacale di enti pubblici e competenza del giudice del lavoro*, en «Archivio di Studi Corporativi», 1941, págs. 46 a 61) consideraba que del carácter público, frente a la Administración, den ente, se derivaba necesariamente la naturaleza funcionarial de sus empleados. Rectifica este criterio en un trabajo posterior (*La distinzione fra enti pubblici e privati*, en la «Rivista di Diritto Commerciale», 1942, I, págs. 10-29, 72 a 106), en el sentido de que esta cuestión no obedece a principios sustanciales, sino que en todo caso hay que estar a la regulación positiva concreta. En el mismo sentido, AMORTH (*Conseguenze dell'inquadramento sindacale degli enti pubblici*, en «Rivista di pubblico impiego», 1942, fáscs. V-VI, págs. 159 a 173). Esto se refiere más al propio I. N. I. que a sus empresas filiales, en que este problema ni siquiera se plantea. Cfr. Reglamentaciones de Trabajo de empresas de electricidad (O. M. 22 diciembre 1944, O. 28 julio 1945, O. 16 febrero 1946, R. 24 abril 1946, O. 12 marzo 1948, etc.), siderometalúrgica (O. 28 julio 1945, R. 15 octubre 1945, O. 27 julio 1946, O. 12 agosto 1946, O. 18 febrero 1947, etc.), fabricación de fibras artificiales (O. 30 marzo 1946, O. 30 mayo 1947, etc.), Iberia (O. 4 julio 1948), frío industrial (O. 20 septiembre 1947), Calvo Sotelo (O. 23 abril 1949), Bazán (O. 24 julio 1950). No se aplican, en consecuencia, las reglas especiales sobre reclamaciones laborales contra el Estado (O. 13 abril 1944).

Una diferencia existe en cuanto a las acciones: el carácter de las acciones del I. N. I. en las empresas no es idéntico, desde un punto de vista administrativo, al de las acciones en propiedad particular. El Estado, a través del I. N. I., es un *accionista necesario* (110), no un accionista voluntario, como las particulares participantes. Esta diferencia carece, empero, de relevancia jurídica mercantil, por lo que no es preciso insistir sobre la misma.

IV. LA COLABORACIÓN DE LA EMPRESA PRIVADA EN LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

El estudio de la empresa privada como colaboradora indirecta de las funciones administrativas tiene tan sólo para nuestro intento un interés relativo, en cuanto completa el esquema organizativo de actuación de los fines públicos alrededor del tema propuesto. La relatividad de este interés se colige de ser las medidas materiales que actúan esta colaboración consecuencias de un general *jus politiae*, o bien del dirigismo de fomento.

Esta colaboración se actúa a través de la empresa individual y de la societaria (111), distinguiéndose los tres aspectos de colaboración por ingerencia, por descentralización y por actividad paralela. Aunque esta administración indirecta por colaboración se puede, en efecto, realizar a través de personas individuales, no reviste normalmente en ese caso trascendencia, siendo relevante cuando se verifica de modo institucional, es decir, por grupos privados cuya actividad y estructura sean esencialmente colectivos. Con ello se destaca como, con mayor importancia, la colaboración prestada por las empresas bajo forma social.

En el sistema de *incorporación* la sociedad anónima adquiriría su personalidad a través de la *lex specialis*, que al dotar a la sociedad de personalidad le concedía un privilegio para la explotación industrial con aparejados derechos de soberanía. Por ser creación propia, el Estado se reservaba una constante intervención y tutela en la vida de estas em-

(110) RIPERT, *Traité de droit commercial*, pág. 558, añadiendo «l'incertitude des solutions accuse d'ailleurs le caractère batard des sociétés d'économie mixte». Este carácter necesario se acentúa en aquellos casos de inalienabilidad legal de las acciones estatales (IBERIA, CAMPSA).

(111) BERNARD GENY, *Theorie generale de la collaboration des administrés avec l'Administration*, Thèse, Nancy, 1930. También se puede dar a través de actuación de personas individuales. Por ejemplo, D. 21 mayo 1945, califica a los Agentes y Comisionistas de Aduanas como «elementos colaboradores de la Administración» (art. 1.º). La O. M. 30 octubre 1940 emplea el término de «cooperadores con la Administración» para la multiplicación de semillas de cereales y leguminosas. El mismo término utiliza la Ley de Aeropuertos (Ley 2 noviembre 1940).

presas. De ahí surgió lógicamente la idea de que la existencia de la personalidad empresarial estaba vinculada a una declaración de utilidad pública. «No se admite—decía MICHOU (112)—la existencia de personas morales que no tengan carácter administrativo.» En esta concepción todas las personas jurídicas estaban con mayor o menor fuerza englobadas necesariamente en la Administración pública, puesto que el dilema planteado era «por un lado independencia frente al Estado, pero negación de toda personalidad jurídica por el otro, personalidad moral, pero sólo por el Estado, para el Estado y bajo el Estado» (113).

Tanto en el sistema de *octroi* como en el de la concesión (Ley de 28 enero 1848) la sociedad anónima surgía con un matiz de colaboradora en las funciones estatales. Esta inordinación administrativa de las sociedades quedó frustrada con el sistema de libre constitución (Ley 19 octubre 1869) y con la ausencia total de intervención gubernativa en la vida interior de la sociedad. El síntoma actual, reflejo fiel de las renovadas necesidades públicas y de la expansión conceptual del *ius publicum*, se traduce en una fuerte orientación hacia la vuelta al régimen integrativo de la sociedad anónima en la Administración. En definitiva, el surgimiento de la empresa administrativa bajo forma privada mercantil no es sino un retorno en lo formal al sistema mercantilista de las *compagnies á charte royale* (114), a las que se conferían privilegios inherentes a la *publica potestas*.

Hoy, por otra parte, la visión de la libertad industrial como orientación apodictica para construir el sistema administrativo, está siendo sustituida por una consideración opuesta. «La industria, como instrumento de la producción, se considera parte integrante del Patrimonio Nacional y se subordina al interés supremo de la Nación» (art. 1.º, Ley 24 noviembre 1939). El Fuero de Trabajo y el Fuero de los Españoles (art. 30) sientan esta fundamental afirmación, que, por otra parte, se repite doctrinal o prácticamente en todos los artículos sucesivos. La industria en manos privadas se va de este modo configurando como *prae-cipuum membrum* en la Administración estatal, frente a la anomía industrial del Estado indiferente ante la Economía.

Corolario indirecto de ello ha sido—como dice RIPERT (115)—la transformación del Derecho societario, basada causalmente en la transformación de la visión economicista del Estado.

La colaboración de las empresas privadas—sobre todo las que re-

(112) MICHOU, op. cit., tomo I, pág. 424.

(113) MICHOU, op. cit., tomo I, pág. 429.

(114) Cfr. Eli HECKSCHER, *La época mercantilista*, México, 1943. Empero los derechos conferidos entonces se conceptúan hoy como inseparables del poder público, y no delegables.

(115) RIPERT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1948, pág. 243.

visten carácter de sociedad—con la Administración no es un hecho nuevo. Por el reconocimiento de la utilidad pública determinadas empresas colaboran con la Administración. La noción de establecimiento público jamás ha bastado para calificar a todas las instituciones amparadas a la vez por el derecho privado y el público. Por ello, en un principio, se propuso como término medio la noción de establecimiento de utilidad pública, comprendiendo a aquellas personas jurídicas privadas que implicaban una utilidad general y gestionaban un servicio público. La Administración se reserva para estos establecimientos privados que le parecen especialmente interesantes el operar en ellos, por el reconocimiento de su utilidad pública, la constitución de una personalidad más completa, con una dación más amplia del *jus capiendi* y con la creación de un vínculo especial de policía—*auctoritatis interpositio*—por parte de la Administración.

Este hecho no es nuevo. La novedad estriba en la aplicación de la categoría al ámbito de la empresa productora. Lo que en el campo del Derecho administrativo tradicional supone el reconocimiento de la utilidad pública en el establecimiento privado, lo implica en la esfera de la producción económica la *declaración de interés nacional* de la empresa. Esto constituye indudablemente un hecho nuevo en el Derecho administrativo. La Administración a través de esta declaración coliga a sí a las empresas que estima singularmente interesantes o necesarias a la vida económica del país. Esta juxtaposición colaboradora de las empresas privadas les supone, no una dación de más amplia capacidad en derecho, sino la titularidad de privilegios exorbitantes del régimen común societario o de empresas, de trascendencia y virtualidad innegables en lo atinente a la actividad económica de la Administración.

La declaración de interés nacional no supone por ello sino una ampliación del clásico sistema de reconocimiento de la utilidad pública a un terreno antes no invadido por la Administración. Por ello hay que plantearse seriamente la pregunta de si la noción de utilidad pública no puede llegar a ser, después de la del servicio público, el fundamento del nuevo Derecho administrativo (116).

La declaración de interés nacional es el medio directo de establecer la colaboración (117). La calificación general de las empresas a las que tal declaración alcanza ha dado lugar a divergentes posiciones doc-

(116) G. MOBANCE, op. cit., pág. 48; WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4 ed., pág. 8; Michel MONSEUR, *Aux confins du service public et de l'entreprise privée. Les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, París, L. G. D. J., 1942.

(117) Cfr. Pierre COULOMBEL, op. cit.

trinales. La tesis publicística de las mismas ha sido sostenida a este respecto por el Consejo de Estado italiano y por GABRIELLI (118). El criterio privatístico, por FRAGALLI (119), SALANDRA, RAVA, CAMMEO, GIANNINI, ARENA. Se sostiene por FRE (120)—aunque en términos equívocos—el encuadramiento de estas empresas como *tertium genus* entre las empresas puramente administrativas y las privadas. Esta última tesis es la sostenida por la doctrina alemana actual—FORSTHOFF, PETERS—, clasificándolas entre las formas intermedias—Zwischenformen.

El carácter colaborador puede también afirmarse a través de un estatuto especial que garantice la continuidad de la producción. Este estatuto puede referirse al régimen especial militar de sus empleados (121) o bien previendo intervención por gestión directa de la Administración en casos de suspensión de actividades de las empresas (122). La creación a impulso estatal (123), pero sin participación accionaria del Estado es otro modo de establecer la colaboración de la empresa privada. De modo general, no obstante, esta colaboración auxiliar de los particulares se consigue a través de las medidas indirectas de dirigismo, exenciones, reducciones de impuestos (124), sobreprecios a par-

(118) GABRIELLI, *Indici rivelatori del carattere pubblico degli enti*, Foro italiano, 1940, tomo II, págs. 80 y ss.

(119) FRAGALLI, *Concette e natura della società di economie mista*, en «Studi in onore di M. D'Amelio», págs. 21 y ss. Igual tesis, ROMANELLI, *Vigilanza e tutela*, en «Foro italiano», 1931, III, págs. 196 y ss.

(120) FRE, *Nuovi provvedimenti e nuovi problemi in tema di società azionarie*, «Rivista di Diritto Commerciale», 1937, I, págs. 577 y ss.

(121) Para empresas aeronáuticas (D. 26 abril 1940), sobre reglamentación de personal civil (D. 16 mayo 1949), minas de carbón y plomo (D. 24 julio 1942, O. 24 noviembre 1942, D. 13 abril 1945, O. 8 junio 1945, D. 13 septiembre 1945, O. 28 septiembre 1945, O. 6 diciembre 1945, O. 28 octubre 1946, O. 21 junio 1947), personal de fábricas movilizadas (D. 28 noviembre 1942), industrias afectas al Ejército del Aire (D. 10 septiembre 1943), RENFE, electricidad y gas, puertos y faros, Código de Justicia Militar (Ley 17 julio 1945), en cuanto a competencia por razón de las personas, etc., etc.

(122) Ley 1 septiembre 1939, art. 3.º, i); Ley 24 noviembre 1939, D. 7 mayo 1948, art. 5.º; D. 4 noviembre 1948, Circ. 15 noviembre 1948, Ley 5 noviembre 1940, D. 7 mayo 1931, Ley 13 agosto 1940, Ley 23 septiembre 1931, D. 15 marzo 1946, O. 22 mayo 1945, etc., etc.

(123) Algodón (D. 31 diciembre 1947 y O. 20 marzo 1948), penicilina (D. 1 septiembre 1948), etc., etc.

(124) Producción de películas cinematográficas y discos gramofónicos (Ley 11 marzo 1932, R. O. 30 marzo 1932), Empresas inmobiliarias (art. 14 Ley 7 julio 1934, art. 14 Ley 25 junio 1935, art. 38 Ley Larraz de Reforma Tributaria de 16 diciembre 1940, O. 6 marzo 1941, O. 28 abril 1941, O. 12 septiembre 1941, O. 10 febrero 1941, etc.), Cooperativas de edificación (D. 15 diciembre 1939), Sindicatos industriales (R. D. 31 julio 1915, R. D.-Ley 12 enero 1926, R. O. 18 noviembre 1929), Sociedades de construcción de Casas baratas y viviendas económicas (R. D.-Ley 10 octubre 1924, R. D. 29 julio 1925). Cfr. A. LAMPE, *Die wirtschaftlichen Voraussetzungen der nichtfiskalischen Steuergestaltung, insbesondere der Steuerbegünstigung*,

tir de un volumen dado de producción, auxilios a la industria (125), preferencias en los servicios públicos y en el suministro de primeras materias (126), etc., etc.

Junto a estas nuevas formas de hacer entrar a la empresa privada en el campo de actuación de la pública Administración, los antiguos módulos pierden más y más su anterior significación (127). La idea de la concesión como forma clásica de colaborar el particular con el Estado pasa a ser una de tantas formas de colaboración. Los esquemas de autorización, aprobaciones, control interventor conectados directamente con la idea general de un *jus politiae*, se resisten a limitarse en su virtualidad a una mera norma policial que sería admisible sólo en cuanto se admitiera el principio clásico de la libertad industrial descontrolada. Por ello, la necesidad de una revisión conceptual del clásico Derecho administrativo se deja sentir agudamente. Y es que—como ha dicho CELIER (128)—el Derecho público no es una ciencia pura, como las matemáticas o la metafísica, de validez universal, que pueda construirse por el solo efecto del razonamiento. La deducción juega aquí un papel de medio; los hechos imperan contra la lógica *a priori*.

en el *Festgabe fuer Georg SCHANZ*, I, págs. 172 y ss; M. PUGLIESE. *La Finanza e i suoi compiti extrafiscali negli Stati moderni*, Padova, 1932.

(125) R. D.-Ley 31 diciembre 1929, D. 8 noviembre 1930, R. O. 3 septiembre 1930, en suspenso por O. M. 5 agosto 1931, y D. 13 marzo 1942, R. D.-Ley 21 agosto 1925, Regl. 24 julio 1942, D. 26 mayo 1943, etc., etc.

(126) A través de las preferencias ya en los propios servicios (transportes de mercancías, O. 14 junio 1941) o en suministros de materias primas (por ejemplo, O. 13 abril 1942, O. 13 noviembre 1945, D. 27 febrero 1943, etc.).

(127) Marc CHARDON, *La collaboration financière des administrations publiques et des Entreprises privées*. Thèse. Nancy, 1928, clasifica la colaboración en simple control (con objeto dual o sobre reglamentación de precios, producción, etc., o con el fin de verificar la contabilidad y marcha interior de la Empresa), y colaboración en la dirección (nombramientos de Delegados, por ejemplo, en España, en la Compañía Trasatlántica, Tabacalera, Industria del Cemento, etc.), estudiando el doble aspecto de prestaciones de la Administración a los particulares (subvenciones, anticipos, préstamos, garantía de obligaciones o de intereses al capital invertido, etc.), y prestaciones de los particulares a la Administración. No comprende los métodos de propio dirigismo, intervención indirecta, a través de exenciones o reducciones fiscales, etc. Parece preferible seguir una estructura—que el propio autor apunta—según que la colaboración se opere *par voie de réquisition*, *par voie de contrat* o *par voie de libre concours*. El objeto limitado de nuestro estudio no nos permite adentrarnos en el tema, ampliamente sugestivo de esta zona intermedia de colaboración mutua.

(128) Charles CELIER, *Droit public et vie économique*. Press. Univer., 1949.

