

DE LA "GESTION INTERESADA" A LAS "CLAUSULAS DE INTERESAMIENTO"

Por

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.
Ayudante de Derecho Administrativo
en la Universidad de Valladolid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ADVENIMIENTO DE LA NOCIÓN DE GESTIÓN INTERESADA.—III. CONCEPCIONES SOBRE LA GESTIÓN INTERESADA: 1. *La gestión interesada como un caso de administración directa.* 2. *La gestión interesada como concesión.* 3. *La gestión interesada como figura autónoma:* a) Como figura intermedia. b) Otras posiciones.—IV. INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO DE GESTIÓN INTERESADA.—V. LAS CLÁUSULAS DE INTERESAMIENTO.—VI. UN EJEMPLO DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INTERESAMIENTO: LA GESTIÓN AFIANZADA.

I

Al ocuparse la doctrina de los modos de gestión de los servicios públicos, suele estudiar como uno de ellos el que se designa con el término de gestión interesada, que no es sino traducción de la expresión francesa *régie intéressée*. Si bien la importancia que a tal forma de gestión se atribuye no es muy grande, y esto se debe, sin duda, al mayor relieve práctico de otras formas de gestión; hay que decir, desde luego, que la gestión interesada tiene ganada carta de naturaleza entre los modernos administrativistas. En los estudios sobre las formas de gestión de los servicios públicos ocupa ya un lugar, si bien sea un lugar bastante humilde, aunque no faltan autores que estudian por separado esta figura con mayor detenimiento (1). Y cuando tratamos de palpar en su

(1) Vid. WALINE, *La notion de régie intéressée*, en «Revue de Droit Public», 1948, págs. 337 a 346; NIEVES, *La gestión interesada en el Derecho español*, en el número 26 de esta REVISTA; PÉREZ DE AYALA, *Problema jurídico de una diferenciación financiera: nota sobre la «régie intéressée»*, en «Rev. de Derecho Financiero», núm. 26, págs. 247 a 253; igualmente ALDI, *El servicio público municipal y sus modos de gestión*, en «Rev. de

magnitud misma la vida del Derecho, resulta, por una parte, que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se ha referido en alguna ocasión a este singular modo de gestión de servicios públicos, y, por otra, que no faltan en los diversos Ordenamientos jurídicos figuras o situaciones que los comentaristas califican como de gestión interesada.

Ahora bien, si la alusión jurisprudencial del Consejo de Estado francés es expresa e inequívoca, no puede predicarse lo mismo de las regulaciones positivas. El legislador, en los casos que se suelen citar, se limita a estructurar de forma varia y compleja el desarrollo de un servicio público, sin cuidarse de adscribirlo nominalmente a una categoría determinada. Son luego los autores, como decimos, quienes tratan de deducir de las características reguladas la existencia de una gestión interesada. El legislador desarrolla y estructura los regímenes de gestión de los servicios públicos sin poner etiquetas. A ello se debe, precisamente, el que los tratadistas hayan recurrido a la noción de gestión interesada para intentar explicar ciertos supuestos que se apartaban, al menos en apariencia, de los que constituían acervo común en la técnica jurídico-administrativa. Se explica así que la noción de gestión interesada haya sido construída, prácticamente en su totalidad, por la doctrina. Se trata, pues de la formulación doctrinal de un concepto de gestión. Ante tal característica, hemos de decir inicialmente que no deja de llamar la atención el hecho mismo de que este concepto haya sido elaborado por los estudiosos, bien que intentando encontrar apoyo en las formulaciones legales, pero faltos totalmente de la colaboración jurisprudencial (2). Este silencio de la jurisprudencia, a propósito de una figura administrativa de nueva creación, es muy significativo, porque precisamente lo característico en

Estudios de la Vida Local», núm. 35, págs. 645 a 687; GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en el núm. 12 de esta REVISTA; ROY, *Etude sur les primes de gestion dans l'exploitation en régie intéressée des voies ferrées d'intérêt local*, en «Annales des Ponts-et-Chaussées. Mémoires», 1927, II; BONTE, *Les régies intéressées de la Ville de Paris*, Lille, 1930; BOUCHET, *Les rapports administratifs de la Ville de Paris et du Département de la Seine avec la Compagnie du Chemin de fer Métropolitain*, Paris, 1941. Muchos otros autores han tratado del tema, si bien incidentalmente, y a ellos nos referiremos a medida que hagamos uso de sus opiniones.

(2) Como explicación de la insignificante aportación jurisprudencial, son sobradamente explicativas las siguientes palabras de WALINE, op. cit., pág. 338: «... les litiges entre collectivités publiques et régisseur intéressés, ou bien mettaient en jeu des principes juridiques inhérents à toute gestion de service public, quel que soit le mode de gestion adopté... ou bien, touchant les rapports financiers de la collectivité et de l'exploitant, pouvaient se résoudre sur la base et par interpretation des clauses précises de chaque contrat, sans appel aux principes généraux, soit du droit de concessions, soit de celui régies intéressées». Respecto a nuestra jurisprudencia, no conocemos ningún caso en que se dé acogida a tal figura jurídica.

nuestro campo ha sido lo contrario: con asombrosa unanimidad admiten hoy día nuestros tratadistas el papel predominante que los tribunales han desempeñado en el desarrollo de las principales instituciones que caracterizan al Derecho administrativo moderno (3). Nos parece todo un síntoma el que a propósito de la gestión interesada se produzca ausencia tan notoria, que nos basta ahora con señalar en espera de extraer más adelante las consecuencias oportunas.

El hecho de que la gestión interesada sea un concepto que los autores tratan de deducir de la regulación positiva, presenta un doble orden de particularidades. Tal forma de proceder nos lleva a afirmar, en primer lugar, el pragmatismo de este concepto. Es algo que surge experimentalmente de la deducción de unas características realmente contenidas en unas normas que configuran el desarrollo de ciertos servicios públicos. Se trata de una figura institucional que se pretende construir como calificación adecuada para un acontecimiento jurídico que se estima que presenta características propias. Tal pragmatismo es quizá el principal mérito que hay que reconocer a las doctrinas de la gestión interesada en cuanto presuponen un planteamiento real y sincero de un fenómeno jurídico-administrativo. Sin embargo, esta actuación netamente realista, y esta es la otra particularidad que me interesa destacar ahora, lleva en sí misma un germen destructivo. Nótese que me he referido a *las doctrinas* de la gestión interesada. Y es que, en efecto, los diversos autores que estudian la gestión interesada no sólo llegan a conclusiones diferentes respecto de su naturaleza y características, sino que, y esto es lo que precisamente justifica aquello, parten inicialmente de supuestos de hecho diversos. Es, en efecto, común que muchos de los que estudian la gestión interesada lo hagan partiendo de un supuesto concreto que la mayor parte de las veces difiere de los que han tomado como punto de partida otros autores.

Me parece interesante ahora referirme a las características de lo que se viene denominando gestión interesada, aunque nada más sea como mero recurso didáctico para hacer más comprensible la exposición. ¿Qué entienden los autores por gestión interesada?

De cuanto he dicho se deduce la dificultad para llegar a una caracterización unitaria. Sin embargo, forzando los términos, y consciente de dejar en el aire puntos que algunos autores consideran importantes, pode-

(3) Vid., a manera de ejemplo, el significado de la obra del Consejo de Estado francés, en sus varios aspectos, expuesto concienzudamente en el libro conmemorativo del 150 aniversario de su estructuración, *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire*, París, 1952. Recientemente, H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*. I. 4.^a ed., Munich-Berlín, 1961, pág. 54.

mos extraer de las diversas formulaciones las siguientes notas que, en general, todos consideran comunes a la gestión interesada:

1.^a Se trata de una forma de gestión de servicios públicos.

2.^a A base de la colaboración de la Administración y un particular (gestor), siendo bastante frecuente que la Administración aporte una parte importante de las instalaciones necesarias para el desarrollo del servicio.

3.^a El gestor se compromete a dar debido desarrollo al servicio público.

4.^a Al gestor se le asegura, en todo caso, una remuneración mínima con lo que la responsabilidad económica de la gestión recae en última instancia en la Administración.

5.^a Pero hay un interesamiento del gestor, de manera que si se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se le atribuye una parte de los mismos, con lo que aumenta el aliciente para que lleve a cabo su gestión de forma eficiente.

6.^a El resto de los beneficios que se produzcan se atribuye a la Administración.

De esta descripción aproximativa de la gestión interesada podemos deducir que lo más importante es, sin duda, *el interesamiento*, esto es, la especial conexión entre la Administración y el gestor que trata de conseguir no sólo el funcionamiento normal del servicio, sino incluso el perfeccionamiento del mismo a través de esta especial forma de remuneración. La posibilidad de aumento de la remuneración del gestor en cuanto el servicio logre un desarrollo más eficiente, la posibilidad de que el gestor se interese, en definitiva, en el buen funcionamiento del servicio, es lo que hace que a este tipo de gestión se le califique de interesada (4). Tal interesamiento se nos presenta como un mecanismo para lograr que, asegurado el buen funcionamiento del servicio, sea lo más útil posible, desde un punto de vista económico, tanto para la Administración como para el gestor. De donde resulta que el mecanismo del interesamiento, aparte de incitar al gestor a un mejor funcionamiento del servicio con la esperanza del aumento de beneficios, trata de conseguir, por lo menos, dos efectos económicos que interesan fundamentalmente a la Administración. Siempre es importante, y con frecuencia fundamental, tratar de descubrir el trasfondo económico y social que las técnicas jurídicas encierran, para llegar a una comprensión

(4) Como dice BOUCHET, op. cit., págs. 7-8, en la gestión interesada «l'exploitant est rémunéré par une allocation fixe, complétée par des primes qui l'intéressent à une bonne gestion».

y valoración más exacta de éstas. Estos dos efectos que se persiguen, aunque en principio son de signo contrario, pueden, sin embargo, ser tenidos en cuenta conjuntamente si la observación se lleva a un período de tiempo un poco extenso. Pero, en definitiva, siempre se buscará, por lo menos, que se produzca uno u otro. En el caso de un servicio público, cuya gestión produce favorables resultados económicos, puede pretender la Administración a través del mecanismo del interesamiento que se le atribuya una parte de los beneficios producidos (5). Entonces, sin asumir la Administración la gestión directa de tal servicio, el establecimiento de una gestión interesada actuaría como efecto corrector de la rigidez del canon que, caso de establecerse en concesión tal servicio, podría abonar el concesionario, y mucho más cuando la concesión se otorga con entrega al concesionario de los resultados íntegros de la explotación del servicio sin abono de canon. Se trata, pues, de un procedimiento para atribuir a la Administración una parte importante, aunque variable, de la remuneración que recibe un sujeto particular por el ejercicio de un servicio público cuya rentabilidad es mucho mayor de lo normal. Es cierto que este efecto corrector se podía haber logrado también mediante la adopción de medidas fiscales que atribuyeran al Erario público los superbeneficios producidos (6). Pero este último sistema parece, a primera vista, mucho más complicado, teniendo en cuenta, cuando menos, las exigencias que el principio de legalidad en materia tributaria lleva consigo.

Sin pretender ahora hacer una comparación de ambas posibilidades quiero sólo destacar de pasada una característica que se ofrece con bastante frecuencia en la actuación administrativa. VILLAR PALASÍ ha hablado con gran precisión, dentro de nuestra doctrina, del fenómeno de la «intercambiabilidad de las técnicas de fomento» (7). Pues bien, en estrecha conexión con este fenómeno se presenta la idea que aquí

(5) Para NIEVES, op. cit., pág. 66, «la gestión interesada es una superación del sistema concesional, arbitrado por la Administración con el fin de obtener una participación en los beneficios que se producían en la explotación de un servicio público».

(6) Cfr. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milán, 1952, pág. 373.

(7) *Las técnicas de fomento y de apoyo al precio político*, en el núm. 14 de esta REVISTA. Es expresamente interesante en este sentido el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de marzo de 1955 (Exp. 15.234), que habla de cómo «la técnica administrativa de imposición del producto al mercado nacional es sustitutiva, dentro de la Ley de Protección de la Industria, de la técnica paralela de garantía del interés. Esta función paralela de las técnicas...». El propio VILLAR PALASÍ, en sus *Apuntes de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de Madrid, edición litografiada del SEU, s. d., pág. 73, establece con carácter más general «el principio de la mutabilidad equivalente de las técnicas jurídicas».

quiero destacar. Para estimular la actuación de los particulares en sectores que presentan importancia para el interés público, puede echar mano la Administración de procedimientos diversos que pueden ser sustituidos entre sí, ya que cualquiera de ellos puede conseguir, con mayor o menor ajuste, el efecto pretendido por la Administración. Piénsese, a manera de ejemplo, en la similitud de efecto suasorio que llegan a producir técnicas tan diferentes, en cuanto a su naturaleza, como son la subvención y la exención fiscal. Es cierto que la totalidad de efectos producidos no es similar en un caso u otro. De ahí que la intercambiabilidad de las técnicas de fomento no sea absoluta. Pero en todo caso el efecto principal—la actuación del particular en el sentido pretendido, debida a la incitación realizada por la Administración—se produce de la misma manera, tanto si se utiliza una técnica u otra. Pues bien, no es éste un fenómeno exclusivo de la actividad de fomento. La dogmática suele ofrecer a la actuación administrativa una gama más o menos variada de posibilidades que se presentan simultáneamente a la hora de conseguir unos mismos efectos. Es esta abundancia de posibilidades teóricas que se presentan a la hora de la actuación práctica lo que determina el fenómeno y su generalidad. Claro está que tal amplitud de oportunidades, así como el hecho de que en un caso o en otro se produzcan efectos secundarios diversos, exigen en la elección administrativa que se lleva a cabo para determinar cuál de las posibles modalidades es más conveniente, exigen, digo, una serie de conocimientos que superan el concreto campo jurídico (8). Esta abundancia que supone, en este sentido, una mayor amplitud de la dogmática respecto de la acción administrativa, lleva consigo necesariamente la necesidad de elección. Pues bien, este momento de coincidencia entre dogmática y actuación concreta que supone, en efecto, una decisión jurídica tiene que estar motivado en definitiva por una valoración extrajurídica. Tal realidad, de aplicación constante en el campo administrativo, se nos presenta aquí claramente a propósito del efecto de conversión en dinero público de parte de los beneficios que se originan con la explotación de ciertos servicios públicos. Cabría extender la explotación directa por parte de la Administración sin necesidad de que sujetos privados mediaran en tal explotación. Cabría también la posibilidad de establecer

(8) Sobre la importancia de la discrecionalidad de la Administración para adoptar las técnicas de gestión que más le interesen. vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, en esta REVISTA, núm. 17, pág. 126, para quien tal determinación no es ya en sí una cuestión jurídica: vid. igualmente la publicación del Ministerio de Fomento, dirigida por el Ministro señor CAMBÓ, *Elementos para el estudio del problema ferroviario en España*, Madrid, 1918, III, pág. 240.

un tributo que recortara la remuneración excesiva de un concesionario normal. El hecho de que gran parte de la doctrina hable de la gestión interesada nos demuestra la existencia de un tercer procedimiento con que se pretende solucionar la consecución de tal efecto. A nosotros, como antes decimos, nos interesa aquí simplemente determinar cuál es la naturaleza jurídica de este tercer procedimiento, pero, aunque sólo sea de manera incidental, habremos de referirnos también a las circunstancias que han motivado su nacimiento, que ha sido orientado en la casi totalidad de los casos por el afán de superar los anteriores procedimientos que se estimaban inadecuados.

Ahora bien, volviendo a nuestro punto de partida, la observación de la realidad jurídica nos pone de manifiesto que no siempre que se recurre a la fórmula de la gestión interesada se trata de hacer pública parte de la remuneración de un servicio público sobre manera próspero. Puede suceder también lo contrario, esto es, que se trate de un servicio público que por su escasa rentabilidad ofrezca pocos alicientes a un presunto concesionario. Y si la Administración no estima conveniente asumir ella la gestión del servicio puede interesar a un particular asegurándole, por lo menos, una remuneración mínima.

Estos son los dos efectos más importantes que la doctrina predica de la gestión interesada (9). O dicho con otras palabras, para explicar el juego de estos dos efectos han recurrido los autores a construir, con caracteres de forma autónoma de gestión de servicios públicos, la noción de gestión interesada.

Una vez llegados a este punto podemos preguntarnos si puede hablarse realmente de la gestión interesada con categoría de concepto jurídico. Todo concepto supone una abstracción de peculiaridades (10) y su existencia se caracteriza precisamente por su diferencia e individualización respecto a otros conceptos. Pues bien, ¿puede decirse que la gestión interesada es un auténtico concepto jurídico, como lo es el de concesión o el de contrato, independientemente de las caracterizaciones que en la realidad práctica completan a estas dos figuras? ¿Es la gestión interesada una figura *a se*, con virtualidad suficiente para tener vida propia, o se trata, por el contrario, de una mera cualificación de otra figu-

(9) Vid., por todos, BONNARD, *Précis élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1926, pág. 358: «Ainsi, le commune peut participer aux bénéfices pour une part plus importante que dans le concession. Il est vrai que tous les risques de pertes sont à sa charge. Mais cet inconvénient est atténué par suite de l'intérêt que le régisseur a au bon fonctionnement du service, puisqu'il participe aux bénéfices».

(10) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, pág. 77.

ra cuya existencia se reconoce y a la que hay que reconducirla, salvando simplemente las notas accesorias que puedan diferenciarlas? Porque no se olvide que la reducción a conceptos no tiene en la ciencia jurídica un mero interés escolástico de lograr elementos nuevos para que ocupen un lugar en el supuesto cielo de los conceptos jurídicos, que con tan fina ironía describiera IHERING, sino que precisamente lo que caracteriza a un concepto jurídico es la posibilidad de lograr efectos diversos de los que producen los conceptos ya existentes (11). Pues bien, por lo que respecta a la gestión interesada lo que pretendemos en el presente trabajo es demostrar que no se trata de un auténtico concepto jurídico, de una institución substantiva, que no se puede hablar por ello de gestión interesada en el mismo plano que se habla de concesión o de persona jurídica, y que tiene que haber otros, que efectivamente hay otros recursos técnicos para explicar satisfactoriamente los efectos jurídicos que como propios de la supuesta figura señalábamos antes.

II

Desde luego, las referencias a esta presunta forma de gestión de servicios públicos son del todo recientes y no surgen antes del advenimiento del presente siglo. La alusión del Consejo de Estado francés es de 19 de enero de 1912, a propósito de la convención firmada el 29 de julio de 1907 por Mr. ROULAND y la Villa de París para regular el abastecimiento de gas de esta ciudad (12). Los efectos económico-sociales que se pretenden justificar ahora por medio de la gestión interesada se explicaban con anterioridad a través de otros recursos técnicos que se sobreponían a las formas de gestión ya conocidas. Así, son de sobra justificativas de la realidad antaño existente las siguientes palabras de LEROY-BEAULIEU, que explican con claridad las formas de intervención estatal para ayudar al desarrollo de un servicio público de vital importancia—los ferrocarriles—, pero que tropezaba inicialmente con dificultades insuperables: «ces traveaux (los ferrocarriles) sont souvent à la fois très chers et peu productifs. On trouverait malaisément des compagnies se chargeant de les faire entièrement à leur compte: cepen-

(11) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Viena, 1960, pág. 17.

(12) Tomo estos datos de WALINE, op. cit., pág. 344. NIEVES, op. cit., pág. 52, y siguiendo a éste, MAHILLO, *La gestión ajanzada*, «Rev. de Estudios de la Vida Local», número 104, pág. 192, señalan el origen real de la gestión interesada en la convención de 1907.

dant, il est utile que tout le pays soit sillonné de chemin de fer, cela importe à la prospérité générale et à la défense nationale» (13). Se proclama, pues, inicialmente la importancia capital que una adecuada red de ferrocarriles supone. Pero lo que más nos interesa ahora a nosotros es la descripción de las formas de intervención estatal: «L'État intervient alors de l'une ou l'autre des trois manières suivantes: ou bien il fait à ses frais une partie des travaux, notamment ce que l'on appelle l'infrastructure, et livre aux compagnies les lignes sérieusement avancées, presque terminées; ou il subventionne directement les compagnies; ou bien il se porte simplement garant envers elles d'un minimum d'intérêt, c'est-à-dire qu'il s'engage à combler la différence entre le revenu net de la ligne et la somme nécessaire pour payer au capital engagé sur cette ligne un intérêt déterminé pendant un nombre d'années fixé». La descripción no puede ser más oportuna para lo que aquí nos interesa. El interesamiento de los particulares para el desarrollo de los servicios públicos se conseguía en estos casos de servicios poco rentables o bien a través de la construcción de parte de ellos por la Administración, o por medio de las técnicas de subvención, o bien a través de la cláusula de garantía de interés. He aquí la variedad de técnicas que para lograr unos mismos efectos financieros ofrece la sistemática jurídica. Tales consideraciones nos sugieren tres observaciones que estimamos oportuno señalar:

En primer lugar debo recordar la idea antes recogida de la intercambiabilidad de las técnicas de fomento (14). Lo importante es que el Estado ayude para que se realicen las construcciones en cuestión. El fin que se trata de cumplir es, pues, el mismo en todos los casos. Lo que varía es la modalidad concreta que adoptan esas ayudas y que depende de innumerables circunstancias que se relacionan, tanto con las características del servicio que se trate de ayudar, como con la situación concreta de Tesorería.

Pero hay que señalar, en segundo lugar, la vigencia plena que en nuestros días tienen todavía las modalidades a que se refería LEROY-BEAULIEU. La Administración sigue hoy animando a los particulares para que lleven a cabo la realización de servicios públicos, tomando ella

(13) LEROY-BEAULIEU, *Traité de la science des finances*, II, 6.^a ed., París, 1899, página 396.

(14) El mismo LEROY-BEAULIEU, op. cit., pág. 396, añade a continuación: «Voilà les tres systèmes que peut suivre l'État pour *seconder* la construction des chemins de fer». (Subrayado mío.) Totalmente concorde con la mentalidad de la época, el Estado se limita a encauzar y fomentar la actividad de los particulares, ya que él no debe intervenir directamente.

a su cargo la construcción de partes importantes de las instalaciones, otorgando subvenciones o bien garantizando el logro de un interés mínimo (15). Hay que destacar, ciertamente, la importancia de la actuación directa de la Administración en todo el campo de los llamados servicios públicos industriales (16), pero ello no es obstáculo para reconocer la importancia notoria que sigue teniendo todavía en nuestro sistema la denominada actividad de fomento (17).

Como tercera observación me interesa destacar muy señaladamente, para los fines de este trabajo, la perfecta compatibilidad de estas tres técnicas de fomento con el esquema tradicional de los modos de gestión de los servicios públicos. La garantía de interés, o la construcción parcial de las instalaciones, o las mismas subvenciones, no excluyen las formas conocidas de gestión de servicios públicos, sino que se superponen a ellas (18). La actuación de estas técnicas no es excluyente, sino simplemente superpuesta. Se hablará, así, de concesiones con garantía de interés (19) o de concesiones subvencionadas (20), pero en todo caso se sigue hablando de concesiones. Ello es importante, porque pone de

(15) El reciente desarrollo del Metropolitano de Madrid nos ofrece un ejemplo conjunto de construcción por la Administración de parte importante de la obra necesaria para el funcionamiento de tal servicio público—concretamente, la infraestructura de dicho ferrocarril, con lo que se hace más viva la actualidad del texto transcrito de LEROY-BEAULIEU—, así como la garantía al particular explotante de una remuneración mínima. Vid a este respecto mi trabajo *Transportes de Madrid: los ferrocarriles subterráneo y suburbano*, en esta REVISTA, núm. 35, págs. 317-348. Sobre el significado de las subvenciones administrativas, vid., además del citado trabajo de VILLAR PALASI, BOULOUIS, *Essai sur la politique des subventions administratives*, París, 1951; IPSEN, *Offentliche Subventionierung Privater*, Berlín y Colonia, 1956.

(16) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, cit., pág. 14 y sigs.; el mismo título es ya bien significativo.

(17) Para una visión de conjunto de este problema, vid. VILLAR PALASI, *Las técnicas...*, cit., en su totalidad. JORDANA DE POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, ahora en su libro *Estudios de Administración Local y General*, Madrid, 1961, pág. 477 y sigs.

(18) Es bien significativo el siguiente párrafo en que DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2.^a ed., París, 1957, pág. 576, describe las ventajas que pueden ser atribuidas al concesionario: «Il s'agit d'abord d'avantages financiers, tels que des *subventions*, des *avances remboursables* ou encore des *garanties d'intérêt* pour les emprunts que le concessionnaire pourrait contracter».

(19) La Ley de 20 de febrero de 1850 autorizaba al Gobierno para otorgar concesiones provisionales de ferrocarriles, y *conceder a las Empresas la garantía de un mínimo de interés y amortización* (6 por 100, más 1 por 100 de amortización de los capitales invertidos o a invertir). Desde entonces los ejemplos de concesiones con garantía de interés son incontables.

(20) Es importante a propósito de las concesiones subvencionadas el artículo 12 de la Ley general sobre Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que hay que conectar con el artículo 44 del Reglamento de dicha Ley, de 24 de marzo de 1878.

manifiesto la supervivencia de los conceptos jurídicos ya existentes que no hacen sino añadir algunas notas marginales a las que ya les caracterizaban. También tiene importancia desde un punto de vista práctico esta simple cualificación de los conceptos ya existentes porque permite seguir utilizando toda la experiencia normativa y jurisprudencial que en torno a ellos se haya ido produciendo.

Llegados a este punto me parece oportuno aventurar la afirmación de que hay que relacionar el advenimiento de la noción de gestión interesada con la reacción que produce en el Derecho administrativo tradicional el considerable aumento de fines del Estado que la liquidación del Estado liberal lleva consigo (21). Ha señalado certeramente VILLAR PALASÍ cómo «el proceso expansivo de lo público al enfrentarse con los esquemas lógicos clásicos muestra la inadecuación de éstos para servirle de instrumentos y dar forma a las nuevas tareas estatales» (22). La innegable mutación de la realidad administrativa se une a la distinta consideración de los procedimientos jurídicos utilizados por la Administración (23). Todo este fenómeno de atribución a la Administración de nuevos fines produce un verdadero desconcierto en la sistemática del Derecho administrativo. La que antes fuera Administración abstencionista se prolonga ahora en una secuela interminable de entes públicos que desarrollan las más variadas actividades y que van a suscitar una problemática intensa, que no tiene todavía resuelta el Derecho administrativo actual. Pues bien, en esta situación de desbarajuste en que surgen nuevas actividades administrativas que se tratan de explicar a través de figuras jurídicas nuevas también, al menos en el campo del Derecho administrativo, no me parece demasiado extraño que se intente dar nacimiento a la gestión interesada como figura explicativa de una realidad que va alcanzando importancia. La creación de la gestión interesada como figura independiente encaja sin estridencias en una situación de renovación intensa del Derecho administrativo (24). Entre los concep-

(21) Sobre este punto me parece definitivo en nuestra doctrina el trabajo de VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA, págs. 53-129. A él me remito en su totalidad. Contiene, además, abundante bibliografía sobre el tema. Vid., recientemente, el libro de FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1959, donde recoge, entre otros, las partes más importantes de su fundamental trabajo *Die Verwaltung als Leistungsträger*, publicado originalmente en 1938.

(22) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial*, cit., pág. 58.

(23) *Ibidem*, pág. 71.

(24) PÉREZ DE AYALA, op. cit., págs. 247-248, señala que «la «régie intéressée»... es quizá la única institución totalmente nueva, entre la muy diversa flora a que la estatificación ha dado lugar».

tos de nueva utilización que a raíz de semejante renovación permanecen, nos encontramos con el de gestión interesada.

Adelantamos antes nuestras dudas sobre la virtualidad de este concepto. Veamos ahora cómo ha pretendido la doctrina sistematizarlo en relación con los diversos modos de gestión de los servicios públicos. Ello nos permitirá igualmente exponer las opiniones acerca de su naturaleza jurídica, así como señalar algunos supuestos reales que han sido calificados como de gestión interesada.

III

Señalábamos antes cómo los autores consideran la gestión interesada como un modo de gestión de los servicios públicos. En este sentido las opiniones son unánimes (25). Tal unanimidad se quiebra, en cambio, cuando se trata de precisar en qué consiste dicha figura. Ya apuntábamos antes la característica del pragmatismo de esta noción. Al configurar teóricamente los autores realidades jurídicas diferentes, la consecuencia lógica es que lleguen a resultados también diversos. Hay, pues, una falta de coincidencia en los puntos de partida que al tratar de conjuntar realidades tan diferentes entre sí no puede menos de abocar a resultados también diversos. Este es, como veremos, uno de los obstáculos más importantes que se oponen al concepto de gestión interesada.

Goza de gran predicamento la opinión de que la gestión interesada es una fórmula intermedia entre la gestión directa por la Administración, o administración directa, y la concesión. El hecho de que haya un empresario particular interpuesto para la realización del servicio evoca inmediatamente la forma concesional. En cambio, la posibilidad

(25) RIVERO, *Droit administratif*, París, 1960, pág. 422, afirma: «La concesión no es la única forma de gestión de un servicio por una persona privada, hay que distinguirla de... la gestión interesada en que el particular o gestor es remunerado, no por los beneficios del servicio, que van a la persona pública, sino por una cantidad calculada en función de la calidad de la gestión». Cfr. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., París, 1952, pág. 397; el mismo autor, *Droit administratif*, 7.^a ed., París, 1957, pág. 504; DE LAUBADÈRE, op. cit., pág. 577; BUTTCENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruselas, 1952, pág. 405; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho administrativo y de Ciencia de la administración*, I, 2.^a ed., Barcelona, 1930, pág. 378; ALBI, *El servicio público*, cit., pág. 669; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil*, cit., págs. 108 y 120; GARCÍA-TREVIANO, *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, en «Rev. de Estudios de la Vida Local», núm. 87, pág. 313; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, pág. 397; NIEVES, op. cit., págs. 61, 63 y *passim*.

de que sea la propia Administración quien deba pechar en definitiva con el resultado desfavorable de la gestión, que asuma los riesgos, en una palabra, hace pensar fácilmente que se trata en realidad de un caso de prestación de servicios públicos por administración directa. Pero, claro, estas dos últimas posiciones limitan considerablemente su campo de actuación y no aciertan a dar una explicación conjuntiva de la amplia gama de fenómenos de la vida real que pretenden calificarse como de gestión interesada. Sin embargo, debo decir que estas dos últimas posturas me parecen más exactas y más cercanas de la realidad, si bien dejan fuera de su ámbito una serie de supuestos que otros autores configuran como auténticos casos de gestión interesada (26).

Veamos ahora por separado, con cierto detenimiento, cuál es el contenido y significado de estas tres posiciones. Habremos de referirnos igualmente a otro intento de explicación de la gestión interesada que no encaja dentro de estas tres posiciones, pero que es igualmente útil considerar.

1. *La gestión interesada como un caso de administración directa.*

Señalábamos cómo la expresión gestión interesada no es sino traducción de la francesa *régie intéressée*. Es éste uno de tantos casos en que nuestra doctrina jurídica es tributaria de la doctrina vigente allende los Pirineos. Este fenómeno de recepción de técnicas jurídicas (27), que se manifiesta en una doble dirección, ya que en unos casos tal influencia obra en la configuración misma de las instituciones, mientras en otros se limita a la interpretación de los hechos ya existentes, exige, como su

(26) Los autores que adoptan estas dos últimas posturas están examinando auténticos casos de concesión o de administración directa. Su defecto es que con su explicación no aciertan a dar una solución satisfactoria, válida para todos los casos propuestos de gestión interesada. Son posiciones exactas, aunque limitadas. En cambio, los autores que propugnan una solución intermedia entre ambas figuras, ni aprovechan la plenitud que ambas figuras presentan, ni aciertan a explicar de manera convincente en qué consiste esa especial figura intermedia. Sobre esto insisto inmediatamente en el texto.

(27) Es éste, sin duda, un fenómeno universal en el mundo del Derecho. En este sentido, la Historia del Derecho en los distintos ordenamientos se podría configurar como la historia de la consolidación o decadencia de instituciones o concepciones que han sido importadas en un cierto momento. Toda técnica que supone un avance respecto de la anterior tiende a expandirse. En esto, el Derecho no sigue derroteros distintos de las demás disciplinas científicas. De ahí que en nuestro mundo, en el que de manera tan intensa ha aumentado la comunicabilidad social, tenga tanta importancia el proceso de igualación de las distintas técnicas utilizadas, que es fomentado, además, por el fenómeno de igualación de las necesidades sentidas. Hay que hacer aquí mención, sin duda, de la brillante formulación de Santi ROMANO de la *contagiosità del diritto*, que tan unánime confirmación tiene en nuestros días.

mismo nombre indica, una auténtica asimilación. Quiere esto decir que no es suficiente la introducción de ideas nuevas en un determinado Ordenamiento, sino que hace falta una auténtica consolidación. Tal consolidación lleva consigo, en la mayor parte de los casos, una evolución de la idea originaria, que se modifica al adaptarse a las nuevas situaciones. Piénsese, por ejemplo, como botón de muestra, en la especial configuración que adquiere en nuestro Ordenamiento la figura del Gobernador civil, que se establece inicialmente partiendo del modelo francés del Prefecto (28).

Pues bien, respecto de la gestión interesada hemos de decir que la introducción de tal concepto no llega a tener nunca una aceptación plena en nuestro derecho. Es algo que se presenta más bien como muestra de exposición de lo que en otra parte constituye una realidad. Es cierto que nuestros autores hablan de gestión interesada y que en ciertos casos pretenden dar una explicación de determinadas situaciones recurriendo a este concepto. Pero el hecho de que algunas, muy contadas, regulaciones de nuestro derecho se califiquen como de gestión interesada no legítima para proclamar una auténtica adaptación de tal figura en nuestro Ordenamiento. Ello lleva consigo dos consecuencias que hay que destacar. La primera de ellas es la poca importancia que nuestros tratadistas conceden a la noción de gestión interesada. Tal afirmación hay que enlazarla, desde luego, con lo que antes decíamos de la escasa virtualidad de este concepto en otros Ordenamientos. Pero también hubiera podido suceder que un concepto o práctica de escasa importancia allende nuestras fronteras alcanzara aquí madurez y desarrollo suficiente.

La segunda consecuencia es que las explicaciones que de la gestión interesada se ofrecen son, en muchos casos, subsidiarias de las construcciones de autores extranjeros.

Pero volvamos a nuestro punto de arranque. Decíamos que la expresión gestión interesada es tributaria de la correspondiente expresión francesa. Ahora bien, la institución que se designa en el Derecho público francés con el nombre de *régie*, representa el caso más característico de gestión de servicios públicos directamente por parte de la misma Administración. En este sentido son unánimes las opiniones, desde los grandes administrativistas franceses de principio de siglo hasta el re-

(28) Vid. sobre este punto GARCÍA DE ENTERRÍA, *La provincia en el régimen local español*, en *Problemas actuales de régimen local*, Sevilla, 1958; el mismo autor, *Prefectos y Gobernadores civiles. El problema de la Administración periférica en España*, en *La Administración española*, Madrid, 1961, págs. 83-118.

ciente manual de RIVERO. No es opinión que se discuta, sino que constituye más bien un dato que se acepta. En palabras de HAURIUO, constituye la *régie*, «le procédé normal de gestion des services publics», y según dicho autor, «le procédé de la régie se caracterise 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» (29). Estas palabras precisas nos describen lo que en el Derecho francés es la *régie* (30). Ahora bien, nótese que a nosotros nos interesa la caracterización de lo que la *régie intéressée* sea, y por eso lo primero que hay que hacer es determinar si los términos *régie* y *régie intéressée* responden, o no, a realidades substancialmente idénticas.

Si se piensa que la *régie intéressée* no es más que una mera variedad de la *régie*, que el adjetivo *intéressée* no hace más que añadir una mera calificación al sustantivo *régie*, es obvia la consecuencia de que la gestión interesada no es sino un caso de gestión directa de servicios públicos por parte de la Administración. Una serie de autores encabezados por HAURIUO piensan efectivamente que la *régie intéressée* no es más que una modalidad del procedimiento de gestión de servicios públicos que se denomina *régie* y que supone, como hemos visto, la actuación directa de la misma Administración.

Hablando el Decano de Toulouse de las formas de ejecución de las obras públicas nos ofrece una caracterización de la *régie intéressée* (31).

(29) HAURIUO, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5.ª ed., París, 1943, pág. 441. Cfr. MASPETIOL, *L'organisation municipale*, París, 1934, pág. 40; y recientemente, por todos, RIVERO, *Droit administratif*, cit., págs. 419, 420.

(30) La *régie* francesa, en cuanto especialidad organizativa, corresponde en nuestro Derecho a lo que la Ley de Régimen Local denomina «órgano especial de administración». Así, según el artículo 158 del texto refundido de 1955, podrán prestarse *por gestión directa, con o sin órgano especial de administración*, los servicios que sean objeto de municipalización conforme a lo previsto en los artículos 164 y siguientes.

(31) Debo señalar aquí la distinción que en cuanto actividad material presentan la gestión de servicios públicos y la ejecución de obras públicas. Puede explicarse así la afirmación de HAURIUO de que respecto a la gestión de servicios públicos sea lo normal la *régie*, esto es, la actuación directa de la Administración, que contrasta con el principio vigente, como regla general, en materia de ejecución de obras públicas, del contratista interpuesto. Sobre el significado de este último principio en nuestro Derecho, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en esta REVISTA, núm. 10, pág. 251. Aunque en muchos casos los servicios públicos precisen de las obras públicas, la distinción señalada conserva plenamente su vigor. En cambio, si la actuación concreta debe ser distinguida, no sucede lo mismo con los procedimientos formales de actuación que pueden ser utilizados indistintamente en un caso y en otro.

Señala concretamente HAURIUO (32) que las obras públicas pueden ser llevadas a cabo de tres maneras, «en *régie*, par *entreprise* ou *marché*, et enfin par *concession de travaux*». Respecto de la *régie* explica lo siguiente: «L'exécution en *régie* est le procédé qui présente le moins d'intérêt au point de vue juridique (33). Le travail est fait sous la direction de l'Administration elle-même. On distingue

1) L'exécution à la journée...

2) La *régie* simple...

3) La *régie* intéressée, où le directeur des travaux n'est pas un agent de l'Administration, est rétribué par une indemnité proportionnelle à la dépense ou par une participation dans les bénéfices, mais n'assume que des risques limités» (34).

Este texto de HAURIUO, dentro de su esquematicidad, es por demás expresivo. Es fácil deducir de lo que escribe, que *para él* la gestión interesada se circunscribe al ámbito de la ejecución de obras públicas y que lo único que individualiza a esta forma de ejecución de tales obras es que *el director* de ellas, que no es un agente de la Administración, está retribuido no por un sueldo o cantidad fija, sino de forma que varía según los casos, llegando incluso a asumir determinados riesgos. La particularidad se refiere, pues, sólo a la retribución de una concreta persona, de forma que sólo tangencialmente llega a afectar al conjunto de la obra. El personal auxiliar, el material, la organización, en definitiva, sigue siendo de la Administración. O sea, que prácticamente la obra pública es realizada por la Administración.

Resulta entonces que lo que HAURIUO considera como gestión interesada es un auténtico caso de realización directa por la Administración. Lo que sucede es que este esquema es demasiado estrecho para poder acoger los numerosos casos de actuación que otros autores califican también como de gestión interesada. Y entonces la unidad del concepto se quiebra *ab initio* por la estrechez de sus posibilidades. Hay,

(32) Op. cit., pág. 422.

(33) La contradicción que parece existir entre esta última afirmación y la antes recogida, de que la *régie* es el procedimiento normal de gestión de servicios públicos, hay que salvarla recurriendo a la distinción que antes aludía entre realización de obras públicas y gestión de servicios públicos. Vid. lo que digo expresamente en nota 31.

(34) En el mismo orden de ideas abunda BONNEAU, «Juris classeur administratif», fasc. 520, pág. 2, cuando afirma: «L'administration peut recourir à trois procédés pour assurer l'exécution des travaux publics. Elle peut tout d'abord exécuter elle-même le travail. C'est le procédé de la *régie*, qui est d'ailleurs susceptible de modalités diverses: *régie* simple ou *régie* intéressée selon que l'agent de l'administration qui dirige le travail est rémunéré par un traitement fixe ou par une rétribution proportionnelle à l'importance des travaux».

sí, en lo que HAURIUO configura como gestión interesada un elemento que presenta características similares en las construcciones de otros autores: la variabilidad de la remuneración. Precisamente va a ser este elemento el único punto de contacto entre las distintas teorías sobre la gestión interesada. Y va a ser este punto tan concreto y limitado el que sirva de base en el intento de hermanar y aglutinar figuras que presentan entre sí diferencias realmente notables. Pero sobre esto hemos de insistir más adelante cuando comparemos las distintas concepciones formuladas sobre la gestión interesada. Bástenos ahora con puntualizar la posición de HAURIUO: de una parte, lógica jurídica intachable; de otra, estrechez del concepto, que deja margen a muy pocas posibilidades. La verdad es que el mismo HAURIUO es ajeno a esta segunda consecuencia. El no se ocupa del tema más que de pasada, y para él esa modalidad de la gestión directa que es la *régie intéressée* se circunscribe sólo a esos casos. La insuficiencia del concepto se pone de manifiesto, nada más, cuando se comparan figuras que bautizadas con una misma denominación presentan, junto a algún elemento común, otros muchos muy diversos (35).

En nuestra patria ALBI ha sostenido reiteradamente (36) que la gestión interesada, que él denomina por eso administración interesada (37), no es sino una variante no cualificada de la *régie francesa* y que constituye por ello un auténtico caso de gestión directa de servicios públicos por parte de la Administración. Es cierto que la primitiva posición de

(35) No deja de ser interesante el que ALBI, que, como seguidamente decimos en el texto, puede ser englobado, respecto a este punto, en el mismo grupo de HAURIUO, afirme de manera expresa, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, 1960, pág. 726: «Ahora bien, la institución bosquejada por WATRIN y NIEVES no es en realidad la *régie intéressée* de la doctrina clásica francesa, sino una modalidad híbrida, de las muchas que pueden configurarse en torno a los sistemas básicos de gestión» Compárese esta afirmación de ALBI con lo que dice WALINE, *Droit adm.*, 7.ª ed., citada, pág. 504, al contrastar la gestión interesada con la *régie*: en la *régie intéressée* «comme dans la concession de service public il s'agit de faire fonctionner un service que l'administration ne veut pas exploiter elle-même; elle veut en confier l'exploitation à un tiers, mais ne veut pas qu'il soit un concessionnaire».

(36) En su trabajo *El servicio público municipal*, cit., publicado en 1947, se detiene con cierta amplitud en la consideración de lo que él denomina «administración interesada» (págs. 669 y sigs.); recientemente, en su *Tratado*, cit., pág. 726.

(37) Adoptan también la expresión «administración interesada»: GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, I, 7.ª ed., por MARTÍNEZ USEROS, Madrid, 1959, pág. 282 y siguientes, si bien habla también de *gestión* interesada; FERNÁNDEZ DE VELASCO, op. cit., página 378; MARTÍNEZ ABARCA, *La colaboración particular y la crisis de la noción clásica del servicio público*, en «Anales de la Universidad de Murcia. Derecho», vol. XVI, pág. D-104.

este autor arranca, en parte, de un error de traducción (38), pero posteriormente, y en páginas del todo recientes, insiste sobre esta misma idea (39).

2. *La gestión interesada como concesión.*

Para considerar la gestión interesada como una concesión hay que situarse en el polo opuesto de la concepción anterior. Y así, si los autores que hablan de la gestión interesada como de un caso de administración directa suponen que se está en todo caso ante una actuación de la Administración pública, los autores que consideran a la gestión interesada como una concesión parten inicialmente, por el contrario, de la actuación de un particular, que cómo tal particular, si bien con ciertas especialidades, está llevando a cabo la realización de auténticos servicios públicos. Precisamente la nota más característica de la concesión de servicios públicos es la de aunar la realización de una función que es pública con el hecho de que quien tal realiza es un sujeto privado que no pierde por ello tal carácter (40). Me basta aquí ahora con remitirme simplemente a la doctrina general sobre la concesión. Quiero sólo destacar las grandes diferencias existentes entre el hecho de que sea la Administración quien actúe directamente y el supuesto de actuación por concesionario, diferencias que no se borran aunque a éste se le exi-

(38) Escribe ALBI textualmente, *El servicio público*, cit., pág. 669: «Como afirma MASPETIOL (*L'organization municipale*, París, 1934, pág. 40), la *régie* interesada «no constituye un establecimiento público, una persona moral independiente y distinta del Municipio...» Pero MASPETIOL no habla para nada en el lugar citado de la *régie intéressée*. Lo que afirma es simplemente que «la *régie* municipal ne constitue pas un établissement public, une personne moral indépendant et distincte de la commune». Como se ve, el autor citado no habla sino de la «*régie municipale*», que nada tiene que ver, para lo que aquí interesa, con la gestión interesada. De ahí que no sirva la cita de MASPETIOL para sostener la indiferenciación de la gestión interesada respecto de la actuación directa del Municipio. Por su parte, señala GARCÍA OVIEDO, op. cit., pág. 383, que «la Administración interesada no da lugar a un establecimiento público o personalidad independiente de la entidad a que pertenece el servicio».

(39) Afirma expresamente en su *Tratado*, cit., pág. 726, refiriéndose a la gestión interesada, «la *régie* entraña en todo caso... la actuación directa de la Administración, de la cual el gestor—funcionario o no—sólo puede ser, por tanto, un simple auxiliar».

(40) En este sentido es definitivo el trabajo de ZANOBINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, publicado en 1920 y recogido ahora en sus «*Scritti vari di Diritto Pubblico*», Milán, 1955, págs. 87 a 125, donde completa su precedente colaboración al vol. II, parte 3.^a del *Trattato* de ORLANDO. Vid., por todos, GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, cit., página 49, para quien «el concesionario no es un industrial cualquiera, porque su actividad está totalmente regulada por la Ley... Pero es un particular, persona física o jurídica, que podrá tener privilegios excepcionales (expropiación, exenciones fiscales...), pero privilegios que le vienen en razón a la actividad ejercida y no a la persona ejerciente».

jan. como es normal, una serie de requisitos y aunque haya siempre la posibilidad de un control por parte de la Administración.

Señalaba antes que es general la consideración de la *régie intéressée* como institución directamente relacionada con la gestión de servicios públicos. Debo ahora decir que, prescindiendo de la ulterior calificación como concesión, son muchos los autores que estudian o se refieren a la gestión interesada al hablar de los modos indirectos de prestación de servicios públicos, es decir, aquellos casos en que el servicio es realizado por un sujeto particular como tal (41). La explicación de ello es bien sencilla. Quiere esto decir que si los autores que hablaban inicialmente de la gestión interesada se estaban refiriendo a auténticos casos de intervención directa de la Administración, los autores algo posteriores, por el contrario, califican como gestión interesada situaciones en que es manifiesta la actuación de un sujeto privado como tal.

Hemos visto en el apartado anterior cómo las especialidades que en cuanto a la remuneración suponía la gestión interesada no decidían a los autores a calificarla como una figura autónoma e independiente, sino que la reconducían a una variedad del procedimiento de gestión directa denominada *régie*. Pues algo muy parecido sucede con respecto a la concesión. Los autores se tropiezan, desde luego, con una serie de particularidades que se manifiestan también a la hora de articular la forma de remuneración del sujeto particular que se hace cargo de la gestión del servicio público. Entonces hay quien, como veremos en el siguiente epígrafe, trata de configurar a la gestión interesada como figura que supera a la concesión y que por tanto es diferente de ella. Pero hay también otros autores para quienes la gestión interesada no es sino un caso de concesión. Algunos llegan a esta conclusión de manera directa y expresa. Tal es, por ejemplo, el caso de WATRIN (42) o de GARCÍA OVIEDO (43), que afirman que la gestión interesada no es sino una forma de concesión. Pero hay también otros autores cuya postura no es tan radical y definida, esto es, no afirman de manera directa que la gestión interesada es una auténtica concesión, y, sin embargo, vienen a reconocer también, implícitamente, la conexión existente entre concesión y ges-

(41) Cfr. BOUCHET, op. cit., pág. 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil*, cit., págs. 108 y 120; GARCÍA-TREVIJANO, *Principios sobre los contratos*, cit., página 313; GARRIDO FALLA, op. cit., pág. 379, la considera como un caso de gestión mixta.

(42) *L'administration de la IIIème. République*, Beyrouth, 1944 (no he podido consultar esta obra; me remito por ello a la cita de NIEVES, op. cit., pág. 66).

(43) Op. cit., págs. 384-385. Afirma expresamente GARCÍA OVIEDO que sigue en este punto la opinión de WALINE.

tión interesada. Tal sucede, sin duda alguna, con las posiciones mantenidas por WALINE en Francia y por NIEVES en nuestra patria. Lo más característico del caso es que son estos dos autores quienes con mayor atención se han ocupado en el estudio de la gestión interesada. En realidad, ambos empiezan distinguiendo la gestión interesada de la concesión al intentar dar una explicación autónoma de lo que aquélla significa. Sin embargo, ambos llegan a un punto en que tienen que reconocer la dificultad de distinguir ciertos tipos de concesión de la gestión interesada, así como la existencia de una zona límite en que no se sabe realmente si se trata de una concesión o de una gestión interesada. NIEVES, que afirma luego expresamente la diferenciación de ambas figuras, reconoce antes que «si podemos considerar a la concesión como una institución pura, la gestión interesada será una *concesión condicionada*» (44). Y aunque dicho autor hace notar que utiliza este término no con un criterio rigorista, sino con un significado sólo aproximativo, lo cierto es que toda concesión es condicionada, en el sentido de que el concesionario tiene que aceptar lo que se denomina precisamente pliego de condiciones, que viene a matizar las características de la concesión en cuestión y que puede diferir profundamente de unos casos a otros (45).

El mismo WALINE, que reconoce incluso en su trabajo dedicado a la gestión interesada que «les auteurs de Droit administratif se sont en general montrés fort discrets sur la distinction de la concession et la

(44) Op. cit., pág. 66. y afirma luego que: «en efecto, la concesión con garantía de interés parece ser la línea divisoria entre la concesión y la gestión interesada, por lo que el criterio diferenciador será necesariamente sutil» (pág. cit., nota 25). Algo más adelante escribe: «Aun dadas las diferencias que las separan, existe una asimilación fundamental entre una y otra institución..., por lo que, en defecto de las normas propias de la gestión interesada, se podrán aplicar las de la concesión en general; pero no con carácter total, sino sólo en cuanto lo permita la razón de semejanza de ambas figuras jurídicas» (pág. 76). «Tal vez pueda parecer que la indudable analogía de ambas instituciones no justifica su separación conceptual; pero la asunción por la Administración del riesgo de explotación, en definitiva, impide la total equiparación» (pág. 67, nota 26). Ahora bien, creo sinceramente, y la práctica se ha encargado de ponerlo de manifiesto, que esta última razón no tiene una validez general. La figura de la concesión con garantía de interés es aquí determinante. Precisamente las críticas más importantes que a esta figura se han dirigido insisten con gran fuerza en el hecho de que la cláusula de garantía de interés transfiere el riesgo de la explotación del concesionario a la Administración garante.

(45) Sobre la naturaleza de los pliegos de condiciones en las concesiones, VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, en «Nueva Enciclopedia jurídica», IV, Barcelona, 1952, pág. 707 y *passim*.

régie intéressée) (46), no llega a lograr establecer una distinción satisfactoria. Con posterioridad, ha escrito resueltamente que si en apariencia es fácil distinguir ambas figuras, existen en la realidad una serie de matices intermedios que hacen difícil en muchos casos distinguir cuándo se da una concesión o cuándo una *régie intéressée*. En todo caso el elemento determinante se ha de encontrar en «les clauses contractuelles réglant le partage des bénéfices» (47).

Pues bien, nos encontramos nuevamente con que a la hora de calificar una presunta gestión interesada se concede gran importancia a la concreta articulación de la forma de remuneración. Los demás elementos serán comunes a los correspondientes elementos de la concesión. Recordemos aquí lo que NIEVES decía respecto al posible trasplante de regulación. Únicamente hay algo diverso, algo especial, en la configuración de las cláusulas financieras.

Es curioso señalar que estamos ahora ante una situación del todo similar a la que se presentaba al final del epígrafe anterior. Igual que antes, los autores que hablan de gestión interesada están pensando en unas realidades concretas. Al igual que antes, tratan de encuadrar esas realidades en una figura ya conocida y depurada, que ahora es la concesión como antes fuera la administración directa. Hay también, prácticamente, una identidad substancial de la gestión interesada con esa figura consagrada, con sólo algunas divergencias referentes a la forma de remuneración, que la constituyen todo lo más en una variedad, pero que en definitiva no presentan mayores divergencias. Y lo mismo que antes, esta figura cuadra perfectamente para determinadas realidades que se pueden calificar bien como de concesión, pero inevitablemente quedan fuera otros supuestos que autores diferentes califican también como gestión interesada. Por de pronto, y en justa reciprocidad, quedan

(46) WALINE, *La notion*, cit., pág. 337, y añade a continuación: «certains ne mentionnent même pas cette dernière (la *régie intéressée*), tandis que la presque totalité des autres se contentent d'en indiquer l'existence, mais sans rechercher un criterium permettant de la distinguer de la concession».

(47) Dice exactamente WALINE, *Droit administratif*, 7.^a ed., cit., pág. 504: «En apparence, ce contrat (*régie intéressée*) est facile à distinguer de la concession de service public. Mais, en fait, il y a des nuances intermédiaires entre l'un et l'autre, selon les clauses contractuelles réglant le partage des bénéfices. La concession de service public, en effet, si elle comporte fréquemment des clauses de garantie d'intérêt, contient aussi souvent, et en contrepartie, des clauses de partage des bénéfices, ou du moins des super-bénéfices, c'est-à-dire de la part des bénéfices que dépasse un certain seuil indiqué au contrat, de sorte que la concession de service public réalise en fait assez souvent une véritable association financière du concédant et du concessionnaire, et elle se rapproche alors d'une *régie intéressée*».

fuera de la gestión interesada-concesión todos los supuestos de gestión interesada-gestión directa por parte de la Administración. La situación es, pues, similar a la anterior, sólo que de signo contrario. Y ello es profundamente significativo. Pero antes de extendernos en el desarrollo de las conclusiones que se pueden extraer es menester que consideremos las demás concepciones que sobre la gestión interesada se han formulado.

3. *La gestión interesada como figura autónoma.*

Hemos visto hasta ahora los dos extremos que limitan el campo de actuación en que nos movemos. La gestión directa y la concesión son formas opuestas de la gestión de servicios públicos, pero no son formas exclusivas, sino que admiten otras variedades. Vamos a ver ahora a qué otras figuras se ha recurrido para calificar y sistematizar la forma de gestión que se denomina gestión interesada.

a) Hay que referirse, en primer lugar, a los autores que consideran que la gestión interesada es una forma autónoma de gestión de servicios públicos intermedia entre la gestión directa y la concesión.

La administración directa era realmente insuficiente para ciertas formas de actuación, concretamente respecto a los servicios de carácter industrial, ya que no ofrecía las garantías necesarias para el buen funcionamiento del servicio, al mismo tiempo que exigía una intervención de los órganos administrativos que no era fácilmente admitida dada la mentalidad de la época. Pero tampoco un concepto rígido de concesión cuadraba adecuadamente para este tipo de actividades. El caso es que la práctica ofrecía formas de actuación que presentaban puntos comunes con la gestión directa por la Administración y la concesión. Entonces, para explicar estas situaciones se da entrada al concepto de *régie intéressée*, que se concibe, de una forma un tanto vaga y no demasiado científica, como una figura intermedia entre la concesión y la administración directa. BONNARD explica cómo respecto a los servicios municipales de carácter industrial y comercial la doctrina del Consejo de Estado era, por la segunda década de este siglo, totalmente contraria a la municipalización y exigía que fueran organizados en concesión. Tenemos aquí una nueva manifestación del principio del concesionario interpuesto para la prestación de servicios públicos, a que antes me he referido y que en épocas pasadas tuvo una vigencia realmente amplia. Pues bien, escribe expresamente el citado autor: «... cependant, si les autorités du contrôle administratif refusent d'admettre, à la suite des avis du Conseil

d'État, la régie simple, elles ont tempéré cette rigueur en acceptant la régie intéressée» (48).

Debemos aquí recordar lo que antes decía respecto al impacto que la admisión de nuevas formas de actuación administrativa produce sobre la técnica jurídico-administrativa. En el caso a que aquí nos referimos se pretenden explicar estas nuevas formas de actuación que no encuentran calificación adecuada en las formas hasta entonces conocidas, recurriendo al concepto nuevo de gestión interesada que se configura vagamente como una figura intermedia entre la concesión y la administración directa. Tal concepción intermedia encuentra apoyo, desde luego, en el hecho de que intervienen conjuntamente, por lo que a los elementos formales de la nueva figura respecta, un sujeto privado y un órgano administrativo. Pero además, la finalidad que se pretende conseguir es también, en cierto sentido, equidistante de la pretendida con la actuación del concesionario y con la actuación directa de la Administra-

(48) BONNARD, op. cit., págs. 357-358. BUTTENBACH, op. cit., pág. 405, hablando de la evolución de la concesión, escribe: «Il y a longtemps aussi qu'on a souligné la tendance qu'ont les pouvoirs publics à monnayer les avantages qu'ils accordent aux concessionnaires en se réservant des redevances, fixes ou proportionnelles, au de quote-parts, fixes ou progressives, dans les rettes brutes ou nettes d'exploitation», y cita en su apoyo a HÉRIOU, MACAR, PERROT, SEGERS y MARIONE. Por su parte, BOUCHET, op. cit., señala cómo los grandes servicios públicos industriales de la Villa de París y del Departamento del Sena fueron convertidos en gestiones interesadas a raíz de la primera guerra mundial a causa de la inestabilidad de las nuevas condiciones económicas (pág. 12). Esta nueva fórmula no tuvo, sin embargo, larga duración, ya que por una serie de convenciones que se firman en 1929 se vuelve al sistema concesional. Estas convenciones de 1929 se refieren a la explotación de los ferrocarriles parisinos que constituían, sin duda, los más importantes servicios públicos de carácter industrial. Por cuanto se refieren a las razones que justifican este cambio de configuración, son ciertamente interesantes las palabras que pronunciara el *Rapporteur général du budget* ante el Consejo municipal, en el curso de la discusión de tales convenciones: «Pour ce qui concerne les propositions que l'Administration sera amenée à nous faire pour les conventions nouvelles, elle tiendra, j'imagine, à s'orienter vers des formules de concession plutôt que vers les formules de régie intéressée sur lesquelles nous avons vécu depuis 1919. Ces formules de régie intéressée se comprennaient au lendemain de la guerre, quand il s'agissait d'achever la liquidation de ce que nous avons appelé le comptes de guerre, et qui ne pouvait se faire que par le recours à des systèmes hybrides de concession que nous avons baptisés régies intéressées, systèmes défendables en théorie, mais dont la pratique a révélé les dangers». Las palabras que yo he subrayado son bien significativas por cuanto en el texto venimos indicando y por cuanto más adelante decimos. Señala también BOUCHET cómo estas preocupaciones de las autoridades parisinas habían encontrado reflejo en la doctrina del Consejo de Estado que por aquellas fechas se había expresado en los siguientes términos: «Le Conseil d'Etat n'a cessé de signaler les vices de types de conventions qui se sont généralisées dans les grandes entreprises d'intérêt local et qui, sous des vocables divers, constituent des quasi-régies plus ou moins désintéressées» (págs. 57 a 71). Me interesa destacar estas palabras, así como las antes transcritas del *rapporteur général*, ya que son realmente definitivas para la tesis que con este trabajo intento demostrar.

ción. Podemos perfectamente repetir de este nuevo concepto que se intenta, la calificación certera de BONNARD (49) respecto de otra forma nueva de colaboración entre Administración y particulares para la prestación de servicios de interés público, la sociedad de economía mixta, cuando decía, «elle prétend ainsi éviter l'egoïsme du capitalisme privé et la stérilité de l'étatisme». Precisamente se recurre a la gestión interesada como explicación de situaciones que tratan de eliminar los defectos más notorios, tanto de carácter técnico como económico, que la concesión y la gestión directa presentaban. Ello es bien claro en el caso de las convenciones establecidas a raíz de la primera guerra mundial a propósito de los ferrocarriles franceses o del Metro de París (50).

Se trata, pues, de una fórmula de confluencia entre las posibilidades que los dos sistemas opuestos presentan. Esta fórmula de confluencia en cuanto a los motivos, unido a la posición intermedia que en cuanto a la forma presenta esta figura, explica el que la posición que ahora examinamos haya tenido bastante aceptación. MACAR (51) señala que la Administración interesada constituye un procedimiento intermedio entre la administración directa y la concesión: la gestión es compartida entre el Poder público y un gestor que se encarga de la explotación. En el mismo sentido hay que recordar las opiniones de FÉLIX (52) y FERNÁNDEZ DE VELASCO (53); también ALBI acepta en ocasiones y en parte el criterio ya señalado de MACAR (54).

Ahora bien, estos autores no se detienen a considerar en qué consiste esta figura intermedia y su calificación se queda en lo puramente aproximativo. El señalar que se dan notas comunes a la concesión y a la administración directa no autoriza realmente, sin más, a hablar de una figura intermedia. Es cierto que hablando en un plano general no

(49) Op. cit., pág. 355.

(50) Vid. BOUCHET, op. cit., pág. 51 y sigs.

(51) *Les Institutions communales de la Belgique*, Lieja y Bruselas, 1932. cit. por ALBI, *El servicio público*, cit., pág. 669.

(52) *Les entreprises ou services municipaux et intermunicipaux de nature mixte en France*, en «L'Administration locale», núm. 53, citado por ALBI, op. cit., pág. 670.

(53) Op. cit., págs. 378-379. Dice concretamente este autor: «Hasta aquí los dos sistemas extremos han consistido en adoptar la forma del sistema de *administración directa*, o sea, en que la Administración misma se convertía en empresa, y el sistema de *concesión*. Mas entre ambos pueden considerarse otros dos, que son los siguientes: 1) el sistema de la administración interesada, en la cual la entidad pública mantiene la administración de la empresa y fija libremente las tarifas, cargando con los riesgos, y disfrutando de los beneficios; pero confiando la explotación a un individuo o sociedad a quien se remunera mediante una indemnización proporcional al gasto, o por una participación en los beneficios; 2) sistema de arrendamiento...»

(54) *El servicio público*, cit., pág. 669.

todo se reduce a dos categorías extremas y opuestas, sino que cabe, en la mayoría de los casos, la existencia de un tercer género. Pero también es cierto que no siempre que se dan situaciones un tanto oscuras en que se entremezclan elementos de las figuras opuestas, se puede hablar sin más de un tercer género. Entre el blanco y el negro está, sin duda, el gris, pero no se puede decir que la mezcla de agua y vino sea una sustancia nueva. Los autores que encabezan la posición que ahora critico no aciertan a señalar cuáles puedan ser los criterios distintivos de este concepto, y ello es ya bien significativo. Pero es que además se pueden repetir aquí las críticas que a las dos posiciones anteriores hicimos. Los supuestos señalados como de gestión interesada en que se está claramente ante una concesión o ante una administración directa no tienen aquí cabida adecuada y exacta. Estamos, pues, ante un dilema ninguna de cuyas posibilidades nos sirve: o se admite este tercer género de manera precisa y concreta, y entonces quedan fuera los casos de concesión y gestión directa, o bien se habla de este tercer género de forma vaga e imprecisa, con amplitud para posibilidades muy diversas, y entonces la unidad y personalidad del concepto se quiebra y su utilidad desaparece.

b) Del resto de concepciones que sobre la gestión interesada se han aventurado (55) me parece digna de atención la de GARCÍA-TREVIJANO. Después de considerar este autor que la *régie intéressée* plantea una posición interesante en la figura del gestor, señala que «todos los intentos de reconducir la gestión interesada a forma ya conocidas resultan estériles, por tratarse de una figura a se no parangonable a otra, perteneciente al Derecho público, y aplicable tanto a éste como al privado: aplicable a la actividad económica en general» (56). Me parece perfectamente admisible el extenso campo de aplicación que se atribuye a esta figura. Desde luego en el amplio campo de la actividad económica vemos que se producen efectos similares a los que se intentan explicar con el concepto de gestión interesada. Sobre este punto insisto más adelante al tratar de encontrar una explicación a la producción de estos efectos. En este sentido, la idea de GARCÍA-TREVIJANO me parece suma-

(55) Escribe MARTÍNEZ-ABARCA, op. cit., págs. D-104 y D-105: «Quizá la institución que en Derecho privado más se asemeje a la administración interesada sea la *aparcería*. En ella se dan las dos notas fundamentales de gestión de empresa ajena y participación en los beneficios. Pero, sin embargo, la opinión prevalente considera afecta la *aparcería* a las normas del contrato de sociedad y no es posible admitir la existencia de una sociedad entre el gestor interesado y la Administración. En realidad, la administración interesada es una *forma especial* de adscripción de un particular a una función pública».

(56) *Aspectos de la Administración económica*, cit., pág. 55.

mente aprovechable. Con lo que ya no estoy de acuerdo es con que la gestión interesada constituya una figura *a se*, no parangonable a otra. Poco más arriba hemos visto precisamente la inutilidad de los esfuerzos de la doctrina por lograr un concepto unitario que explique de manera satisfactoria la producción de estos efectos, y la afirmación de GARCÍA-TREVIJANO no nos saca de las dudas que tal problema plantea.

IV

Llegados a este punto salta a la vista una conclusión que me parece definitiva: la gestión interesada no es un concepto unitario que nos dé idea de una realidad común y general. Por el contrario, con el nombre de gestión interesada se engloban una serie de figuras que, si bien presentan algunas características comunes, no tienen fuerza aglutinante suficiente ante las diferencias realmente existentes entre ellas. Ello hace que lo que se intentaba presentar como figura unitaria y de validez general se quiebre irremediablemente ante las profundas diferencias que se producen entre las figuras que se tratan de reunir. De ahí que no se puede consagrar como concepto unitario el de gestión interesada. Hemos visto los intentos de la doctrina para lograr construir el concepto de gestión interesada, y la consecuencia constante que de ello hemos podido sacar ha sido la de la limitada validez de cada intento. Construir la gestión interesada como una forma de gestión directa de servicios públicos por parte de la Administración suponía dejar fuera de su ámbito a los numerosos casos que se califican como de gestión interesada y que suponen indudablemente una prestación indirecta de esos servicios mediante la intervención de un sujeto privado como tal. De igual manera al pretender calificar a la gestión interesada como de concesión quedan fuera irremediablemente, por lo menos, los casos de actuación directa de la Administración. Pero tampoco sirve la pretendida solución de considerarla como una figura intermedia. El resultado es que en cada caso quedan fuera numerosas situaciones que otros autores califican de gestión interesada. Estamos, pues, ante una especie de laberinto sin salida posible. Lo cierto es que con el nombre de gestión interesada se vienen denominando instituciones muy diversas que es imposible reconducir a unidad. Porque ya vimos que si se quiere hacer un abstracto término medio, la solución es que ninguna de ellas encaja adecuadamente. Si, por el contrario, como ha sido la solución más normal, se pretende configurar este concepto pensando en unas realidades concretas, se llega, sí,

a una calificación que es exacta, pero exacta sólo en cuanto se permanece en el ámbito concreto que se ha tomado como base de estudio. De ahí que esta solución tampoco sirva, pues no tiene una validez general y cada uno de los diversos grupos quiere tener efectivamente razón.

Ante tal perspectiva se ofrecen, a mi entender, dos posibles soluciones. La primera de ellas consistiría en determinar convencionalmente cuál de los diversos grupos que pretenden la denominación se va a llamar y a considerar en adelante como forma estricta, pero exacta, unitaria y excluyente, de gestión interesada. Y así, gestión interesada sería sólo la primitiva gestión interesada-gestión directa. O sólo la gestión interesada que tiene como base una concesión. O la que fuere. Sin embargo, me parece que esta solución no tiene ninguna utilidad, y ello por una serie de razones:

1.ª Prácticamente esto es lo que han intentado los diversos autores al tratar de configurar parcialmente la gestión interesada y ello no ha conducido a ningún resultado positivo.

2.ª Haría falta para ello un acontecimiento jurídico de cierta fuerza que no es fácil que se produzca, dado el interés relativamente escaso que lo que se viene denominando gestión interesada presenta en la gestión real de servicios públicos. Sobre qué signifique esta expresión ciertamente vaga de «un acontecimiento jurídico de cierta fuerza», quiero aclarar que pretendo referirme con ello a cualquiera de las actuaciones que en el mundo jurídico puede tener influencia decisiva sobre la realidad concreta. Así, tal determinación previa podría tener lugar por una consagración legal, o por una insistencia jurisprudencial o bien por una unanimidad doctrinal. Pero ya digo que cualquiera de estas posibilidades me parece muy poco probable.

Entonces sólo queda como única posibilidad, a mi entender, la segunda de las dos soluciones que anunciaba. Se trata, eso sí, de una solución un tanto radical, pero que estimo justa y correcta. Se trata, en definitiva, de prescindir del concepto de gestión interesada. Como hemos visto no es concepto que haya tenido importancia grande ni en la práctica administrativa, ni en las leyes, ni en la jurisprudencia y ni siquiera en la doctrina. Por ello no ha de ser muy difícil el que se lleve a cabo la solución que se propone. Sin embargo, aun siendo importante, el grado de mayor o menor importancia no es criterio que por sí solo justifique una solución de este tipo. Lo que es realmente determinante es la inutilidad actual de este concepto. Ya hemos visto cómo es un concepto equívoco por cuanto tras él se engloban una serie de realidades que presentan grandes diferencias. Vimos también la inuti-

lidad de los esfuerzos de la doctrina—la jurisprudencia apenas se ha ocupado de él—por llegar a una concepción unitaria y general.

Y sin embargo, hemos señalado, a lo largo de nuestro examen de las distintas posiciones, que en los casos que los autores califican como de gestión interesada, junto a la diversidad de notas que imposibilitan un concepto unitario, se da también un punto de coincidencia que hubiera podido ser la única salida posible para consolidar un concepto estabilizado. Los diversos casos que son calificados como de gestión interesada presentan todos la característica común de ofrecer ciertas especialidades a la hora concreta de articular la forma de remuneración del gestor (57). No deja de ser significativo el que las figuras que se denominan con las tantas veces repetida expresión de gestión interesada—un sustantivo y un adjetivo—difieran radicalmente en lo que al sustantivo se refiere—una concesión, o un caso de administración directa, o un arrendamiento de servicios—y coincidan, en cambio, de manera unánime en lo que al adjetivo respecta. Todos esos casos tan diversos de gestión coinciden, en efecto, en que presentan una forma de remuneración que es realmente *interesada*. Es este interesamiento, esta forma de gran agilidad al articular la contraprestación económica del gestor, la característica común de los diversos supuestos que se han catalogado con el rótulo de gestión interesada. ¿Qué quiere decir esto? Por de pronto ya hemos señalado que la falta de coincidencia en *lo sustantivo* nos impide aceptar un concepto unitario que pueda abarcar las distintas figuras. Pero el mismo afán científico que nos lleva a aceptar esa primera consecuencia nos obliga a intentar resolver el interrogante que plantea la coincidencia que esas figuras presentan en *lo adjetivo*. Porque precisamente lo más significativo de todas esas formas de gestión es que junto a la diversidad formal que todas ellas presentan, coinciden, sin embargo, en este punto, que es bien interesante.

¿A qué responden todas estas formas comunes de interesamiento? ¿Cuál es su estructura? ¿Cómo se conectan con la figura o institución que vienen a cualificar? Todos estos interrogantes presentan gran interés y creo sinceramente que si logramos resolverlos estamos resolviendo directamente la problemática que ha preocupado a los autores que han estudiado la gestión interesada. O dicho con otras palabras: estas for-

(57) En el *Nuovo Digesto Italiano*, IX, 1939, pág. 102. después de ver las características de la *régie* ordinaria, se dice: «La regia cointeresata invece si ha, quando alla direzione dell'azienda è proposta una persona (in senso giuridico) retributa in proporzione alli utili che l'azienda stessa produce». Debo remitirne aquí a lo que al examinar cada una de las distintas posiciones se ha ido diciendo.

mas de gestión de servicios públicos que presentan tantas diferencias aparecen, sin embargo, como ofreciendo una problemática común. Me parece perfectamente legítimo ver en qué consiste tal problemática y tratar de resolverla, pero para ello es, sin duda, mucho más conveniente cambiar el enfoque y el punto de partida. Se impone, pues, un cambio de perspectiva, una mutación de la técnica de juego, un llevar la guerra a otro terreno, teniendo en cuenta que una variación de este tipo nos ayuda considerablemente para lograr nuestro objetivo. Pues bien, este cambio de juego consiste, de forma principal, en la distinción que antes apuntaba. En los pretendidos casos de gestión interesada hay que separar radicalmente la concreta forma de gestión de las características que se articulan respecto a la remuneración. La *gestión* varía, es diversa; *el interesamiento* es común y se puede ofrecer, en cambio, en formas de gestión muy variadas.

El interesamiento consiste, en líneas generales, en que la remuneración de un sujeto privado que se encarga de llevar a cabo servicios públicos, se calcula de forma que no es fija, sino que depende de determinadas variantes que tienden, en todo caso, a que dicho sujeto se interese por el buen funcionamiento del servicio y que supone, en determinados casos, una responsabilidad para la propia Administración pública. Esto no se da nunca, por ejemplo, en lo que GARCÍA-TREVIJANO ha denominado, siguiendo a la doctrina extranjera, funciones públicas en contraste a los llamados servicios públicos (58). Pues bien, la consecuencia más importante de la distinción que aquí propongo, consecuencia que por otro lado es totalmente obvia, es la compatibilidad de estas formas de interesamiento con una concesión de servicios públicos, o con un contrato de arrendamiento de servicios, o con un caso de administración directa de servicios públicos: en definitiva, compatibilidad, como regla general, con las diversas formas de gestión de servicios públicos; la gestión interesada no existe. Habrá, eso sí, formas de interesamiento de un particular con la Administración, en una sociedad de economía mixta (59), o en una concesión, o donde sea. Precisamente lo característico de estas formas de interesamiento es que no llegan a alterar la naturaleza jurídica de los diversos modos de gestión de servi-

(58) GARCÍA-TREVIJANO, *Principios sobre los contratos*, cit., pág. 313: «El artículo 43 del Reglamento de Servicios habla de servicios que supongan autoridad; estas funciones no pueden ser gestionadas indirectamente a través de concesiones, de gestiones interesadas, de arrendamientos, etc.».

(59) GIRÓN TENA, *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, pág. 31. señala cómo hay que distinguir la sociedad de economía mixta de la gestión interesada.

cios públicos. Hay sólo una superposición que puede llevar consigo una determinada cualificación, pero que no llega a alterar la esencia de la forma de gestión de que se trate. Quizá nos sea más fácil comprender ahora por qué los autores que hablaban de la gestión interesada no se ponían de acuerdo. Algunos hablaban de gestión o administración directa, y estaban en lo cierto en cuanto que lo que contemplaban era realmente una forma de administración directa a la que se había añadido algo que normalmente no presentan todas las formas de administración directa. Otros hablaban de concesión, y estaban también en lo cierto, porque se estaban fijando en un auténtico caso de concesión que presentaba, simplemente, algunas características no comunes. Y podríamos seguir así nuestra enumeración.

Hay, pues, que efectuar necesariamente este desdoblamiento. Ello lleva consigo la consecuencia obvia que antes señalamos: la problemática que la noción de gestión interesada pretendía resolver, la vemos proyectada en su totalidad sobre estas formas de articulación de la remuneración, sobre estas formas de interesamiento que vamos a llamar de ahora en adelante, *cláusulas de interesamiento* (60). Ellas son, en definitiva, las que plantean los problemas que con la noción de gestión interesada se pretendía resolver.

Ahora puede comprenderse mejor el significado del título del presente trabajo. No es necesario, no hay que recurrir al concepto de gestión interesada. Lo que este concepto nos podía haber dicho hemos de encontrarlo en las cláusulas de interesamiento. Por eso vale la pena que nos detengamos, si bien brevemente, sobre este último concepto para tratar de ver cuáles son sus principales características.

V

Se ha dicho reiteradamente, en frase gráfica, que la Administración no tiene el monopolio del bien público, por lo que diversos sujetos privados son llamados a colaborar para el buen logro de aquél. Es también obvio que esta colaboración presenta matices muy diversos según las

(60) JEZE, tratando de ciertas formas de concesión, habla expresamente de la posibilidad de existencia de «una cláusula de participación de la Administración en los beneficios de la concesión». Vid. sobre esto más adelante nota 72. Por lo demás, la expresión *cointeresamiento* es bastante general. Vid., por todos, GARCÍA-TREVIJANO, *Principios sobre los contratos*, cit., pág. 323.

circunstancias de tiempo y lugar y también según los fragmentos concretos del bien público que se trate de conseguir.

Indudablemente, toda actuación administrativa puede ser reducida en último término a magnitudes económicas (61); hay un gran sector de la actuación administrativa en que el aspecto económico juega un papel predominante y específico. Tal ocurre, por ejemplo, en el campo de la prestación de la mayoría de los servicios públicos. Pues bien, para el fin que aquí nos interesa, debemos ceñirnos ahora a aquellos casos en que la colaboración de sujetos privados con la Administración pública se articula de manera concreta mediante estipulaciones variables, algunas de las cuales tienden directamente a fijar la contraprestación económica que el sujeto privado debe recibir por su colaboración con la Administración. Delimitando nuestro campo de observación, hay que decir que estamos concretamente ante las llamadas cláusulas financieras (62), que, dada su repercusión económica, ofrecen, sin duda, gran importancia también desde un punto de vista jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el gran juego que estas cláusulas tienen en sectores de tanta trascendencia como son el de los contratos administrativos o el de las concesiones de servicios públicos. Según dispone el artículo 61 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, de 1 de julio de 1911 (reformada en este punto por la Ley de 20 de diciembre de 1952), en los contratos que celebre la Administración figurarán con la especificación suficiente las condiciones especiales, técnicas y económico-administrativas a que haya de acomodarse la ejecución de la obra o servicio contratado. Y disposición parecida se contiene en el artículo 21 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953. Pues bien, entre estas cláusulas económicas de los pliegos de condiciones hay que situar, sin duda, las que vengo denominando cláusulas de interesamiento. Estas cláusulas no son sino una especie dentro de aquel género. Desde luego, todas las cláusulas económicas contienen en un sentido amplio ciertas dosis de interesamiento, por cuanto toda contraprestación económica se establece, precisamente, en vistas a la correspondiente prestación, que debe ser adecuadamente realizada y, por tanto, con el *quantum* normal de interés que ello requiere.

(61) Cfr. mi trabajo *Transportes de Madrid*, cit., pág. 334, donde recojo la afirmación de VIVIEN en este sentido.

(62) La expresión es bastante común. JEZE, op. cit., pág. 386, habla concretamente de «las cláusulas financieras de un contrato de concesión de servicios públicos»; HAURIUO, op. cit., pág. 447, se refiere a las «conventions financières», y BOUCHET, op. cit., pág. 61 a las «clauses financières».

Pero cuando aquí hablamos de interesamiento nos referimos a otro significado mucho más estricto, según puede deducirse de lo que más arriba decimos. El interesamiento supone aquí, de forma precisa, una concreción especial. Su significado nos da inicialmente la idea de una modulación de la contraprestación, por lo que ésta se puede contraponer, de una manera aproximativa, a las remuneraciones fijas y rígidas. Ya dejamos indicado antes lo que con las cláusulas de interesamiento se pretende: lo que las cláusulas de interesamiento suponen, en definitiva, es hacer depender la remuneración del sujeto particular de los resultados de su actuación. Se trata, pues, de hacer, de fomentar que el sujeto particular se interese por el buen funcionamiento de su actuación—el desarrollo de un servicio público, por ejemplo—, de manera que cuanto mejor sea este funcionamiento, mayores serán los ingresos globales y también mayor el beneficio neto que perciba tal particular. A la Administración, tal tipo de cláusulas le son muy beneficiosas, ya que, de una parte, se estipula el buen funcionamiento del servicio público; pero, por otra, le cabe la posibilidad de que parte de los ingresos producidos por ese buen funcionamiento le sean atribuidos. En este sentido, estos tipos de cláusulas juegan un importante papel como correctores de los efectos que las concesiones, tal como tradicionalmente se venían concibiendo, producían.

Hay que recordar en este punto la afirmación de numerosos autores de que la gestión interesada supone una corrección o una superación de la concesión (63). Para mí, la concesión sigue siendo una concesión a la que se ha añadido, sin embargo, una cláusula modal importante, pero que es sólo una de las varias que figuran en el pliego de condiciones. Hay, sí, una corrección, un perfeccionamiento de esta concesión, pero dentro del ámbito de la concesión misma. Y lo mismo que se dice de la

(63) GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, cit., pág. 53. la considera como «nueva corrección de la concesión de ejercicio»; para NIEVES, op. cit., página 66, se trata de «una superación del sistema concesional». Afirma este último autor, hablando de la gestión interesada, que «su nacimiento se debe a una superación del sistema concesional y del carácter temporal del mismo. Se parte de la idea de que, en general, la concesión supone una serie de riesgos y áleas inevitables; y parece buena solución atribuirlos a un particular que soportará dichos riesgos y áleas. Al tomar el particular concesionario el carácter empresarial, soportará las pérdidas; pero también obtendrá las ganancias que puedan derivar de la gestión. Como de hecho siempre eran ganancias (?), la Administración arbitró un procedimiento de poder participar en las mismas. Y entonces la Administración obtuvo parte en los beneficios con arreglo a módulos muy variados... Pero si la Administración se ha reservado una participación, generalmente de gran entidad, en los beneficios de dichas sociedades o particulares gestores, éstos han obtenido una importante compensación al conseguir que los riesgos financieros sean asumidos íntegramente por el Poder público» (págs. 52 y 53).

concesión puede predicarse de cualquier otra figura en que la Administración colabora con sujetos particulares. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de insertar este tipo de cláusulas en una sociedad de economía mixta, o en un arrendamiento de servicios, o en otros supuestos diferentes. Debemos aquí recordar las palabras antes transcritas de GARCÍA-TREVIJANO en el sentido de que la gestión interesada la encontramos en general donde quiera que haya una actividad de tipo económico (64). La corrección que aquí pretendo establecer es que lo que encontramos en todo ese amplio campo no es la gestión interesada, sino más bien las cláusulas de interesamiento. Tales cláusulas nos interesan aquí en cuanto afectan a la Administración pública y en cuanto pueden tener, por tanto, una trascendencia en Derecho administrativo. Pero no sería muy difícil encontrar cláusulas similares en casos de actuación estrictamente privada en el campo de las relaciones económicas entre particulares. Pienso, por ejemplo, en el contrato de aparcería en el que, si bien de forma un tanto burda, el interesamiento juega un papel importante, ya que en definitiva el provecho económico que el aparcerero reciba depende en buena

(64) Me parece sumamente útil transcribir aquí unas palabras de GARCÍA-TREVIJANO, concordes con la afirmación de este autor que más arriba recojo en el texto, pero formuladas ahora a propósito de las formas de contratación de las entidades locales. Según él, *Principios sobre los contratos*, cit., pág. 323: «Muchas veces se celebra el contrato dándole el nombre de arrendamiento; pero las entidades locales se reservan una participación en los beneficios de la explotación, y uelen reservarse no sólo la facultad de inspeccionar los bienes, sino también los libros de la empresa. Esta forma de gestión es, por eso, más que un arrendamiento, una especie de gestión interesada y que, según el Código de Comercio, podría calificarse de cuentas en participación... Sucede que a veces una entidad local encuentra inconveniente en una concesión o una gestión directa. Entonces monta los elementos materiales y los cede a un gestor. Pero hay tres formas de esto: participación en las ganancias, participación en las ganancias y en las pérdidas, y concesión de una participación al gestor. En el primer caso, la entidad local no puede perder. En el segundo, hay una especie de sociedad, que podría ser una sociedad irregular. En el tercero hay una gestión interesada... Estos contratos son cada vez más utilizados planteando problemas jurídicos interesantes, porque lo corriente es entender que se trata de arrendamientos. La forma que hemos denominado *cointeresamiento* es la que mejor cuadra en la mayor parte de los supuestos, es decir, en aquellos en que se participa en las ganancias lisa y llanamente; pero cuando hay un mínimo garantizado, ¿hay arrendamiento? A nuestro modo de ver *habría que atender al tenor del contrato para ver cuál de las dos contraprestaciones tiene el carácter de principal sobre la otra, si la fija, o la variable del tanto por ciento de la ganancia, y según cuál sea, la tipificación del contrato vendrá hecha fácilmente*» (subrayado mío). Ahora, como antes, debo decir que no estoy de acuerdo en que se pueda hablar de la gestión interesada. Pero el texto transcrito es ciertamente interesante: se refiere, de un lado, a formas diversas de interesamiento; en segundo lugar, señala la importancia que las diversas cláusulas han de tener para calificar un contrato; de sus palabras deducimos, en tercer lugar, cómo estas cláusulas de interesamiento se presentan en formas de gestión de servicios públicos diversas de la concesión.

parte de la forma de prestarse su actividad. En este sentido no es casualidad el que se haya intentado comparar la gestión interesada con este contrato (65).

Ahora bien, debemos recordar aquí que algunos de los autores que se han ocupado de la gestión interesada le atribuían dos efectos, que si bien en cierto sentido son opuestos, tienden a complementarse entre sí. Por un lado está el efecto que hemos considerado como interesamiento y que supone la variabilidad de la remuneración del gestor según los resultados definitivos de la gestión. Sobre este punto nos hemos detenido especialmente. Pero queda aún por ver otro efecto importante que los autores predicán de la gestión interesada. Porque esta doctrina establece, junto a la variabilidad de la remuneración del gestor, la característica de que en última instancia, esto es, cuando los resultados de la gestión no son florecientes, es la Administración la responsable económicamente de tal gestión. En algunas ocasiones se garantiza al gestor, en todo caso, una remuneración que se articula normalmente mediante el compromiso de la Administración respecto del gestor de asegurarle un interés mínimo (66). Precisamente esta característica impide a muchos autores la equiparación de la gestión interesada en la concesión, ya que consideran como fundamental en ésta la responsabilidad plena y última del concesionario.

Pues bien, a mi entender, nos encontramos en este caso ante otro grupo de cláusulas financieras cuyo contenido principal consiste, como decimos, en que al sujeto particular se le asegura en todo caso una remuneración mínima por parte de la Administración. La razón de ser de estas cláusulas consiste, como antes indicaba, en que se trata de servicios públicos que no ofrecen unas perspectivas económicas halagüeñas en cuanto a su resultado, pero por otro lado se estima que se trata de servicios indispensables, cuya gestión no quiere asumir directamente la Administra-

(65) Vid., en nota 55, la afirmación de MARTÍNEZ-ABARCA.

(66) Una cláusula interesante, si bien lo que al sujeto particular se le garantiza es que sus pérdidas no han de sobrepasar determinada cantidad, la encontramos en la Real Orden de 30 de septiembre de 1850, por la que se concede a don L. S. la facultad de dar representaciones de ópera y baile en el Teatro de Oriente durante la temporada 1850-51. La condición 7.^a decía así: «En cualquier tiempo que las pérdidas del empresario llegasen a la cantidad de medio millón de reales, podrá recurrir al Gobierno, el cual, en el término de ocho días, o se hará cargo del teatro y de todos los contratos pendientes, eximiendo de ellos al empresario, el cual quedará desde aquel día en adelante libre de toda responsabilidad, o le autorizará para tomar dinero hasta la cantidad que importe el alcance debidamente justificado, hipotecando el edificio; en el segundo caso, la cantidad tomada por el empresario la satisfará el Gobierno con lo que produzca el arriendo del teatro en los años sucesivos» (!).

ción pública. Un ejemplo bien conocido, y que ha jugado un papel importante en el desarrollo de ciertos servicios públicos difíciles económicamente, lo tenemos en las cláusulas de garantía de interés que se añadieron a muchas concesiones del tipo de las señaladas (67). Pues bien, es curioso señalar que si bien estas cláusulas suscitaban grandes críticas, los autores siguieron hablando, a pesar de ellas, de concesión. Este tipo de cláusulas vino a determinar el nacimiento de una especie concreta de concesión, la llamada concesión con garantía de interés. JEZE, que estudia estas cuestiones con especial detenimiento, nos dice expresamente, al enfrentarse con este problema, que «se trata de un problema financiero y no jurídico» (68). Pero además hay que señalar que estas cláusulas no son exclusivas de las concesiones, sino que tienen cabida—no sólo teóricamente, sino que lo vemos en la realidad jurídica—en figuras diversas de la concesión (69). Pues bien, creo que hay que interpretar la afirmación de JEZE a que me he referido últimamente

(67) Sobre las concesiones con garantía de interés, vid., aparte de lo que más arriba recogía, WALINE, *Traité élémentaire*, 6.^a ed., cit., págs. 392 y 398; Ministerio de Fomento, op. cit., III, pág. 114 y sigs.; LEROY-BEAULIEU, op. cit., págs. 184, 397 y sigs., 410. En nuestra legislación municipal vigente podemos encontrar un reflejo claro de la hostilidad con que las cláusulas de garantía de interés han sido recibidas en general. El artículo 129 del Reglamento de Servicios que regula concretamente la forma de retribución del concesionario de servicios de las Corporaciones locales, dispone de forma terminante en su apartado 4: «Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de los resultados de la misma a la entidad concedente». La prohibición que contiene este apartado se fundamenta de manera principal en la posibilidad de que este tipo de cláusulas estimule el aumento de gastos de explotación, así como una gestión económica deficiente por el concesionario con el consiguiente traslado de los resultados de la misma a la entidad concedente. Pues bien, esta razón puede tener validez en algunos casos, pero su vigencia no es general. Piénsese que, desde el punto de vista del concesionario, no siempre el interés garantizado es lo suficientemente alto como para obviar el anhelo de una remuneración mayor. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que lo fundamental es *el bien del servicio público*, esto es, la prestación más adecuada del mismo, que puede hacer en algunos casos que las Administraciones públicas tengan que aceptar condiciones que desde una perspectiva exclusivamente crematística sean desventajosas. Vid. esto claramente en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en esta REVISTA, núm. 2, pág. 100; vid. esta misma idea en MERLA, *Indole giuridica e limiti delle concessioni municipali*, Nápoles, 1899, pág. 132, que en un supuesto parecido afirma: «Nè può ritenersi che ciò facendo l'amministrazione commetta atti di liberalità, perchè esse repitono la loro origine dall'interesse pubblico e sono veri atti tendenti allo scopo dell'unità e della sociabilità».

(68) Op. cit., pág. 395.

(69) Cláusulas de este tipo encontramos, a manera de ejemplo, en la regulación de la C. A. M. P. S. A. y del Monopolio de Tabacos. Cfr. NIEVES, op. cit., pág. 95 y sigs., que califica ambas regulaciones como de gestión interesada.

en el sentido de que estas cláusulas no influyen por sí solas en la determinación de la naturaleza jurídica de la figura en que están incluidas. Suponen desde luego una concreción importante por lo que a la determinación de la remuneración respecta, pero no son capaces de cualificar la naturaleza jurídica de una figura. Este es, a mi entender, el sentido de la afirmación de JEZE, que estimo por demás acertada. Porque estas cláusulas, que juegan indudablemente un gran papel en el estricto terreno económico, no tienen por sí solas tan gran significado desde un punto de vista jurídico.

El problema se resuelve, pues, con la misma tónica utilizada para las cláusulas de interesamiento (70). Habrá que estar al conjunto de cláusulas que se establezcan en cada caso para determinar la naturaleza jurídica de una figura. Pero las cláusulas de garantía de interés, lo mismo que las de interesamiento, no constituyen de por sí una figura precisa y determinada y su utilización no se limita concretamente a la concesión, sino que puede ser general (71).

Es relativamente frecuente que en una misma regulación jurídica se presente una cláusula de interesamiento y una cláusula de garantía de interés. Ambas parecen completarse por lo que a su significado económico se refiere (72). Un ejemplo reciente en nuestro ordenamiento lo tenemos en el Decreto 2.431 de 1960 (22 de diciembre; B. O. de 4 de enero de 1961), «por el que se autoriza al Ministerio de Obras Públicas para encargar a la Compañía del Metropolitano de Madrid la explotación del ferrocarril suburbano» (73). Pero esto no quiere decir que siem-

(70) Según JEZE, op. cit., pág. 386, «todas estas cláusulas (subvención, garantía de interés, participación en los beneficios) tienen carácter *contractual*. Son cláusulas esenciales de un contrato *administrativo*, propiamente dicho. Se someten, pues, al régimen jurídico especial del Derecho público; los litigios son de competencia de los Tribunales administrativos. Después de algunas vacilaciones, la jurisprudencia consagra actualmente esta solución».

(71) LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960, pág. 116 y sigs., cita una serie de casos en que el Estado francés concedía su garantía a determinadas emisiones u operaciones de importación que presentaban interés para la economía nacional y en los que el Consejo de Estado reconocía el carácter de servicio público industrial y comercial.

(72) JEZE, op. cit., pág. 385, señala expresamente que «la contraprestación de una garantía de interés será, a menudo, una cláusula de participación de la Administración en los beneficios de la concesión, para el caso en que las ganancias sobrepasen un determinado máximo». Recuérdese también la afirmación de WALINE que recojo en nota 47.

(73) Cfr. mi trabajo *Transportes de Madrid*, cit., pág. 339 y sigs. Debo aquí señalar que en esta ocasión califico la regulación introducida por el Decreto 2.431 de 1960, como de gestión interesada. Con ello no hacía sino adoptar la sistemática vigente en nuestra doctrina. Después de las reflexiones que el actual trabajo suponen, sé que hay que modificar tal calificación y que habrá que hablar, en este caso concreto, de una con-

pre aparezcan juntos ambos tipos de cláusulas. Ahora bien, debemos aquí recordar que las concepciones sobre la gestión interesada señalaban cómo en esa figura se producían los efectos cuya explicación encontramos nosotros en la coincidencia de ambas cláusulas. ¿Quiere esto decir que cuando ambas cláusulas coinciden en determinadas situaciones jurídicas, estamos ante una gestión interesada? Porque precisamente los supuestos reales que eran calificados como de gestión interesada presentaban en la mayoría de los casos la coincidencia de ambos tipos de cláusulas. Quizá convencionalmente se podría determinar que cuando ambas cláusulas coinciden estamos ante una gestión interesada. Antes me referí a una posibilidad de este tipo al examinar las diversas concepciones sobre la gestión interesada. Pero ahora, como antes, debo afirmar la inutilidad de tal tentativa. En primer lugar, porque el trasfondo en que estas cláusulas deben apoyarse puede presentar diferencias realmente notables que impiden la consideración conjunta de lo que tiene tan poco de común. En segundo lugar, porque aun así quedarían fuera de este concepto varios de los casos que los autores han calificado como de gestión interesada. En tercer lugar, hay que referirse a la poca utilidad de este nuevo concepto. Si decimos que estas cláusulas se manifiestan entremezcladas con otras, es del conjunto de todas ellas de donde hay que deducir la naturaleza jurídica de la figura en cuestión (74). Aparte de que esto abre las puertas a posibilidades muy numerosas. En cada caso se tratará de una diversa institución, ya que estas cláusulas podemos decir que son en cierto sentido neutrales, que no añaden mucho, desde el punto de vista de la problemática jurídica, a la cualificación definitiva de la figura en que se insertan. Desde luego la coincidencia de tales cláusulas no es exclusiva del campo de la gestión de servicios públicos, sino que abre sus posibilidades al campo todo de la actuación económica.

Insistimos, pues, en la conveniencia de abandonar el concepto de gestión interesada. En su lugar hablaremos de las cláusulas de interesamiento, que aparecen junto a aquellas otras que en una figura jurídica pueden presentarse.

ción en que se contienen, junto a otras, una cláusula de garantía de interés y una cláusula de interesamiento.

(74) Me parecen sumamente expresivas las siguientes palabras de BOUCHET, op. cit. do. pág. 8: «En fait, on recontre, le plus souvent, dans la même convention, des éléments empreints à des types de contrats différents, concession, régie intéressée ou affermage. si bien que la détermination exacte du régime juridique, de telle ou telle entreprise peut parfois être délicate».

VI

Para terminar, me parece oportuno referirme a un supuesto concreto de nuestra legislación para ver cómo se articulan en la realidad tales cláusulas de interesamiento. Tal referencia no tiene más que una finalidad ejemplificadora de las ideas que sobre tales cláusulas hemos expuesto, cláusulas que sería interesante estudiar conjuntamente y con detenimiento de forma exhaustiva. No ha sido esta nuestra finalidad, ya que hemos pretendido tan sólo explicar de manera sumaria cuáles son las características de tales cláusulas sólo en cuanto nos ofrecen una solución para explicar lo que el pretendido concepto de gestión interesada no acertaba a hacer.

El ejemplo elegido es la regulación de lo que el artículo 734 de la Ley de Régimen Local denomina gestión afianzada (75). No he de detenerme ahora sobre lo que sea la gestión afianzada ni sobre su significado y problemática, que pueden deducirse fácilmente de la lectura de tal artículo. Me parece interesante destacar, en cambio, que la Ley habla expresamente de «administración y recaudación directa por el sistema de gestión afianzada». La Ley define y señala que se trata de un caso de gestión directa. De acuerdo con esta idea, se dispone en el último apartado de dicho artículo que «mientras el gestor ejerza el cargo tendrá el carácter de funcionario de la Administración local...» (76). Cada vez que se establezca una figura de este tipo deberá ser regulada por una serie de cláusulas, unas fijadas en la Ley y otras que deberán ser establecidas por las partes—Corporación y gestor—entre sí (77). Dos de estas cláusulas merecen ser destacadas ahora para lo que aquí nos interesa. En la escritura pública en que se formalice el afianzamiento se habrá de establecer forzosamente, por una parte, «la cantidad mínima de recaudación garantizada por el gestor», y, por otra, «los pre-

(75) Este artículo tiene su precedente en el 553 del Estatuto Municipal, y debe ser completado con el 257 del Reglamento de Haciendas Locales. Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO, *Ley de Régimen Local (Texto refundido de 1955)*, Madrid, 1958, págs. 478-479; MARILLO, op. cit., págs. 184 a 200.

(76) Dice concretamente GUAITA, *Derecho administrativo especial*, I, Zaragoza, 1960, página 191, al hablar de esta figura: «Como dice la Ley, mientras el gestor ejerza el cargo, tiene el carácter de funcionario de la Administración local, si bien el Tribunal Supremo niega tal carácter atendiendo a las circunstancias—evidentemente secundarias—de la temporalidad del cargo y de que el gestor no puede estar retribuido con un sueldo fijo (sentencias de 1 de mayo y 8 de octubre de 1958, y de 24 de octubre y de 28 de noviembre de 1959)».

(77) *Ibidem*.

mios que deban abonarse al gestor por la mejora de la recaudación y, en su caso, el sueldo que se le asigne» (apartados a) y e) del citado artículo). Pues bien, tales cláusulas, que no son más que unas de las varias que en tal regulación se establecen, me parecen ciertamente significativas para el fin ejemplificador que aquí persigo. Desde luego, este último apartado que recojo contiene, sin duda, una cláusula de interesamiento. En todo caso, en la escritura pública en que se formalice la gestión afianzada deberán señalarse los premios a abonar al gestor por la mejora de la recaudación. Puede establecerse libremente—«en su caso»—un sueldo fijo como base de tal remuneración, pero lo que sí es imprescindible es que se articule expresamente el sistema de premios que deban abonarse a la mejora de la recaudación. Así, pues, toda gestión afianzada que se establezca deberá contener forzosamente alguna cláusula de interesamiento. La expresión de la Ley me parece por demás acertada en cuanto dice que estos premios deberán abonarse por la mejora de la recaudación. Tenemos aquí resumida, en fórmula certera, toda la sustancia del interesamiento. El fin que la Administración pretende aquí es la recaudación de determinados tributos y la Ley estima que el modo más conveniente de prestarse este servicio es el de lograr la mayor recaudación posible (78). Pues bien, esta finalidad es la que informa directamente la manera de ser de las cláusulas a que aquí me estoy refiriendo. Habla la Ley, con fórmula un tanto infantil, pero realmente gráfica, de los premios que deban abonarse al gestor por la mejora de la recaudación. De manera que estos premios se establecerán según los diversos grados de recaudación lograda. Es clara, pues, la intención de establecer un sistema de recaudación (¡que puede ser exclusivo o puede superponerse a un sueldo fijo!) que estimule la actividad del gestor. El sistema de premios pretende, en definitiva, que el gestor *se interese* en el buen funcionamiento del servicio y que en vista de que a una mayor recaudación ha de corresponder una remuneración más alta, trate de lograr la recaudación más alta posible. Tal

(78) Tal se deduce claramente de lo que la Ley dispone. No he de detenerme aquí sobre el interesante problema de considerar si tal manera de proceder es la más adecuada posible. Quiero con esto significar que no siempre el mejor funcionamiento de un servicio tributario consiste en recaudar la mayor cantidad posible de dinero. Quizá podríamos ver en este intenso celo de la Ley por lograr la mayor recaudación posible, finalidad que aparece como la más importante, un reflejo de la pugna latente entre Administración y administrado a que me he referido en mi trabajo *La interpretación de las Leyes tributarias*, en el «Libro homenaje al Profesor Jordana de Pozas», 2, Madrid, 1961. Pero aquí no podemos detenernos en esta cuestión, por demás interesante. Baste señalar que la concepción del legislador es la indicada.

es la configuración de la Ley que aquí nos limitamos a transcribir. Sin entrar en más detalles hemos de decir, sin embargo, que no es precisamente el sector tributario el más propicio para la concreta inserción de cláusulas de interesamiento, pues existe siempre el peligro de *un excesivo interesamiento*, con vistas a lograr una remuneración mayor, que puede redundar en detrimento de los particulares (79). Es cierto que siempre le queda al particular la vía de los recursos, pero ésta es siempre una vía indirecta, incómoda y costosa en muchos casos, que no basta a subsanar o justificar los defectos que en otro campo deben ser atajados (80).

Otra particularidad debemos señalar para completar nuestro somero examen de la cláusula de interesamiento en la gestión afianzada. Tal cláusula, prescrita en el apartado e) del citado artículo 734 de la Ley de Régimen Local, no es sino una de las muchas cláusulas que el contrato de gestión afianzada ha de contener (81). Así, en todo contrato de afianzamiento se incluirá una cláusula que en cierto sentido es lo contrario de la cláusula de garantía de interés: según el apartado a), habrá de fijarse la cantidad mínima de recaudación que el gestor garantice y que en todo caso habrá de abonar a la Administración. El efecto que del juego de ambas cláusulas se deduce aquí, es en cierto sentido contrario al que se produce en las concesiones con garantía de interés. Lo importante es señalar que cláusulas tan diversas—mínimo garanti-

(79) Al examinar los inconvenientes que presenta la gestión afianzada, dice expresamente MAHILLO, op. cit., pág. 200: «Para nosotros, el principal inconveniente es el de toda participación de los funcionarios en el éxito de su gestión: excederse en el servicio, anteponiendo a él su interés. O dicho de otra forma: aplicar la Ley fuera de sus límites, para así aumentar su participación». Vid. recientemente este problema, aunque desde una perspectiva más general, en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La organización y sus agentes: revisión de estructuras*, en *La Administración española*, cit., *in totum*; pero señaladamente a partir de la página 212.

(80) Cfr. mi trabajo *La interpretación...*, cit. Son muy sugestivas las afirmaciones de NIETO en este sentido, respecto del ordenamiento alemán, en *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana*, en el núm. 32 de esta REVISTA. Como muy similar a los ejemplos que NIETO cita, podría añadir uno del que he tenido noticia como sucedido recientemente en una ciudad española: Un particular entabla recurso contra un repartimiento tributario verificado por su Ayuntamiento. Pero resulta que dicho particular, que es propietario de una papelería e imprenta, es el abastecedor del Ayuntamiento. Pues bien, la primera medida de dicho Ayuntamiento ante el recurso fué la de buscarse otro abastecedor en esa concreta materia.

(81) MAHILLO, op. cit., pág. 194 y sigs., que califica a la gestión afianzada como de «una forma *sui generis* de gestión interesada», la concibe realmente como un contrato, y como tal la configura. ALBI, *El servicio público*, cit., pág. 670 y sigs., configuró la gestión afianzada como una auténtica gestión interesada, aunque recientemente, *Tratado*, citado, pág. 728, ha abandonado este criterio y afirma expresamente que no puede verse una forma de administración interesada en la gestión afianzada.

zado para la Administración, posibilidad de premios para el gestor—coexisten y se complementan, y ellas dos, junto con las demás cláusulas que en el afianzamiento se contengan—después de señalar las diversas cláusulas que la escritura pública habrá de contener, el apartado *h*) da entrada a «las demás condiciones que las partes convengan entre sí»—, configuran y dan forma a esta figura que se denomina gestión afianzada.

El ejemplo que la gestión afianzada nos proporciona, en el sentido que aquí venimos señalando, me parece ciertamente interesante y útil. En una determinada cláusula se contiene el interesamiento. Esta cláusula, con todas las demás, dan un contenido y una forma especial a la figura del afianzamiento. Para comprender ciertos efectos que éste produce—concretamente los efectos atinentes al interesamiento—es fundamental la cláusula de interesamiento contenida en el apartado *e*). Sin embargo, la figura, en toda su dimensión, no puede ser comprendida ni calificada si no es recurriendo a todo el clausulado que la compone.

