

NOTAS PARA UN PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA EMPRESA PÚBLICA

Por

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECISIÓN DE CONCEPTOS: Nacionalización, empresas públicas, propiedad pública, servicios públicos, sector público, gestión industrial.—III. LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN RELACIÓN A SUS FINES: Empresas de servicio público y empresas para fines de política económica.—IV. SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA: Empresas públicas y empresas nacionales.—V. DELIMITACIÓN DE PROBLEMAS: Justificación de las empresas públicas, organización y control del sector público; la dirección y la gestión de las empresas.—VI. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: Criterios. El principio de la subsidiaridad y su valor. Otros criterios. La justificación por los resultados. El problema de la eficacia.—VII. ORGANIZACIÓN Y CONTROL DEL SECTOR: El sector público industrial como ordenamiento jurídico. Administración de tutela y control. Administración de gestión y empresas. Relaciones. Tutela técnica y tutela financiera. Empresas públicas y opinión pública.—VIII. EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN: Formas de gestión. Los órganos colegiados de dirección. Criterios para su composición. «La búsqueda de empresarios».—IX. CONCLUSIÓN.

I

La aparición de las empresas públicas en el plano de la realidad económica y social motivó en su día una sensación de estupor en la doctrina, pasada la cual dirigió ésta sus esfuerzos a encaillar el nuevo fenómeno en los moldes conocidos, tanto iusprivatistas como iuspublicistas. Así surgieron los temas que han venido apasionando hasta hace poco más de diez años y que han absorbido la actividad de cuantos se han preocupado de estudiar estos problemas. La posibilidad del «Estado-comerciante», la compatibilidad «fin de lucro-interés público», la contradicción «empresas públicas-formas privadas», la posible correlación «servicio público-establecimiento público-empresa pública», etc., han sido objeto de abundante

polémica y han marcado de una forma especial toda esta que pudiera llamarse primera etapa del estudio de la empresa pública (1).

Tal planteamiento se explica por lo caótico del nacimiento de las empresas públicas, utilizadas para una gran variedad de fines, y por el carácter extremadamente novedoso de la cuestión en relación con el cuadro de las instituciones tradicionales vigentes. Un simple repaso a los primeros tiempos de la empresa pública revela cómo unas empresas son asumidas por el Estado por causas puramente ocasionales de oportunidad, es el caso en Francia de la creación del O. N. I. A. en 1924, a consecuencia de la adquisición de patentes alemanas tras la liquidación que sigue a la Primera Guerra Mundial, de los ferrocarriles de Alsacia y Lorena en 1926, por motivos semejantes, y muchos otros. El mismo proceso de formación del sector público en Italia pone de manifiesto cómo no ha sido una política definida la impulsora del desarrollo del sector y cómo han caído bajo el Poder público y, por lo tanto, han pasado a ser empresas públicas una variedad de empresas de todo tipo. Lo mismo puede decirse de España, donde el Instituto Nacional de Industria ha pasado a controlar empresas por las razones más diversas y al margen a veces de sus fines institucionales.

La ideología de las nacionalizaciones del período de entreguerras y de la segunda postguerra contribuyó también a dar un tono peculiar a la polémica, desviando la atención de los problemas técnicos para centrarla en los sociales y políticos.

Hoy, en cambio, las empresas públicas, como acertadamente ha dicho DELION, han entrado en las costumbres (2), todo lo cual obliga a replantear el tema sobre nuevas bases. Más aún si se piensa en esa otra idea, plenamente actual, del ocaso de las nacionalizaciones, y con él la de la desaparición de la carga ideológica que las hizo posibles.

La consolidación del fenómeno, así como su despolitización, proporciona un clima de serenidad que hace posible hoy atender a la solución de problemas de más urgencia real que los derivados de las preocupaciones excesivamente dogmáticas ya reseñadas.

El sector público aparece ya firmemente arraigado, y esto supuesto,

(1) Esto puede comprobarse con una simple ojeada al sumario y aun los títulos de los libros y artículos que hace aproximadamente quince años y aun menos se dedicaron a este tema; por ejemplo: *La distinction du Droit privé et Droit public et les entreprises publiques*, HOUIN, 1952; *Les crises de la notion d'établissement public*, R. DRAGO, 1950; *L'impresa pubblica*, G. TREVES, 1950; *La società commerciale pubblica*, A. ARENA; *Les paradoxes des entreprises publiques*, CHENOT, «Revue Française de Science Politique», 1955.

(2) *L'Etat et les entreprises publiques*, SIREY, 1959. pág. 7.

carece de interés discutir las posibilidades teóricas del ejercicio del comercio por el Estado o sus dependencias y problemas derivados de ello, pues la realidad muestra que efectivamente el Estado mantiene empresas y actúa directamente en el mercado, y habida cuenta de esta realidad, lo que interesa es que tanto económica como jurídicamente el marco en que se desenvuelva esta actividad productiva aparezca ordenado y dirigido a la consecución de los fines propuestos y articulado como una pieza más en la política económica considerada como un todo.

Este cambio de frente (3) ha entrado ya en la conciencia de quienes se vienen ocupando últimamente de estos temas y encuentra una expresión autorizada en el mejor especialista británico de la materia, W. A. ROBSON, en un artículo inserto en el número monográfico dedicado a la empresa pública por *Información Comercial Española*. Dice ROBSON que «los jurisperitos administrativos han invertido quizá demasiado tiempo y energía en criticar las anomalías y en poner de manifiesto las incongruencias entre los diferentes tipos legales de organismos. Puede decirse, en efecto, que la discusión pública se ha centrado demasiado sobre las formas legales o constitucionales de la empresa pública y que se ha dedicado una atención insuficiente a problemas tales como la organización y gerencia, la política financiera y la administración de personal» (4).

II

Una vez hecha esta introducción interesa también precisar el significado de los términos que entran en juego, pues la propia evolución del fenómeno empresarial público ha variado su alcance y contenido. De la nacionalización y su contenido ideológico sólo queda el significado de paso de un sector entero al sector público por razones técnicas ligadas

(3) El cambio es evidente; basta comparar los títulos de los libros citados con estos otros: *L'Etat et les entreprises publiques*, SIREY, 1959; *Le statut des entreprises publiques*, «L'Administration nouvelle», 1963; *Le contrôle des entreprises publiques*, «Droit Social», 1959. Todos ellos de André G. DELION; *Le secteur public dans une économie en voie de développement*, A. H. HANSON, 1961; *Le partecipazione statale nella politica di sviluppo*, Roma, 1961; *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, G. LESCUYER, París, 1959; *Partecipazione pubbliche ed enti di gestione*, S. CASSESE, Milán, 1962; *Nationalized industry and public ownership*, W. A. ROBSON. Londres; en la nota 7 se cita la edición española.

Para España, la comparación puede hacerse por contraste entre el número 3 de esta REVISTA, 1950, y el número 367 de ICE, marzo 1964, ambos dedicados a la empresa pública.

(4) Véase en «Información Comercial Española», marzo 1964, *Empresa pública*, W. A. ROBSON, pág. 61.

casi siempre a la idea de planificación, y en este sentido —nacionalización visible— no cabe duda de que está en crisis. Lo ha puesto de manifiesto con toda evidencia la más reciente decisión nacionalizadora, la de la industria eléctrica italiana, cuyo proceso parlamentario ha puesto sobre la mesa la impopularidad actual de este sistema. Pruebas evidentes del ocaso de las nacionalizaciones son el abandono que de ellas han hecho los partidos políticos que fueron otrora sus artífices. El partido laborista británico mantiene hoy solamente —y esto por razones obvias— en su programa la renacionalización del acero y de los transportes pesados por carretera (5); igual criterio han mantenido las Trade Unions en sus recientes Congresos (6), y en el mismo sentido también se ha manifestado la democracia social en Suecia y Alemania.

La doctrina es igualmente contraria a la nacionalización sectorial (7), y la misma realidad ofrece una panorámica distinta, concretamente la expansión del sector público a través de la creación de empresas públicas y la participación del Estado en empresas privadas; en Francia, por ejemplo, a través del crecimiento de las filiales, fenómeno sobre el cual ha llamado la atención la doctrina francesa más reciente (8) y que en buena parte es generalizable a nuestro ambiente.

Esto impone la necesidad de distinguir entre nacionalización y empresas públicas, propiedad pública, sector público, servicios públicos, gestión industrial, etc. En decadencia el concepto y el sistema de la nacionalización, quedan las restantes expresiones como comprensivas de realidades afines, pero no totalmente coincidentes. «Identificar *sector público* con *industrias nacionalizadas* es un error que proviene de los días en que todo poder económico se identificaba con la propiedad de los medios de producción. Hoy día el poder económico reviste diversas formas, y todo aquello que esté bajo control directo del Estado debe ser incluido en el sector público» (9).

(5) Véase «Signpost for the Sixties: a statement of Labour's home policy accepted by the Sixtieth Annual Conference of the Labour Party at Blackpool», 1961, en *Nationalization*, A. H. HANSON, págs. 457 a 463.

(6) También en *Nationalization*, A. H. HANSON, capítulo «The future of Nationalization».

(7) Véase *Industria nacionalizada y propiedad pública*, W. A. ROBSON, versión española de Ed. Tecnos, 1964, pág. 468: «En el futuro quizá sea mejor en muchos casos hacerse cargo de firmas individuales o establecer nuevas empresas en vez de adquirir una industria en su totalidad».

En la misma doctrina inglesa hay una obra cuyo título es especialmente significativo: *Nationalization in Britain: The end of a Dogma*, R. KELF-COHEN.

(8) DELION, *Le statut...*; P. DU PONT, *L'Etat industriel*, 1961.

(9) *Twentieth Century Socialism*, 1956, Colección Penguin, págs. 148 y 149, citado por ROBSON, loc. cit., pág. 446.

No hace falta decir que esta distinción es obvia en nuestra realidad, dado que apenas puede hablarse aquí de nacionalizaciones en el sentido apuntado, salvo en lo que se refiere al transporte ferroviario y a la Banca oficial; pero tiene un gran interés fuera de España, especialmente en Gran Bretaña, donde la nacionalización sectorial ha sido el sistema casi único de acción empresarial del Estado.

La empresa pública, dentro de este marco, se presenta, por lo tanto, como una forma de propiedad pública, entendida ésta como la propiedad de cualquier bien por la comunidad (10). En este sentido la empresa pública aparece como una técnica al servicio de la Administración para la consecución de fines diversos, y de este modo se coloca junto a las tres clásicas formas de actividad administrativa: policía, fomento y servicio público, sin adscribirse particularmente a ninguna de ellas, en tanto que tiene sustantividad propia y tan acusada que del mismo modo que la policía caracterizó una época de la evolución del Estado moderno, ésta cualifica hoy de forma peculiar a la Sociedad y a la Administración actuales (11) y (12).

La empresa pública, en un cierto aspecto, es una forma de gestión de los servicios públicos, como el servicio público, desde un cierto ángulo, presenta un cariz de policía, pero su principal significado hay que reconducirlo a unos principios propios, que son precisamente los que le dan su trascendencia social, económica y jurídica.

(10) W. A. ROBSON, loc. cit., pág. 446.

(11) Hay que advertir, aunque quizá no sea necesario, que la expresión «empresa pública», en el sentido que toma en el texto, es equivalente a la que VILLAR PALASÍ y GARCÍA DE ENTERRÍA emplean, es decir, a «gestión económica» y «gestión industrial». «Empresa pública» en singular es tanto como decir actividad pública de empresa.

En cambio, GUAITA —*Derecho Administrativo Especial*, III, Zaragoza, 1964, págs. 61 a 84 y 107 y sigs.— reserva la expresión «empresa pública» a la forma jurídico-económica que adopta la nacionalización. Bajo este término, el citado autor quiere encuadrar toda prestación de un servicio económico por el Estado, ya tenga el carácter de servicio público, suponga una dación de bienes al mercado o consista en una explotación económica con fines puramente fiscales. Entendida la «nacionalización» en este sentido, es claro que coincide con el que quiere darse en el texto de la «actividad pública de empresa», por lo que las diferencias entre una y otra expresión son puramente terminológicas. Hay que subrayar, sin embargo, que utilizar el término «nacionalización» con esta amplitud no es demasiado exacto en el estado actual de la cuestión, por más que nuestra legislación local emplee los correlativos de «municipalización» y «provincialización» de modo semejante.

(12) Es conocida la afirmación de ROBSON de que la «public corporation» es la innovación más importante del siglo XX en la esfera de las instituciones fundamentales. La afirmación no pierde valor en el sentido que interesa aquí por referirse a la «public corporation», ya que la referencia no se hace a una forma de empresa pública, sino a lo que para los ingleses es la empresa pública por excelencia.

III

La precisión de estos principios es hoy, a la vista de la extensión y realidad de la actividad empresarial de la Administración, particularmente difícil y desde luego no es posible sin efectuar algunas distinciones, en relación a los diversos objetivos que con esta técnica han pretendido cubrirse a lo largo de la evolución del fenómeno. Prueba de ello es la extraordinaria confusión y la falta de acuerdo existentes a la hora de dar un concepto de empresa pública o de enjuiciar las diversas formas que las empresas públicas pueden adoptar.

A la pregunta ¿qué es la empresa pública? sólo puede contestarse inicialmente diciendo que es una forma de actividad de la Administración al servicio de fines públicos diversos, que se concreta en el ejercicio de empresas. Cualquiera otra precisión exige aludir a esos distintos fines públicos, cuya consecución impone concreciones diversas en las organizaciones montadas a su servicio.

Son evidentes, y no es necesario insistir sobre ellas, las diferencias que separan a las empresas que gestionan un servicio público tradicional de aquellas otras que producen bienes concretos. Estas diferencias determinan soluciones distintas a una pluralidad de problemas económicos y jurídicos, tanto en lo que se refiere a la estructura de la propia empresa y a sus métodos de gestión como a sus relaciones con la Administración, de tutela y control, con la Hacienda y el presupuesto del Estado y aun con los mismos clientes y usuarios.

Está condenado al fracaso todo intento dirigido a un tratamiento unitario de todos los problemas de las empresas públicas, y es necesario, en consecuencia, prescindir de rigor conceptual y atender a las diversas realidades que bajo la expresión «empresas públicas» se encuentran. No quiere decirse con ello que haya de parcelarse el campo y establecerse la incomunicación total de cada parcela, porque eso sería incurrir en un rigor mayor del que quiere evitarse, sino que partiendo de una perspectiva general que conviene tener siempre presente —la perspectiva del sector público industrial como un todo—, debe prestarse la mayor atención a las distintas variedades y tipos de empresas, porque de la diversidad de sus fines dependen las soluciones a adoptar y la distinta clase y alcance de los engarces necesarios para la correcta configuración de ese todo aludido.

Esto supuesto, la primera distinción a realizar es la ya apuntada de empresas que gestionan servicios públicos y empresas que sirven a fines de política económica. Esta distinción es rechazada por un sector de la doctrina por razones diversas y no demasiado convincentes (13), pero en general puede estimarse válida y de una forma o de otra late en la mayor parte de los autores. Así, por ejemplo, ROBSON (14) ofrece una clasificación pormenorizada, y por lo mismo no demasiado útil, cuya simple enunciación permite, eso sí, deslindar claramente el distinto carácter de cada grupo que considera. De igual modo, STAMMATI (15) clasifica en cuatro grupos las empresas públicas, según que administren servicios públicos, sirvan a fines de desarrollo económico para regular la estructura del mercado o para alcanzar objetivos político-sociales, tales como absorción de paro, etc. Fácilmente se observa que estos tres últimos grupos caben perfectamente dentro del marco genérico de empresas que sirven fines de política económica.

Esta clasificación de dos grandes grupos sobre la base del servicio público es susceptible, a mi juicio, de una sólida objeción seria, relativa a la imprecisión del concepto de servicio público. Sobre ello, sin embargo, es necesario advertir que si bien el concepto de servicio público ha perdido prestigio como criterio dogmático, todavía sirve a los efectos que se proponen, ya que en ningún caso se pretende una distinción radical, sino una separación aproximativa de aquellas actividades relativas a fines político-económicos de las que no responden a esta categoría de objetivos. En cualquier caso siempre es posible una inversión de planteamiento, en virtud de la cual se sustituya la distinción de fines de servicio público y fines ajenos al servicio público por la de fines de política económica y fines *no* económicos o, si se quiere, próximos al servicio público.

Dentro del primer grupo entrarían todas aquellas empresas que vienen a completar el cuadro de industrias del país, supliendo los vacíos de la iniciativa privada, los defectos del sistema montado sobre ella —monopolios—, a cubrir necesidades de desarrollo económico, estabilización de la

(13) Véase *Las empresas públicas en Francia*, P. BAUCHET, I. C. E., marzo 1964, páginas 85 y 86.

(14) Distingue ROBSON —*Industria nacionalizada y propiedad pública*— los siguientes grupos: Servicios públicos; transportes y comunicaciones; banca, crédito y seguros; proyectos de desarrollo con fines múltiples; industrias básicas ya establecidas; industrias o servicios nuevos y actividades culturales. Por otra parte, en el ambiente anglosajón la distinción no tiene la misma trascendencia, ya que la forma casi única empleada es la «public corporation», sin distinción alguna según la clase de actividades.

(15) Véase *La empresa pública en la teoría económica y en la experiencia italiana*, I. C. E., marzo 1964, pág. 104.

coyuntura, exigencias de la planificación económica, nacional o sectorial, redistribución de la renta, expansión regional, absorción del paro, explotación de bienes patrimoniales, etc. En el segundo tendrían su lugar empresas tales como las del transporte ferroviario, agua, gas, electricidad, imprentas oficiales, entidades de promoción cultural, etc.

Estas mismas consideraciones han sido incorporadas al documento de trabajo elaborado por el Doctor Nikola BALOG en vista de las ponencias redactadas por los representantes de los distintos países en la Tabla Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrada en Varsovia en el mes de junio pasado (16).

Aunque ya se apuntaron más atrás algunas de las razones que justifican la distinción, es conveniente detenerse un momento en el «por qué» último de la misma. El adjetivo «pública» cuando se añade al sustantivo «empresa» configura una organización que de algún modo nace al servicio de fines públicos. Esta publicidad de los fines determina correcciones y derogaciones del régimen propio de una empresa, tanto mayores cuanto más intensa es la publicidad del fin. Por esto en el campo del servicio público, donde la intensidad del carácter público de los intereses en juego es particularmente grande, se imponen precios de favor, precios políticos, subvenciones estatales para la cobertura de los costes, atención a los aspectos de contenido extraeconómico, etc., y todo ello determina una mayor vigilancia del funcionamiento de la empresa y de la prestación del servicio, de su coste y de su calidad, de sus tarifas, aspectos todos que no pueden contrastarse con el mecanismo del mercado, como ocurre con las empresas que sirven fines de política económica, cuya actividad, concurrencial o no, se desenvuelve en el mercado y está sujeta a sus leyes.

Es cierto que en las empresas de este último grupo también existen componentes públicos en sus fines institucionales, pero lo es igualmente que su intensidad no es determinante como en las empresas de servicios públicos. Una empresa pública que viene a cubrir un vacío o un defecto en un determinado sector de la industria privada debe comportarse en principio como una empresa privada, a la cual en realidad está susti-

(16) Véase el punto 3 del citado documento: «Tipos de empresa pública y objetivos que le son asignados», y especialmente la nota 2, que por su interés transcribo: «Se puede decir, como regla general, que las empresas con fin lucrativo son creadas y administradas en virtud del derecho privado, bajo reserva de la observación de ciertas disposiciones de derecho público, mientras que las empresas sin fin lucrativo son creadas y organizadas conforme al derecho público, aunque sus actividades son regidas en ciertos aspectos por el derecho privado».

tuyendo. Tiene, no obstante, fines o intereses públicos que atender, que deberán de tenerse en cuenta a la hora de valorar su eficacia, configurar su estructura o establecer su disciplina en el marco del sector público (17), pero fundamentalmente su comportamiento deberá ajustarse a las reglas de las empresas privadas que realizan actividades semejantes. La naturaleza de su actividad la obliga a «jugar el juego de las actividades económicas» (18).

Dicho esto, puede concluirse la conveniencia de separar ambos grupos de empresas en relación a la diversa naturaleza de sus fines, y del mismo modo la de prestar atención a la diversa composición de estos fines y al grado de intensidad de los elementos públicos de los mismos, a efectos de valorar en su justa medida los diversos aspectos del régimen y funcionamiento de cada empresa.

Las consideraciones que anteceden son bastantes por ahora a los efectos que se pretenden. Posteriormente, al hacer referencia a cada uno de los aspectos sobre los cuales incide la diversa naturaleza de los fines y actividades de las empresas públicas, será el momento de comentar estas incidencias, y las conclusiones que de ello puedan sacarse completarán las observaciones antedichas.

IV

De lo expuesto se deduce la necesidad de intentar un replanteamiento total del tema, comenzando por el significado mismo del término «empresas públicas», pues el desacuerdo inicial sobre el mismo ha sido en gran parte la causa de los infructuosos resultados de los esfuerzos que ha venido haciendo la doctrina a lo largo del tiempo.

No se ha de pretender una definición, porque definir supone limitar y reducir la realidad, y cuando ésta es tan pujante como en este caso, la definición queda pronto desbordada y, por lo tanto, inservible, con lo cual el esfuerzo definidor resulta inútil cuando menos y muchas veces perturbador.

El propósito es otro, es decir, conseguir una base de acuerdo inicial para que el diálogo sea posible y la investigación fructífera. Este conven-

(17) Es éste el marco, por ejemplo, de la polémica sobre el fin lucrativo de las empresas públicas, sobre el cual me parece que no interesa detenerse.

(18) En este sentido se ha pronunciado la Comisión de Verificación de Cuentas de las Empresas Públicas en su 8.º informe. Véase el comentario de André G. DELION al citado informe en *Droit Administratif*, abril 1963, pág. 200.

cimiento parece ser firme en la doctrina actual, que de una forma o de otra va aceptando un significado amplio del término «empresa pública» sin las preocupaciones dogmáticas de la época anterior.

La variedad de los fines y formas ha provocado a su vez una variedad correlativa de conceptos, desde el restringido que en España mantienen GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLAR PALASÍ (19), y al que se adhiere S. MARTÍN-RETORTILLO (20), basado en la doble idea de personificación jurídico-pública y régimen privado, hasta los conceptos amplios, que más que definir la figura dibujan el fenómeno, como los de GARRIDO FALLA en España y DELION en Francia (21).

Entre ambos extremos una variedad extraordinaria de matices de acuerdo con preferencias individuales, excluyendo del concepto las formas privadas con un rigor lógico inservible hoy, como TREVES (22), ligando el concepto a los estrechos moldes del servicio público, como CHARLIER, CHAVANON y otros, o montándole de acuerdo con el derecho positivo sobre el concepto de participación estatal, como hace la doctrina italiana más reciente.

Fácilmente se comprende que tal variedad no es útil e igualmente que un concepto restringido no sirve como punto de partida (23). Interesa más un concepto amplio, sin pretensiones dogmáticas, comprensivo de la extensa gama de formas en que el fenómeno de la actividad pública de empresa se concreta.

En este sentido bastaría conceder a los dos términos, «empresa» y «pública», todo su valor y conformarse inicialmente con que la actividad constituya empresa en sentido económico, y que tal empresa sea gestio-

(19) *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*. VILLAR, en el número 3 de esta REVISTA, 1950, y *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el número 17 de esta REVISTA, 1955.

(20) *Las empresas públicas en Derecho español*, Ponencia presentada en la Tabla Redonda del I. I. S. A., celebrada en Varsovia, junio 1964.

(21) GARRIDO FALLA propone: «Un concepto amplio que alude al fenómeno de una entidad administrativa que por razones de interés público o simplemente de lucro se implica en la gestión de una actividad susceptible de explotación económica, asumiendo el riesgo propio de tal explotación». *Las empresas públicas*, en *La Administración Pública y el Estado contemporáneo*, I. E. P., Madrid, 1961, pág. 131.

André G. DELION —*L'Etat et les entreprises publiques*, Sirey, 1959— entiende por empresa pública «un patrimonio personalizado afecto a una tarea económica». pág. 17. También en *Le statut des entreprises publiques*.

(22) *L'impresa pubblica*, Università di Torino, 1950.

(23) Así lo advierte el mismo S. MARTÍN-RETORTILLO, op. cit. «Partir de este concepto técnico —se refiere al de VILLAR PALASÍ y GARCÍA DE ENTERRÍA, que él mismo inicialmente acepta— resulta, sin embargo, excesivamente restringido, ya que en base al mismo de ningún modo puede alcanzarse una representación real efectiva de la gestión industrial del sector público».

nada, dirigida y controlada de forma inmediata por un ente público. Empresa pública sería entonces, como dice FORSTHOFF, la mantenida por la Administración pública (24).

Como ya se apuntó más atrás, se va consolidando en la doctrina más reciente un concepto amplio de empresas públicas (25), respecto del cual hay que advertir, sin embargo, que viene condicionado en muchos casos al requisito de la personalidad jurídica independiente (26).

Esto deja fuera una pluralidad de organismos cuya condición y actividad encaja perfectamente en el marco institucional del sector público industrial, y ello en principio no parece aconsejable ni útil, en tanto que no se fijen las bases del alcance actual de la personalidad jurídica, problema difícil, ya que en el derecho privado está planteada su crisis (27), y en el público, y concretamente en el sector que nos ocupa, ahora no tiene tampoco una precisión satisfactoria y, por lo tanto, determinante.

Habida cuenta de ello, quizá sea más útil prescindir de este elemento a la hora de formular un concepto de las empresas públicas, al menos si, como en este caso, sólo se pretende lograr con el apuntado una base común de partida que haga posible los desarrollos posteriores.

* * *

Quizá convenga en este punto hacer una referencia a la terminología vigente en nuestro ordenamiento, a su significado y contenido. En este

(24) *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., I. E. P., Madrid, 1958, cap. VI, página 661.

(25) GARRIDO FALLA lo considera generalizado. Véase la nota 20 del trabajo citado.

(26) Véase la definición citada de DELION en nota 21. En el mismo sentido, el documento de trabajo de la Tabla Redonda de Varsovia del Dr. Nikola BALOC. Después de dar un concepto amplio, entendiéndolo por empresas públicas «todas las empresas creadas por un acto especial o en virtud de una ley general, así como las empresas y sociedades en las cuales la influencia del Estado es total o preponderante, hecha abstracción de si han sido creadas en virtud de reglas de derecho privado, en los casos en que esta influencia esté asegurada por medio de capitales que pertenecen al Estado», exige que la organización esté dotada del estatuto de persona jurídica, cualesquiera que sean las restricciones posibles, siempre que no sean tales que reduzcan a nada esta facultad.

(27) Véase, por ejemplo, ROLF SERICK: *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona 1958; DE CASTRO: *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, «Anuario de Derecho civil», 1949, págs. 1.397 y sigs.; *¿Crisis de la sociedad anónima?*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 49, 1950; *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, Estudios del Centenario de la Ley del Notariado. Sección III. Estudios Jurídicos Varios, vol. I, Madrid, 1964; A. DE COSSIO, *Hacia un nuevo concepto de persona jurídica*, en «Anuario de Derecho civil», julio-septiembre 1954.

sentido hay que prescindir de conceptos marginales, tales como los formulados en el Decreto de 29 de mayo de 1957 a los fines de la Ley de Formación Profesional de 20 de julio de 1955. Dicho Decreto entiende, a los efectos apuntados, como «*empresas de propiedad estatal* aquellas cuyo propietario sea el Estado y el riesgo recaiga sobre el patrimonio público», asimilando a ellas las de los Ayuntamientos, Diputaciones y demás entes integrantes de la Administración. *Empresas paraestatales* son, para el citado Decreto, «las fundadas por el Estado o aquellas en las que éste tenga una participación económica o bien les otorgue su tutela, a la par que ejerce sobre ellas la vigilancia, que sin suponer dependencia jerárquica, incumbe a la Administración, por tratarse de entes autónomos que ésta crea y a los que inviste de personalidad pública para la realización de funciones inherentes a la actividad productora del Estado». El alcance limitado de ambas definiciones legales y lo confuso de los elementos combinados en ellas reduce su valor aquí al puramente anecdótico.

Otro tanto ocurre con el concepto formulado indirectamente en el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 sobre inversiones extranjeras y con las restantes referencias contenidas en disposiciones de distinto carácter.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 establece por vez primera una disciplina específica, aunque de forma parcial, sobre la actividad industrial y comercial del Estado y los entes públicos, montándola sobre tres categorías definidas: organismos autónomos, servicios administrativos sin personalidad y empresas nacionales.

¿Qué relación guardan estas tres categorías de organismos con las empresas públicas? La Ley de 26 de diciembre de 1958 ha partido de una realidad peculiar —proliferación de organismos autónomos y necesidad de disciplina financiera— y ha construido sus esquemas sobre los datos que la propia realidad le ofrecía, renunciando de antemano a cualquier otro objetivo. El instrumento para conseguir los fines propuestos ha sido, pues, fundamentalmente el manejo diverso de la flexibilidad en materia financiera y contable en tres grados, de acuerdo con la personificación jurídica privada o pública o la ausencia de ella en los organismos o entidades encargados de funciones o actividades de algún modo extrañas a las tradicionales de la Administración pública o a sus métodos.

En lo que ahora importa, por lo tanto, hay que concluir que las empresas públicas caben perfectamente en el marco de las tres categorías citadas, y en consecuencia, tales categorías carecen de todo valor dogmá-

tico (28), siendo el suyo propio puramente instrumental en relación a la disciplina financiera que la Ley pretendió establecer.

Es necesario, sin embargo, otra puntualización referente a una de las citadas categorías: la de empresas nacionales.

El artículo 4.º de la Ley las define como «aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas».

De la lectura del texto se desprende la coincidencia de este concepto con el indicado anteriormente respecto de las empresas públicas, y esa coincidencia se afirma a través de los párrafos que la Exposición de Motivos de la Ley dedica a ellas. Sin embargo, esta apariencia de correlación «empresa nacional-empresa pública» se desvanece si se tiene presente lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 92, que exige que sean constituidas *precisamente como Sociedades anónimas*, uniendo así un nuevo elemento conceptual que obliga a modificar la definición del artículo 4.º del modo siguiente: «Las empresas nacionales son aquellas *Sociedades anónimas* creadas por el Estado...», restringiéndose, por lo tanto, su alcance, y pasando a constituir una especie del género «empresa pública», conforme al criterio amplio adoptado como base.

Este mismo sentido viene a adoptar la más reciente terminología legal sobre la materia. Así lo hace la Ley del Patrimonio del Estado, al emplear, cuando se refiere a las empresas en las que el Estado es partícipe, la expresión «tengan o no la consideración de nacionales», y así lo prueba también la existencia de empresas pertenecientes al Estado que se apartan del molde de las empresas nacionales, como es el caso, para citar el más notorio, de RENFE.

No tiene, pues, sentido hoy, pues ya no resulta en el actual estado de la doctrina *paradójico* ni *perturbador*, la polémica terminológica planteada por el legislador de 26 de diciembre de 1958 en la Exposición de Motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas. El artículo 106 de la Ley del Patrimonio del Estado es terminante en este sentido: «La actividad industrial y comercial realizada por los organismos autónomos y las empresas, nacionales o no, de que sean partícipes o propietarios,

(28) La propia Exposición de Motivos de la Ley así lo advierte: «... la Ley ha huído de un cerrado dogmatismo, buscando, por el contrario, adaptarse a las exigencias de la mejor gestión de los intereses públicos, y de ahí la posibilidad —y necesidad, también actual— de que ciertas actividades económicas o determinados aspectos de las mismas puedan encomendarse a organismos autónomos...».

así como la de los servicios administrativos, se sujetará al régimen jurídico de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y disposiciones especiales».

La polémica, por otra parte, no ha sido privativa de nuestro ambiente. Cierta sector de la doctrina francesa más reciente, por ejemplo, reserva el término «empresa pública» para los establecimientos que son propiedad exclusiva de la colectividad, y el de «empresa nacional» para aquellas en las que el Estado detenta la simple mayoría, sin que existan razones de peso que abonen la distinción (29). Sin embargo, la mejor doctrina tiende a rechazar esta contraposición de términos que no hace sino introducir un elemento más de confusión en materia de por sí tan compleja (30).

En nuestro ordenamiento no es posible, sin embargo, suprimir sin más la equivalencia, como ya se ha dicho más atrás, habida cuenta de la consagración legal de la expresión empresa nacional. De todos modos, la configuración de este concepto comentada antes lleva a concluir la relación *especie-género* en que se encuentra respecto del de empresa pública, con el que no se intenta ligar ningún régimen jurídico, sino inicialmente aludir al fenómeno de la producción industrial del Estado, que es común a todas las formas y personificaciones posibles, que no tienen otro alcance que el de ser su instrumentación real.

V

Hechas ya estas aclaraciones, de alcance más bien terminológico, pero necesarias para lograr un acuerdo imprescindible para el mejor desarrollo de los temas a tratar, es el momento de definir éstos, insistiendo sobre las ideas bosquejadas al comienzo.

Son muchas las perspectivas desde las que pueden estudiarse las empresas públicas, y todas ellas están íntimamente relacionadas; pero aquí interesan sólo las jurídicas, y de éstas, unas determinadas, cuya urgencia presenta un especial relieve.

(29) Véase Pierre DU PONT, *L'Etat industriel*, Sirey, 1961, pág. 8.

(30) Así DELION, en su libro *Le statut des entreprises publiques*, «L'Administration nouvelle», París, 1963 —nota 20—, afirma: «La expresión «empresa nacional» a veces empleada se debe proscribir. Crea primero una penosa ambigüedad, pues tiene ya en derecho otro sentido, el de empresa de nacionalidad francesa. Además, no puede designar más que una parte de las empresas públicas, las que pertenecen al Estado, pero no las que dependen de otras colectividades públicas o de varios Estados».

Cuando surge un fenómeno nuevo, se procura reducirlo a los esquemas mentales en uso; pero si la realidad que brota tiene fuerza en sí misma, va creciendo a su ritmo, de tal forma que cuando ha tomado ya un volumen considerable, resulta necesario un examen de conciencia. Ocurre en ese momento que los resultados de la recapitulación ponen de manifiesto un distanciamiento enorme entre lo que la doctrina estudia y las necesidades a las que conviene dar solución, y a consecuencia de ello se produce entonces el inevitable salto y la atención se centra en la ordenación de la realidad. Será luego, una vez logrado el asentamiento de los fenómenos sobre bases sólidas, el momento oportuno para ocuparse de nuevo con la suficiente perspectiva y seguridad de los temas que quedaron en el camino.

Con esto quedan descartados los temas de tono excesivamente dogmático, cuyo interés es sólo puramente especulativo. Interesan, por el contrario, otros problemas más acordes con la realidad actual del sector público industrial. ¿Qué muestra esta realidad? En primer término, un crecimiento casi constante del sector, si bien por vías menos visibles de las utilizadas al comienzo de la evolución. En segundo lugar, una defectuosa estructuración del sector mismo, de sus relaciones con la Administración propiamente dicha, con el Gobierno y su política. Por último, las críticas se dirigen a las empresas mismas, a su gestión y a sus dirigentes, puesto que la raíz de todos los problemas está precisamente en la base del sistema, es decir, en las propias empresas.

Interesa, por lo tanto, el hallazgo de las razones que hagan buena la creación de nuevas empresas públicas o el mantenimiento de las ya existentes, es decir, que justifiquen la existencia y volumen del sector público industrial, y esto no por simple honradez especulativa, sino por la necesidad de contar con un límite racional a la expansión desmesurada del sector y hacer válida para el futuro la ordenación que viene necesitando.

Importa, después, estudiar esta organización, porque de una organización coherente del sector dependen el eficaz cumplimiento por las empresas públicas de la parte de la política económica que les está encomendada, la acción coordinada entre todas ellas y la adecuada estructuración de los controles de todo tipo necesarios como garantía de eficacia.

Y, finalmente, es necesario ocuparse de la propia organización de las empresas, de su estructura y de su gestión, ya que quienes en definitiva realizan la actividad de producción son las empresas mismas, y en última instancia, de su eficaz gestión depende su justificación y su éxito.

En lo que a España se refiere, este planteamiento está en sus comienzos. La Ley de 28 de diciembre de 1963, que aprueba el Plan de Desarrollo Económico y Social, supone una toma de conciencia sobre el primero de los temas citados, y la del Patrimonio del Estado, articulada por Decreto de 15 de abril de 1964, ofrece en el capítulo V de su título II y en el título III los prolegómenos de una ordenación del sector, por lo demás ya anunciada con la creación en 10 de mayo de 1957 de la Dirección General del Patrimonio del Estado, y especialmente con su reestructuración por Decreto de 19 de mayo de 1960 (31).

Menos, en cambio, ofrece la panorámica legal reciente en relación al tercero de los temas propuestos, la organización y gestión interna de las empresas. Únicamente la reorganización de RENFE, que se inicia con el Decreto-Ley de 19 de julio de 1962 y termina con el Decreto-Ley de 23 de julio de 1964 y el Decreto del 24 del mismo mes y año, que aprueba su Estatuto, apunta soluciones de interés.

De ello se desprende la necesidad de afrontar estos temas, hasta hoy descuidados en nuestra doctrina, porque su tratamiento legal sólo es posible a partir de la existencia de un estado de opinión serio y fundado en el que las soluciones posibles hayan sido suficientemente contrastadas.

Esta selección de problemas no significa que éstos sean los únicos que afectan a la empresa pública en la actualidad, ni siquiera en nuestro ambiente. De antemano el planteamiento se ha reducido a los problemas de índole jurídica, y entre los de esta clase, a los de una mayor urgencia. Los tres señalados, a mi juicio, constituyen el comienzo obligado de toda una serie, cuyo desarrollo no sería posible si no se sientan primero las bases de una disciplina del sector público, de modo que éste exista como tal unidad propia, sin perjuicio de las especialidades y diversidad de matices obligadas en razón a la disparidad de fines a los que la empresa pública, como forma de actividad y técnica de gestión de intereses públicos, debe responder para justificar su existencia dentro del complejo de instituciones de la sociedad actual.

(31) Resulta interesante la lectura del Preámbulo que acompaña al Decreto de 19 de mayo de 1960. Dice así: «La experiencia desde entonces obtenida pone de manifiesto la conveniencia de que se atienda en la gestión del patrimonio del Estado, en especial en la relativa a patrimonios industriales, mineros y de servicios y a participaciones estatales de todo orden, a principios económicos y financieros».

«Esta conveniencia ha sido reconocida en los artículos 72 y 75 de la Ley de 26 de diciembre de 1958...».

«Todo ello aconseja modificar la actual organización de la Dirección General en forma que permita la eficaz realización, en la parte que a ella corresponda, de las funciones que al Ministerio de Hacienda atribuyen los artículos 72 y 75 de la Ley de 26 de diciembre de 1958...».

Si la urgencia de estos problemas —criterio determinante de su relación— no se desprende con evidencia de lo que antecede, es de esperar, en cambio, que no quede duda sobre la misma si se atiende a una especificación de los mismos, de su contenido y de la orientación según la cual quieren ser tratados. Por eso quizá sea conveniente, a efectos de completar y justificar este planteamiento, exponer en forma sumaria el esquema de la problemática apuntada y el alcance que quiere darse a su desarrollo.

VI

La expansión del sector público ha respondido a criterios diversos a lo largo de su evolución, algunos de ellos —los de índole predominantemente ideológica— han perdido peso específico y en el momento presente no tienen un carácter determinante, y en consecuencia ni siquiera son aireados por los partidos y grupos que les dieron vida; otros marginales en cualquier caso a los fines propios de la actividad productora del Estado, como los relativos al mejoramiento de las relaciones laborales, han perdido consistencia al ser contrastados con la realidad. Si a ello se une la existencia de empresas o propiedades públicas cuyo carácter de tales fué adquirido al calor de situaciones coyunturales favorables y ajenas a una política de conjunto, es claro que urge en primer término reconsiderar la extensión y los límites del sector público industrial en relación a sus fines.

Tradicionalmente, la acción del Estado se viene extendiendo según el principio de subsidiaridad, puente de transición entre el Estado liberal y la realidad político-social que hoy se vive en los países de Occidente. Esta acción subsidiaria del Estado tiene como presupuesto la insuficiencia o defecto de la iniciativa privada, que con las correcciones de rigor sigue siendo la piedra angular del sistema.

Acción subsidiaria e iniciativa privada son términos a manejar dentro de este tema de la justificación de las empresas públicas, y, por lo tanto, conviene hacer sobre ellos algunas observaciones.

En un plano puramente especulativo, la justificación de la intervención del Estado en el campo económico debe realizarse en dos momentos o, por así decirlo, requiere prestar atención en dos instancias. En efecto: hay campos de acción tradicionalmente ganados por la Administración —servicios públicos clásicos— y en ellos la procedencia de la introduc-

ción de la empresa pública supone una opción de carácter técnico. Sin embargo, en otros supuestos, antes de preguntarse por la conveniencia de realizar la intervención por medio de la empresa pública es necesario resolver si la propia intervención es conveniente.

De este modo, el principio de subsidiaridad en relación a la empresa pública juega un doble papel: primero, en orden al campo de actividad que se considera, y después, respecto a la técnica más propia para actuar en él. ¿Es necesaria la intervención de la Administración en un sector determinado? Y en el supuesto de que lo sea, ¿es la empresa pública el mejor modo de llevarla a cabo? Estas son las preguntas que resumen el tema. Es necesario saber primero si un cierto sector económico muestra síntomas de insuficiencia o defectos tales que justifiquen la acción del Estado, y probado que tales síntomas existan, hay que decidir si para solucionar el problema no bastan otras técnicas, de fomento, por ejemplo, y es necesario insertar en el sector una empresa pública.

Este desdoblamiento parece obvio y, sin embargo, no es ocioso reparar la atención en él, si se tiene en cuenta cuáles son las directrices adoptadas por la legalidad vigente. La mecánica instaurada por la Ley 194 de 28 de diciembre de 1963, al menos en su aspecto externo, no parece considerarlo, aunque es cierto que buena parte de este proceso discursivo pertenece al ámbito interno de la propia Administración. La empresa pública en el marco de una política de plan debe jugar en estrecha correlación con las medidas de fomento adoptadas, de modo que en ningún caso las posibilidades de éstas queden ahogadas por una acción pública directa, ni se resientan tampoco las previsiones del plan. Se trata, en suma, de un problema de articulación de técnicas, en el que la de la actividad pública de empresa debe entenderse como un último recurso, cuyo límite máximo se encuentra en las fronteras de la iniciativa privada, y el mínimo en la consecución de los objetivos previstos en el plan económico.

La referencia al plan impone otras consideraciones que desbordan el campo de la acción subsidiaria y reducen en cierta medida su ámbito. Las más recientes medidas nacionalizadoras —la Banca oficial en España y la industria eléctrica en Italia— han puesto de manifiesto otros criterios determinantes de la conversión en públicas de ciertas empresas privadas. Prescindiendo de la corrección de los presupuestos —muy discutida en relación a la segunda (32)— han revelado cómo la planificación

(32) Véase *La nazionalizzazione dell'industria elettrica in Italia*, Relazione parlamentari presentate dal Governo e dalle Commissioni Speciali della Camera dei Deputati e del Senato. Studium. Roma. diciembre de 1962.

económica impone sus propias exigencias y en cualquier caso produce en el planificador un deseo progresivo de convertir en datos seguros las simples referencias e índices, especialmente respecto a ciertos sectores cuya influencia en las previsiones del plan es más importante, por su especial carácter económico básico.

¿Legítima esto la publicación de todos los sectores básicos? Una tal consideración supone la existencia de un valor entendido de carácter político que condiciona la respuesta afirmativa. Las exigencias de la planificación son un dato a tener en cuenta, pero una atención desmesurada a ellas puede conducir a un cambio total de los principios sobre los que descansa el sistema mismo, y, por lo tanto, su examen debe templarse al calor del estudio de las circunstancias técnicas. Sólo cuando éstas revelen la absoluta correlación entre nacionalización del sector y el éxito del plan debe cederse a las exigencias de éste.

Hay que notar, sin embargo, como ya se advirtió más atrás, que la hora de las nacionalizaciones ha pasado ya y que hoy la expansión del sector público se realiza por otros caminos, mediante la creación de empresas aisladas.

Estos dos grandes principios, intervencionismo y planificación, resumen gran parte de los criterios justificativos de la actividad pública de empresa, pero no todos. A la empresa pública se ligan otros fines, que si no sirven para una explicación general, sí son útiles para comprender la realidad de ciertas empresas cuya existencia no podía justificarse totalmente en relación a esos dos criterios generales. En este sentido, el mejoramiento de las relaciones laborales, la estabilización de la coyuntura, la absorción del paro, la investigación, la defensa nacional, promoción cultural, etc., son objetivos a tener en cuenta a la hora de efectuar una revisión del sector empresarial público.

La justificación de las empresas públicas debe comenzar, pues, por la atención a sus fines, pero es evidente que no puede terminar en ella. La observación de los fines justifica en principio la existencia, pero no la continuidad de la empresa. Las empresas públicas deben justificarse diariamente del mismo modo que lo hacen las privadas, y ello exige atención a sus métodos y a sus resultados, es decir, la realización de un contraste entre los fines institucionales y su realización que revele la rentabilidad del esfuerzo empresarial.

Esta segunda fase de la justificación debe realizarse de forma distinta a como tiene lugar en la empresa privada, ya que ni aun en el supuesto modelo de empresas públicas que actúan en un sector concurrencial y sin

fines sociales específicos que atender, es posible la asimilación. Es necesario recordar siempre que aun en los supuestos límites el adjetivo «pública» advierte la existencia de componente de este carácter en el fin de la empresa. La valoración de resultados es, pues, un problema delicado que hay que realizar teniendo presente en todo caso la entidad de tales componentes y las derogaciones que imponen en el esquema simplista propio de la empresa privada (33).

Este tema de la justificación diaria de la empresa pública remite a otros, tales como los métodos de gestión de la empresa y los de comprobación pública de los resultados, y en consecuencia, supone el examen previo de éstos, constituyendo, por así decirlo, el cierre del ciclo que se considera y el contraste último de las soluciones que se adopten.

VII

Las constantes alusiones al sector público hacen necesario justificar tal denominación en cuanto comprensiva de una pluralidad de empresas que responden a fines diversos y actúan a través de formas también distintas. Pese a esta diversidad, parece evidente la posibilidad de reconducirla a unos mismos principios, ya que en última instancia en todas ellas responden genéricamente a unas características comunes (34). Por otra parte, de una consideración unitaria de esa pluralidad de empresas depende su coherente organización, y con ella su correcta inserción en la esfera pública.

Este deseo de unidad ha llevado a la doctrina italiana más reciente (35) a aplicar la tesis ordinamentalista de Santi ROMANO (36) al sector

(33) En este sentido, ROBSON, *Industria nacionalizada y propiedad pública*, págs. 412 y siguientes.

(34) Así lo advierte André G. DELION, *Le statut des entreprises publiques*, París, 1963, página 13: «Cet effort de synthèse peut enfin renforcer le sens d'une communauté qui découle de la mission même des entreprises publiques, mais qui apparait mieux encore a la similitude de leurs problèmes et de leurs règles de gestion».

(35) Por ejemplo, S. CASSESE, *Partecipazioni Pubbliche ed enti di gestione*, Ed. di Comunità, Milán, 1962: «El ente de gestión asume relevancia en el ordenamiento general como ente exponencial de un ordenamiento, el constituido por el grupo de sociedades», pág. 118.

(36) *El ordenamiento jurídico*, versión castellana de S. y L. MARTÍN-RETORTILLO, I. E. P. Madrid, 1963, especialmente pág. 329: «Como instituciones en este sentido hay que señalar los diversos órganos del Estado y no sólo los órganos *strictu sensu*, sino también los llamados institutos estatales...».

público, explicando las relaciones de los diversos grupos de empresas con la Administración del Estado como relaciones entre ordenamientos.

La doctrina española discurre, en cambio, por el camino de la descentralización funcional (37), que, sin embargo, no alcanza a explicar todos los supuestos, ya que existen empresas que responden al concepto de descentralización por servicios, caso de RENFE, y otras en las que el Estado participa directamente sin interponer un ente funcionalmente descentralizado.

En cualquier caso, el problema de la organización del sector público supone a su vez un conjunto de problemas de articulación de los distintos estadios de que se compone. En efecto, son tres los planos que deben distinguirse dentro de este complejo: las unidades de producción, los entes públicos, cuya misión institucional es precisamente la gestión de aquellas unidades, es decir, la Administración de gestión, y, por último, la que pudiera llamarse Administración de tutela y control, que responde a la idea última que el concepto de empresa pública encierra, en cuanto empresa mantenida por la Administración pública.

El problema fundamental es, pues, establecer los engarces necesarios entre ellos y articular debidamente sus relaciones para un correcto funcionamiento del sistema.

Para que esta articulación sea posible es necesario conjugar debidamente la independencia de las empresas y de los entes de gestión con el papel del Estado propietario de empresas y productor de bienes, titular de una serie de instrumentos cuyo manejo es imprescindible para la realización de la política en su conjunto. Surge aquí el tema de la personalidad jurídica e incluso el de la penetración a su través con sus múltiples implicaciones. En todo caso es necesario tener presente ese carácter de propietario que la Administración tiene respecto de las empresas y que obliga a referir a ella en último término los resultados de la gestión del sector.

La inserción de las empresas públicas en la política industrial y económica obliga a tener en cuenta problemas tales como los de la tutela técnica y la tutela financiera. La primera está llamada a asegurar el funcionamiento de las empresas con arreglo a las directrices necesarias. Esto es particularmente importante en el supuesto de que la economía de un país se desenvuelva de acuerdo con un plan, que en cualquier caso

(37) Véase GARRIDO FALLA, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1950. Más recientemente, BAENA, *Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central*, en el número 44 de esta REVISTA, 1964.

es de obligatorio cumplimiento para las empresas del sector público (38); pero, aunque así no fuera, el simple hecho de la planificación y de sus previsiones obliga a establecer los mecanismos necesarios para que, en cualquier caso, el Ministro responsable de un sector de la política económica del país pueda introducir las correcciones de la realidad necesarias para hacer efectivas las previsiones del plan.

Política de conjunto e independencia de las empresas son los datos cuya articulación constituye motivo de especial preocupación en la doctrina de todos los países cuya economía funciona con arreglo a un patrón mixto.

La tutela financiera está también ligada a la política de plan. De cualquier forma, sin embargo, con plan o sin él, el control de las inversiones y la vigilancia de sus resultados son resortes que ningún Gobierno puede ni debe abandonar.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad evidente de disciplinar las relaciones entre los tres estadios a que se ha hecho referencia. La organización del sector público es el presupuesto de una acción eficaz de sus empresas, y es precisamente a través de una correcta solución de estas relaciones como deben estudiarse los problemas de control, que en última instancia no es otra cosa que la verificación de la eficacia de la gestión realizada.

El problema está en pie en todos los países y sólo ha sido abordado de frente y de forma general en uno. Efectivamente, la Ley italiana de 22 de diciembre de 1956, que crea el Ministerio de Participaciones Estatales, establece un esquema orgánico que pretende resolver todos los problemas a que se ha hecho referencia.

Un Departamento responsable de las participaciones estatales, que, sin embargo, no las gestiona directamente, pues esta labor se encomienda por la Ley a entes autónomos de gestión, cuyo fin institucional es precisamente el encuadramiento de las mismas, y un Comité interministerial llamado a asegurar la coordinación, son los puntos salientes del esquema orgánico dibujado en Italia.

En los demás países las soluciones han sido parciales y el sistema descansa sobre piezas aisladas, que soportan, por lo tanto, más peso del que por su naturaleza debieran. Es el caso de Francia, país en el que las empresas públicas dependen de distintos Departamentos, sin que exista, ni siquiera parcialmente, un ente público responsable de su gestión. El

(38) Como es nuestro caso, dado que establece la obligatoriedad el artículo 2-1 de la Ley del Plan de Desarrollo de 28 de diciembre de 1963.

correcto juego de las empresas del sector pretende asegurarse a través de un organismo de control, la Commission de Verification des Comptes des Entreprises Publiques, cuya acción desborda la simple verificación contable para ofrecer un juicio completo sobre los resultados y los problemas del sector público entero.

El sistema inglés ofrece, como siempre, una solución peculiar, montada sobre la base de la responsabilidad política de los Ministros cara al Parlamento y a la opinión pública.

Esto merece una consideración especial. Empresas públicas y opinión pública constituyen referencias de un tema específico cuyo contenido constituye el cierre del sistema. Ha dicho ROBSON acertadamente que la principal consecuencia de las nacionalizaciones ha sido despertar el interés del público por una serie de industrias que en el período anterior no eran objeto de especial atención (39). Nada hay más cierto que esto sin duda. El paso a la esfera pública de ciertas empresas ha concedido un especial relieve a la opinión del hombre de la calle, porque el interés de éste en el buen funcionamiento de toda empresa económica ya no es el de cliente solamente, sino uno más general que sirve para unir en él a todos los individuos del país, en cuyo interés se ha realizado formalmente la publicación de ciertas empresas o sectores industriales.

La última justificación de las empresas públicas está en el cumplimiento del interés público que se les ha confiado; por eso desde todos los ángulos y en virtud de toda clase de argumentos se alzan voces solicitando una actuación cara al público de esta clase de empresas.

Es aquí donde encuentran su razón de ser los Consejos de Consumidores, la publicación de programas y cuentas, de memorias e informes, que revelen en cualquier caso la actuación correcta de la empresa.

El Parlamento actúa en este sentido como tribuna pública, donde se debaten los temas relativos a las empresas del sector público y donde se hacen efectivas las responsabilidades de los Ministros bajo cuyas directrices han actuado.

El problema más arduo en relación a este respecto es el de la efectividad de los mecanismos parlamentarios utilizables al caso, lo cual depende, como es obvio, de la estructura del sistema político imperante. De todas formas, cualquiera que sea éste, la confrontación pública, fines-programas-resultados, es ya una primera garantía, por sí mismo efectiva. Sacar a la luz pública la política general de las empresas constituye un

(39) *Industria nacionalizada...*, pág. 202.

compromiso, que, aun sin otras garantías, ofrece una muy importante: la derivada de la publicidad misma.

La práctica parlamentaria inglesa ha revelado en múltiples ocasiones la utilidad del sistema. Importa, pues, analizar los mecanismos posibles y sus problemas de utilización: información de los parlamentarios, documentación, intervenciones, interpelaciones y respuestas, etc. Todo ello sin olvidar las limitaciones que impone el respeto al secreto empresarial, tan necesario de mantener en una empresa pública, sobre todo si actúa en un sector concurrencial, como en las empresas privadas.

VIII

El documento de trabajo elaborado por el Doctor Nikola BALOG en la Tabla Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrada en Varsovia el pasado mes de junio, ha puesto de relieve la correlación existente entre los diversos tipos de empresas públicas y los objetivos que les son asignados en cada caso. Esta acertada observación no debe entenderse, sin embargo, como una adscripción radical, sino como un criterio aproximado, y en este sentido es claro que posee un estimable valor.

Es necesario, pues, distinguir, al hablar de las formas de la empresa pública, los supuestos de empresas que gestionan servicios públicos de aquellas que cumplen misiones de política económica. Mientras que para las primeras parece más adecuada la forma pública, porque en cualquier caso la publicidad del servicio es tan intensa que tiende a teñir casi totalmente la apariencia privada de la empresa en el caso de que ésta formalmente adoptara un tipo societario; para las del segundo grupo es la forma privada, fundamentalmente el tipo de Sociedad anónima, la que más puede convenirles, y esto no sólo por razones de igualdad respecto de las empresas privadas concurrentes, sino también por la utilidad para la propia Administración.

Esto impone la consideración acerca de dicha utilidad, porque no toda la doctrina acepta sin reservas la conveniencia de la forma anónima (40). A la pregunta ¿cuál es la utilidad de la Sociedad anónima para

(40) Son numerosos los autores que manifiestan su opinión contraria al empleo de la forma anónima. A título de ejemplo pueden citarse: ROBSON, *Industria nacionalizada...*, pág. 30. En el mismo sentido Gastón LACARDE, *De la société anonyme a l'entreprise publique*, en *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle*. Etudes offertes a G. Ripert, París, 1950, pág. 305.

las empresas públicas? hay que contestar que es la misma cuantitativa y cualitativamente que para los particulares. No se trata ya de evitar controles —tal fraude del tipo privado debe evitarse con la acertada solución al problema de la organización del sector—, de contar con una mayor flexibilidad operativa —que puede conseguirse por otros medios—, ni siquiera de lograr la colaboración del capital privado —la «economía mixta» no ha respondido en este aspecto a la confianza depositada inicialmente en ella—; se trata, en cambio, de limitar la responsabilidad al capital aportado en la empresa. Surge entonces la cuestión de la licitud de esta limitación, que ha de contestarse recordando uno de los aspectos característicos de la empresa pública, el de ser una técnica al servicio de la Administración, cuya utilización se impone, entre otras razones, cuando resulta más ventajosa que cualquier otra utilizable alternativamente.

De todos modos, el problema de las formas tiene hoy menos importancia de la que en principio parece. Ya se trate de un establecimiento público, de una empresa pública en sentido estricto, de un organismo autónomo, una «régie» o una Sociedad anónima, el problema de la gestión descansa siempre sobre los órganos de dirección de la empresa.

En este sentido tiene la mayor importancia revisar los criterios de composición de los órganos colegiados, que deben de ser tales que atraigan a éstos a las personas más idóneas en cada caso e igualmente hallar verdaderos «managers» o gerentes para la dirección inmediata de la empresa.

En relación a la primera cuestión hay que observar el giro producido en lo que se refiere a la composición misma de los Consejos de Administración, desde la «gestión tripartita», puesta en boga por la ideología nacionalizadora francesa, hasta las soluciones tecnocráticas imperantes en la actualidad. La representación de intereses se realiza hoy al margen de los Consejos de Administración mediante los Consejos de Consumidores, Comités de empresa, la *joint consultation*, etc. La experiencia ha probado la inutilidad de este esfuerzo representativo, por la dificultad de representar eficazmente a ciertos sectores —consumidores—, por la existencia de técnicas más idóneas y eficaces para los propios interesados —caso de los trabajadores—, por el hecho evidente de que lo que en realidad importa es la gestión eficaz de la empresa, y no representar intereses en el seno del órgano institucionalmente llamado a adoptar las decisiones empresariales.

Las normas más recientes abandonan ya de forma decidida el sistema

representativo para adoptar el exclusivamente técnico, como es el caso de la reorganización de RENFE y de la Ley de 6 de diciembre de 1962, que nacionalizó la industria eléctrica italiana, creando el ENIE.

La dirección de las empresas públicas es hoy un problema de personas y no de sistemas (41); por eso las normas citadas conceden amplia facultad al Gobierno para buscar las más idóneas con toda libertad. Más lejos no ha podido llegarse aún en la Europa continental, pero sí en Gran Bretaña y países de su área de influencia, donde la adopción desde el comienzo del sistema *trusteeship* ha evitado dar el rodeo de la representación de intereses.

En la Gran Bretaña la discusión se produce alrededor del carácter mismo de las facultades del Consejo, comparando las ventajas e inconvenientes de los *policy boards* y *functional boards*, de la composición mediante miembros *full-time* y *part-time*, ofreciendo soluciones de indudable interés para nuestra realidad (42).

El problema de la dirección eficaz de las empresas públicas no termina con la composición de los Consejos de Administración de las mismas. Aun en el supuesto de un *functional board* compuesto en su totalidad de miembros *full-time*, que no se produce con esa pureza ni siquiera en la propia Gran Bretaña, la gestión diaria de la empresa se realiza por el director-gerente o director ejecutivo de la misma. Esto obliga a poner una gran atención en la forma de vincular a este gerente a la actividad de la empresa de una manera directa y efectiva.

La diferencia última entre las empresas privadas y las públicas radica precisamente en que éstas, por su carácter, no pueden quebrar, aunque formalmente la quiebra sea posible en todos los casos en que se

(41) Véase en este sentido, por ejemplo, *The Liberal Party Report Britain's Industrial Future*, 1928, en *Nacionalization*, A. H. HANSON, pág. 76. En el mismo libro puede consultarse el *Report of the Committee of Inquiry into the Electricity Supply Industry*, 1956, pág. 286.

También en ROBSON, *Industria nacionalizadora...*, pág. 208. Lo mismo en el informe AMICONI, respecto de la nacionalización de la industria eléctrica italiana, *La nazionalizzazione dell'industria elettrica in Italia*, pág. 345.

Son en extremo significativas las palabras de Juan XXIII en la Encíclica «Mater et Magistra»: «Para este fin —la socialización—, sin embargo, se requiere que en los hombres investidos de autoridad pública presida y gobierne una sana concepción del bien común...»; «... deben confiarse —las iniciativas de naturaleza económica— a personas que a una sólida competencia específica junten una honradez ejemplar y un vivo sentido de responsabilidad para con el país».

(42) Puede consultarse en este sentido el informe de la llamada Comisión Fleck sobre el National Coal Board, de 1955, en *Nacionalization*, A. H. HANSON, págs. 142 a 148. También ROBSON, *Industria nazionalizada...*, págs. 218 a 221.

ha adoptado un tipo mercantil (43). Quiere decirse con ello que la deficiente gestión de una empresa pública no lleva consigo para sus dirigentes una sanción semejante a la que la quiebra supone para el empresario privado, y por ello «el empresario público» (44) se ve menos afectado que aquél por la crisis de la empresa. Para el empresario privado la empresa constituye su profesión y su vida; para el «empresario público» la empresa no tiene tal carácter sino accidentalmente, pues en cualquier caso si, como sucede con frecuencia, es funcionario, fracasada su gestión puede volver al puesto propio de su carrera administrativa. Es, pues, necesario llevar a cabo en este aspecto una asimilación del carácter de los empresarios privados y públicos, y para ello es presupuesto previo lograr el interesamiento de éste en la empresa de una manera eficaz.

El mismo tema de las formas de gestión pone de manifiesto los esfuerzos realizados por la Administración en la búsqueda de un empresario. La *régie intéressée*, el *operating contract*, la Sociedad anónima, la concesión misma son hitos diversos de esta búsqueda. Más que expropiar las técnicas, como ha dicho RIVERO, la nacionalización ha intentado buscar empresarios; por ello, si se quiere hacer buena la famosa frase de VEDEL, si se quiere que efectivamente la nacionalización sea un proceso de selección de dirigentes, es necesario encontrar los medios adecuados para que esa búsqueda, esa selección, produzca frutos.

Acertadamente ha puesto de relieve Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (45) que lo característico de ciertas formas de gestión es el «interesamiento» de los gestores. La matización de estas «cláusulas de interesamiento» es precisamente el camino a seguir para dotar a las empresas públicas de verdaderos empresarios.

(43) No se trata de entrar aquí en la vieja polémica de la posibilidad de la quiebra de las empresas públicas, que pertenece, a mi juicio, a una temática carente de actualidad.

(44) La expresión «empresario público» se emplea aquí, como es obvio, desprovista de rigor técnico. Con ella pretende aludirse simplemente al «responsable» de la empresa pública.

(45) *De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*, en el número 36 de esta REVISTA, 1961.

IX

Con lo que antecede quedan expuestos los problemas jurídicos más urgentes que plantea la actual realidad de la actividad empresarial del Estado.

No cabe duda de que estos problemas no son los únicos que pueden formularse; existen, desde luego otros muchos, pero, a mi juicio, su planteamiento y solución está condicionada en buena parte por la postura que se adopte en relación a los que se proponen.

La empresa pública es todavía un reto para el Derecho y la Economía, que en nuestro país no ha sido aún aceptado sin reservas. Es necesario hacerlo, sin embargo, porque la propia realidad económica y social que hoy se vive así lo exige, y debe hacerse con toda urgencia, no sólo por la conveniencia de resolver los problemas que hoy plantea, sino también y principalmente por la necesidad de tomar postura ante la evolución de un fenómeno que cualifica con su presencia nuestro tiempo y que ha de marcar su impronta en el futuro. Es necesario, por lo tanto, averiguar hasta dónde puede llevarnos la corriente y hasta dónde es posible dejarse llevar por ella para poder, llegado el límite, sustraerse a su fuerza.