

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE CREACION DE EMPRESAS NACIONALES: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD *

POR

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA ESTATAL: 1. *Leyes Fundamentales*. 2. *Leyes ordinarias*. 3. *Vigencia jurídica del principio en el tiempo*.—III. OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: 1. *Inexistencia o deficiencia en la iniciativa privada*. 2. *Cese de la intervención estatal: razones del mismo*. 3. *Como límite a la expansión del sector público*.—IV. PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE EMPRESAS NACIONALES: 1. *De la «autarquía» al «neocapitalismo»: su incidencia respecto la creación de Empresas Nacionales*. 2. *La Ley del I Plan de Desarrollo Económico y Social. Causas que establece para la creación*: a) Insuficiencia de la iniciativa privada; b) Combatir prácticas restrictivas de la competencia y estructuras monopolísticas; c) Por imperativos de la defensa o alto interés nacional.—V. PROCEDIMIENTO DE LA CREACIÓN DE EMPRESAS NACIONALES EN LOS CASOS DE INSUFICIENCIA DE LA INICIATIVA PRIVADA: 1. *Concepto de Empresa Nacional*. 2. *Distinción Empresa pública-Empresa Nacional*. 3. *Problemas que plantea el concurso público previo*. 4. *Su significación y alcance*. 5. *Decreto constitutivo*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ANEXOS.

I

La simbiosis intervención-economía se predica, sin lugar a dudas, como una característica de nuestro tiempo. Más aún, resulta ya tópico hablar del paso del Estado abstencionista al Estado intervencionista, y es que lo característico, lo novedoso, consiste en que, junto a las tradicionales formas de intervención administrativa, han aparecido nuevas modalidades y medidas de intervención, resultado del nuevo talante que adopta el Estado respecto la sociedad. La asunción de actividades económicas por la Administración dada la creciente complejidad de la vida y la exigencia de satisfacer nuevas necesidades públicas (1), a la vez que controlar e intervenir en los procesos económicos, provoca innumerables problemas al jurista, el cual no ha logrado

* Este trabajo ha sido finalizado en abril de 1976.

(1) Cfr. VILLAR PALASI: *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA, p. 58.

hasta el momento dar respuestas adecuadas a los nuevos fenómenos que hoy le invaden (2).

Nos encontramos, pues, con una intervención económica estatal; intervención económica que va a adquirir rasgos peculiares al desenvolverse en estructuras de mercado o capitalistas, en el sentido de que las decisiones van a estar en manos de la empresa privada, es decir, descentralizadas, lo cual ha hecho pensar a algún sector doctrinal que más que hablar de fines estrictamente públicos en el sector público debería hablarse de *medidas públicas* referentes a los fines privados (3). Empero, no es difícil observar cómo el concepto intervención o intervencionismo no aclara excesivamente en qué consiste ese «hacer» de la Administración. ¿Qué es una medida de intervención económica? ¿Cuándo nos hallamos ante acciones interventoras de la Administración? (4). Las transformaciones y asunción de nuevos fines por parte de la Administración ¿en qué medida están afectando y reduciendo el campo de acción de los particulares? ¿Hasta qué punto el clásico dogma de igualdad y libertad económica se está desvaneciendo ante una Administración que día a día amplía y aumenta sus facultades?

Se asiste, por otro lado, a recalificaciones de conceptos tradicionales de los que parecen descubrirse nuevas funciones y finalidades que de-

(2) Piénsese en la creciente erosión del principio de legalidad en base a la potenciación de la atribución de poderes discrecionales a la Administración, resultado de la técnica de las *lois-cadre* y de las simples autorizaciones normativas tan frecuentes en materia económica; en la crisis de la autonomía de la voluntad, fundamento del contrato, dada la aparición de nuevas formas contractuales intervenidas y forzosas; la división concesión demanial-concesión de servicios parece incapaz de aprehender el nuevo fenómeno de la intervención industrial del Estado; la clasificación del actuar administrativo en policía, fomento y servicio público no agota nuevas formas del hacer de la Administración; la aparición de nuevos fenómenos generalizados como los planes económicos, programas sectoriales, etc., difícilmente encajan en la sistemática tradicional del Derecho administrativo. En última instancia, hasta la categoría conceptual que distingue el Derecho público del Derecho privado quiebra. Cfr. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, pp. 48-49; MARTÍN-MATEO y SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico*, Ed. Pirámide, Madrid, 1974, pp. 57 en adelante; BAENA DEL ALCÁZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 140 y ss.; GIANNINI, *Actividades económicas públicas y formas jurídico-privadas*. Volumen colectivo, «La Empresa Pública», Studia Albornotiana (ed. dirigida por E. VERDERA), 1970, tomo I, pp. 99 a 116; BROSETA PONT, *Las empresas públicas en forma de sociedad anónima*, «RDM», número 100, 1966, pp. 288 y ss.; FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, IEP, 1958, pp. 653-656.

(3) Vid. MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO: *Curso de Derecho administrativo económico*, Madrid, 1970, p. 29.

(4) Vid. los criterios que señala VILLAR PALASÍ: *La intervención...*, op. cit., páginas 85-87.

ben cumplir. De esta forma se proclama la *función social de la propiedad*, la *ordenación de la economía hacia fines sociales*, el *bien común* como límite a la libre iniciativa de los particulares, etc. (5).

Pues bien, no deja de ser curioso que al lado de todas estas «cortapisas» que legitiman e impulsan la intervención estatal, nos encontremos con que el Estado deviene protagonista de la vida económica, en una gran mayoría de casos, a título subsidiario (6). La vida económica aparece escindida en dos grandes sectores (público y privado), básicamente en función del sujeto o ente titular y de la naturaleza de los fines perseguidos, imponiéndose unas rígidas fronteras entre ambos de tal forma que sólo en contadas ocasiones hay injerencia de lo público en el sector privado. Baste señalar ahora, que la actuación directa estatal en el sector económico, a través de la creación de empresas públicas, queda limitada por la concurrencia de unos motivos previamente tipificados por la Ley, siendo la actividad económica de la Administración en caso contrario, ilícita.

Condicionamiento en la expansión del sector público del cual depende la efectiva puesta en práctica de la política planificatoria. La planificación económica, que aparece en la década de los sesenta con el final de la «autarquía» y el paso a la «liberalización» económica, coherentemente con las orientaciones neocapitalistas y la propia concepción estatal del derecho de propiedad, no va a obligar jurídicamente a los particulares. El artículo 2.º, 2.º, de la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social de 28 de diciembre de 1963 establecería que

«las previsiones y objetivos consignados en el Plan no constituyen obligación para el sector privado, cuya actuación se regirá por el principio de libertad de decisión e iniciativa».

No vinculante, pues, para la iniciativa privada (de ahí el nombre de planificación indicativa), la única eficacia jurídica del Plan queda referida a la propia Administración:

(5) En la línea de grandes proclamaciones, *vid.* declaración XII-1 y 2 del Fuero del Trabajo; principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional; artículos 30-31 del Fuero de los Españoles. Cfr. sobre el tema SÁNCHEZ AGESTA, *Planificación económica y régimen político*, núm. 3 de esta REVISTA (1950), pp. 31 y ss.; el reciente trabajo de SALA ARQUER, *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, ENAP, 1976.

(6) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa*, núm. 50 de esta REVISTA (1966), página 142.

«El programa de inversiones públicas y los objetivos y directrices que en el Plan se señalen al sector público serán vinculantes para la Administración del Estado, Organismos autónomos, Empresas nacionales y Corporaciones locales».

establece el artículo 2.º, 1.º, de la LPD. De esta forma, el sector público se configura como la «espina dorsal» (7) del Plan.

La puesta en práctica de la política planificatoria queda, pues, dependiente de la existencia de un sector público fuerte económicamente, bien organizado jurídicamente (8) y que, en principio, no se encuentre limitado en su crecimiento y expansión. De ahí que no deje de ser llamativo—porque bien a las claras se pudo intuir los presupuestos reales de la planificación española que se iniciaba en 1982—el que dicha planificación aparezca junto con la consagración—y en el mismo texto legal—del principio clave que condiciona toda la expansión y crecimiento del sector público: se trata del principio de subsidiariedad. Pues bien, al análisis de este principio en relación con el procedimiento de creación de Empresas nacionales van dirigidas las páginas siguientes.

(7) Vid Sosa WAGNER: *Organización y control del sector empresarial público en España*, IEA, Madrid, 1971, p. 90.

(8) La falta de una visión conjunta del sector público por nuestro Ordenamiento jurídico, así como la gran diversidad de regímenes de los entes institucionales—a través de las excepciones del régimen general y común que pretendió establecer la Ley de Entidades Estatales Autónomas—, etc., resultado, entre otras razones, de la tendencia a abordar la organización del sector público desde una perspectiva estrictamente financiera, bien a las claras pone de manifiesto la necesidad de una legislación que acometa una regulación global de todas las actividades económicas e industriales estatales. De ahí la necesidad de un estatuto de las Empresas públicas, prevista su elaboración por la disposición final 8.ª de la Ley de 15 de junio de 1972 (III Plan de Desarrollo) en el plazo de dos años y que no se ha llevado a cabo. Vid., no obstante, las oportunas consideraciones que respecto a un futuro estatuto de las Empresas públicas formula Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en el Prólogo al libro de BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del Ferrocarril en España*, Tecnos, Madrid, 1975.

Sobre la ordenación jurídica del sector público español, vid. T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *La organización y el control del sector público en España*, en el volumen colectivo «La Empresa Pública», *op. cit.*, tomo I, pp. 964 y ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Empresa pública como alternativa*, en el vol. colectivo «La Empresa Pública», *op. cit.*, tomo I, pp. 895 a 905; Isidro E. DE ARCENEGUI y Luis M. COSCULLUELA, *La Empresa Nacional Ibérica*, en el vol. colectivo «La Empresa Pública», *op. cit.*, tomo II, pp. 1087-1088.

II

1. El protagonismo subsidiario del Estado en el sector económico se halla enunciado primeramente en las Leyes Fundamentales (9). En efecto, ya el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, después de establecer la subordinación de la producción y propiedad al interés de la Nación (10), en la declaración XI-4.º, proclama que,

«en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación».

Subsidiariedad que se precisa en la Ley de Principios del Movimiento Nacional, en el principio X, al decir que

«la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado».

No ha dejado de suscitar problemas interpretativos el texto citado. Así se ha identificado (11) con la ya clásica trilogía, elaborada fundamentalmente en nuestra doctrina por JORDANA DE POZAS (12), del actuar administrativo en *policía, fomento y servicio público*. Pues bien, al margen del posible desfase de dicha caracterización del actuar administrativo (13), señala BAENA DEL ALCÁZAR (14) que, «es muy dudoso que se pueda igualar el encauzamiento de la iniciativa privada con la actuación de policía y no puede aceptarse la identificación de la actividad del Estado al suplir la iniciativa privada con el servicio público, ya que al actuar el Estado como protagonista económico puede hacerlo a través del cauce del derecho público en cuyo caso no se

(9) Contestes toda la doctrina en general. En contra BENZO MESTRE, *Equilibrio entre Empresa pública y privada*, en el vol. colectivo «La Empresa pública industrial en España: el INI», IEF, p. 39.

(10) Declaraciones XI-1 y XII-2 del Fuero del Trabajo.

(11) Vid. Editorial: *Los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional y la Administración pública*, núm. 27 de esta REVISTA (1958), pp. XIII-XIV.

(12) JORDANA DE POZAS: *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en el vol. *homenaje*, tomo I, pp. 480-481.

(13) Cfr. VILLAR PALASI: *La actividad industrial...*, loc. cit., p. 60, nota 7; asimismo, BENZO MESTRE, *Equilibrio entre empresas...*, op. cit., pp. 35-36.

(14) BAENA DEL ALCÁZAR: *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 180-181.

puede identificar sin más la actividad con el servicio público, o a través del derecho privado y entonces no se trata en ningún caso de servicio público» (15). En todo caso, al margen del criterio establecido por BAENA DEL ALCÁZAR, que adolece a mi juicio de excesiva rigidez conceptual, es claro que cuando el Estado interviene en la vida económica *supliendo* la iniciativa privada en ningún caso se trata de la prestación de un servicio público, máxime cuando el particular no ve limitadas de *iure* sus facultades empresariales y máxime cuando la intervención tiende a ser coyuntural desapareciendo al modificarse las circunstancias que motivaron su intervención. Y todo ello porque precisamente la nota tipificadora del servicio público, *stricto sensu*, es el estar configurado monopolísticamente de *iure*, siendo imposible la iniciativa privada. Se trata de una eliminación de la iniciativa privada (aunque no necesariamente en la gestión), mientras que el principio X de la Ley de Principios del Movimiento y sus intérpretes más cualificados bien se han cuidado de señalar que se trata de suplir y no sustituir dicha iniciativa privada. Baste, pues, señalar ahora, sin perjuicio de volver sobre ello más adelante, que precisamente la articulación del principio de subsidiariedad debe ceñirse a aquellos sectores en los que es posible la iniciativa privada, lo cual excluye precisamente a los servicios públicos, ya que, aun gestionados en la mayoría de los casos por particulares, su titularidad es asumida en exclusiva por la Administración (16).

2. Pero no sólo a nivel de Leyes Fundamentales se encuentran referencias a la intervención subsidiaria del Estado. Así, la Ley 45/1960, de 21 de julio, sobre «Fondos Nacionales para la aplicación social del

(15) Distinción Derecho público-Derecho privado que en este concreto ámbito no deja de suscitar problemas. Con carácter general, *vid.* las sugerencias que al respecto formula BERMEJO VERA en *Régimen jurídico del Ferrocarril...*, *op. cit.*, páginas 255 en adelante.

(16) Afirmación lógica que, empero, no se ha mantenido ya que, como señala Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 128, «El principio de subsidiariedad sabido es que quedó formulado inicialmente en relación con la actuación de la administración económica, refiriéndolo de modo principal al sistema de producción. Es en tal sentido en el que indiscutiblemente lo recogieron nuestras leyes fundamentales. Ello no obstante, es fácil observar cómo desde fecha relativamente reciente y al amparo de los planteamientos tecnocráticos, fue intencionadamente extrapolado a campos tradicional e indiscutiblemente públicos y que venían considerándose dentro del concepto amplio de servicio público. Supuestos característicos de lo que señalo encontramos, por ejemplo, en materia de educación, urbanismo, política de subvenciones, obras públicas, sistemas de autopistas, etc., en relación con los cuales tan frecuentemente ha venido siendo aducido». *Cfr.*, asimismo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Javier SALAS HERNÁNDEZ, *El Monopolio de Tabacos*, Madrid, 1969, p. 153.

impuesto y del ahorro» (17), la Ley de Instrucción primaria de 17 de julio de 1945 (arts. 3.º y 4.º), el artículo 4.º, 2.º de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 que no ha sido retocado en este extremo por la reforma de 2 de mayo de 1975, el artículo 1.º de la Ley 48/1963, de 8 de julio, etc., recogen dicho principio como criterio rector en cada una de sus materias.

Más expresamente y adelantando lo que posteriormente establecería la Ley del Plan de Desarrollo, el Decreto de Directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, de 23 de noviembre de 1962, en el artículo 4.º establece

«las nuevas actividades que se emprendan por las empresas nacionales hoy existentes, así como las de aquellas otras entidades de igual clase que puedan crearse en el futuro atenderán a *suplir la iniciativa privada* o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas, sin perjuicio de las que puedan serles encomendadas por el Gobierno en relación con la defensa nacional».

No obstante, es con la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, del Plan de Desarrollo Económico y Social cuando se culmina el proceso de juridización del principio de subsidiariedad (18), en relación con la intervención económica estatal directa mediante la creación de Empresas nacionales, en tanto que, como en su momento oportuno veremos, la creación de las mismas se sujeta a una tipología definida de causas que hacen del procedimiento de creación materia susceptible de impugnación contencioso-administrativa.

3. Y es que el principio de subsidiariedad, aun enunciado desde el primer momento por el nuevo Estado que nace de la guerra civil en

(17) En la Exposición de Motivos se razona que «la política fiscal que se configura por la presente ley da un amplio desarrollo al principio de la *acción subsidiaria* del Estado como garante del bien común. Para el cumplimiento de los fines que se establecen, el Estado no desconoce ni suplanta a la sociedad, sino que promueve, fomenta y ayuda la actividad de las agrupaciones infrasoberanas, *interviniendo subsidiariamente* para encauzar, dirigir y fortalecer su acción espontánea de manera que en la medida posible determinadas actuaciones exigidas por el bien general sean cubiertas autónomamente por ella» (subrayado nuestro).

(18) Duda —terminando por negar— de la consistencia del principio de subsidiariedad como principio jurídico, A. G. DELION, *L'institut national d'industrie et les entreprises publiques en Espagne. Droit Administratif*, «L'Actualité Juridique», núm. 1, 1970, p. 9, ya que *le principe de subsidiariedad est donc a considérer comme un principe politique, susceptible d'une application souple en fonction des circonstances, des besoins et des rapports de force.*

una norma que posteriormente alcanzará el rango de superley, no ha presentado caracteres uniformes a lo largo de los últimos cuarenta años. Tal es así que durante toda la fase de autarquía económica a la que se somete al país, el principio de subsidiariedad no encuentra *vigencia jurídica* alguna. Se reduce a una mera declaración programática que no encuentra respaldo jurídico alguno. De ahí que ya en las tempranas Leyes de 24 de octubre de 1939 sobre Industrias de Interés Nacional y de 24 de diciembre de 1939 sobre Ordenación y Defensa de la Industria, y sobre todo en la Ley de 25 de septiembre de 1941 (y Reglamento de 22 de enero de 1942), constitutiva del Instituto Nacional de Industria, aun respetando la iniciativa privada como principio general, se establezcan amplias vías que facultan el protagonismo económico del Estado, prescindiendo de cualquier concreción del principio que supusiera limitación efectiva a la actuación estatal. Demostrativo de lo dicho es que la creación de Empresas Nacionales por el INI en base al oportuno Decreto del Gobierno es discrecional, declarándose incompetente la jurisdicción contencioso-administrativa en los recursos interpuestos por los particulares que se consideraban lesionados por la creación de Empresas estatales. Situación que experimentará un giro total con la «liberalización» económica a partir del Decreto-ley 10/1959, de 21 de julio, conocido como Plan de Estabilización y los sucesivos Planes de Desarrollo, en tanto que la creación de Empresas Nacionales, como ya hemos dicho, respondería a un concreto procedimiento tipificado legalmente y en base a una precisa articulación del principio de subsidiariedad.

III

Llegado a este punto, hay que intentar precisar el alcance que tiene el principio en nuestro Ordenamiento Jurídico. De los textos legales, como asimismo elaboraciones doctrinales, se desprenden las siguientes notas:

1. El Estado actuará (mediante la creación de Empresas Nacionales) en aquellos sectores económicos a los que no acuda la iniciativa privada o ésta sea deficiente (19). Circunstancia que implica *a sensu*

(19) «El gobierno podrá apreciar la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla..., cuando no alcance los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo, en el Plan de Desarrollo Económico y Social», establece el

contrario que el Estado debe abstenerse de participar en aquellos sectores económicos que se encuentran debidamente asistidos por los particulares, a no ser que se trate de sectores que afecten a la defensa nacional o similar. En alguna ocasión se ha dicho precisamente que el principio de subsidiariedad era un instrumento útil cara a la desmonopolización de funciones estatales, buscando una mayor efectividad en la colaboración de los particulares con la Administración (20). Pero no se trata de eso. La propia articulación del principio hace pensar ya, sin descender al terreno de las realizaciones, que normalmente la iniciativa privada, movida según los más clásicos principios de la economía de mercado por el interés de lucro, no va a acudir a aquellos sectores económicos que desde el punto de vista de la rentabilidad no lo sean, o que exijan un elevado volumen de inversión. Máxime cuando empieza a ser muy significativa la tendencia del sector privado a una política económica a corto plazo, buscando la rentabilidad segura y retrayéndose de invertir en todos aquellos sectores que supongan un gran desembolso en capital fijo y que sólo a largo plazo producirá ganancias. Ahí está el *quid* de la cuestión. No parece, por tanto, muy aventurado afirmar que el Estado acude, creando la correspondiente Empresa nacional, a aquellos sectores de escasa rentabilidad (21), al menos a corto plazo o en socorro de empresas particulares cuya situación económica, sin razones aparentes, a no ser su antieconómica gestión privada, es claramente desfavorable (22). Esta configuración de la subsidiariedad tiene por resultado el

artículo 5-1.º, a) del texto refundido de 15 de junio de 1972 que aprobaba el III Plan de Desarrollo. A la vista del precepto parece, pues, que es facultativo por parte del Estado intervenir —aunque falte la iniciativa privada— no naciendo obligación jurídica alguna. Cfr. J. DUQUE, *Empresas nacionales, iniciativa privada y libre concurrencia*, en el volumen colectivo «La Empresa pública...», *op. cit.*, p. 921. Sin embargo, vale la pena apuntar que dado que se trata de suplir la deficiencia de la iniciativa privada con respecto a los objetivos señalados en el plan y ya que éste es vinculante para el sector público —a pesar de ser indicativo para los particulares— puede pensarse que la falta de cobertura del mismo por la iniciativa privada hace nacer una obligación jurídica por parte del Estado de cubrir dichas deficiencias en la efectiva realización del Plan, dado —vuelvo a insistir— en la vinculatoriedad del mismo para con el sector público.

(20) Cfr. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *La configuración de la Administración pública y el concepto de Daseinversorge*, núm. 38 de esta REVISTA, pp. 54 y ss.; también LISET BORRELL, *La actividad urbanística de los particulares*, Ed. Montecorvo, S. A., 1975, p. 103.

(21) Cuando no sucede que se procede a la eliminación de ciertos servicios por su aducida falta de rentabilidad: por ejemplo, cierre de líneas ferroviarias. Vid. la nota de BERMEJO VERA en «Andalán» de 15 de febrero de 1975, núm. 35, titulada *Las razones auténticas del cierre de líneas ferroviarias*.

(22) Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO: *La Empresa pública como alternativa...*, *op. cit.*, pp. 892 y ss., y el estudio muy significativo que hace de la E. N. Hu-

que, como apuntan MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO (23) «se preste al capitalismo privado un importante servicio, ya que tales sectores, aunque no sean rentables, son necesarios dentro de una perspectiva macroeconómica de la producción nacional y la concurrencia del capital público impide la formación de nudos de estrangulamiento que paralizarían incluso los sectores rentables» (24).

La subsidiariedad, pues, condiciona el desarrollo del sector público, integrado por las Empresas públicas, que a partir del I Plan de Desarrollo, como más adelante veremos detenidamente, quedan configuradas como una técnica residual, como el último grado de intervención administrativa (25).

NOSA. Sobre la misma, *vid.*, asimismo, MELGUIZO, *El papel de la Empresa pública en la economía española*, en el vol. colectivo «La España de los años 70. La Economía», II, Madrid, 1973, pp. 605-606. TAMAMES, en *Estructura económica de España*, Ed. «Guadiana», 4.ª ed., pp. 241-242, nota 47, detalla, entre otras, las siguientes empresas en las que participa el INI, dada la deficiente situación económica en la que se encontraban: Astilleros de Cádiz (antiguo Echevarrieta y Larrinaga, fecha de entrada del INI en 1951); Eléctrica de Cangas de Narcea (1963); E. N. Carbonífera del Sur (1961); E. N. Eléctrica de Córdoba (1961); E. N. Santa Bárbara (1960); Fodina (1952); Gas y Electricidad (1952); Industrias Frigoríficas Extremeñas (1956); Industrias Vegetales Corchero (1961); Minas de Almagrera (1945); Siderurgia Asturiana (1943), UNINSA (1965); HUNOSA (1967)... Señala Miguel Boyer, *La Empresa española: el INI*, «Información Comercial Española», núm. 500 (abril 1975), pp. 103 y ss., que, al final del II Plan de Desarrollo, la inversión realizada por el INI se distribuyó de la siguiente forma: Empresas sin rentabilidad o con rentabilidad muy limitada, 46.947 millones/pesetas (72 por 100); gastos de inversión, 3.755 millones/pesetas (6 por 100), y empresas rentables, 14.648 millones/pesetas (22 por 100). La inversión total fue de 65.350 millones/pesetas, superior a la prevista por el II Plan (56.400 millones/pesetas).

(23) MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO: *Curso...*, *op. cit.*, p. 899.

(24) Bien concluyentes son las siguientes palabras de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO en *Crédito, Banca...*, *op. cit.* —que aun referidas a materia crediticia, opino que son perfectamente generalizables—, p. 127: «Ello significa —la aceptación de un sistema del crédito público como subsidiario y al servicio del sector privado— no otra cosa que el crédito oficial deberá acudir, y sólo podrá acudir —esto es lo grave— a aquellos sectores que no cubre el crédito privado, sectores de menor o nula rentabilidad en los que, incluso, el crédito oficial debe servir de base y cobertura al propio crédito privado, que de este modo actuará entonces en ámbitos de mayor y más inmediato rendimiento. Dicho en otras palabras: principio de subsidiariedad en materia crediticia quiere decir que el crédito oficial deberá soportar todos aquellos riesgos que el crédito privado no asuma. Si esto es así, debe notarse entonces que no resulta coherente formular después juicio alguno sobre la rentabilidad del sector público, cuando por prescripción legal su actuación esté limitada a sectores regresivos y de mayor riesgo.» Debe señalarse, no obstante, que la ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial operó una modificación de importancia respecto de la ley 2/1962, de 14 de abril, sobre Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, que había asumido como auténtica pieza clave de la reforma el principio de subsidiariedad. Cfr. MELGUIZO, *El papel de la empresa...*, *op. cit.*, p. 603.

(25) El propio art. 2, 2.º de la LPD de 15 de junio de 1972 (texto refundido de los dos anteriores) parece apuntar a ello. Dice así: «... No obstante, en los casos de notoria desviación respecto de los objetivos previstos, el Estado estimulará la acción de los particulares mediante la concesión de incentivos y, de no ser esto

2. Como consecuencia de la actuación subsidiaria del Estado para cubrir aquellos sectores descuidados por la iniciativa privada, cuando las circunstancias que dieron lugar al protagonismo estatal desaparezcan la actividad económica debe cesar y traspasarse a los particulares. Y ello porque la subsidiariedad se configura de tal forma que la actividad estatal suple a la privada, nunca la sustituye ni elimina. Esta es la lógica conclusión a la que lleva el principio de subsidiariedad, de tal forma que coherentemente con lo antes expuesto, bien puede decirse que el Estado se halla obligado a entregar la gestión de la Empresa a los particulares en cuanto el sector económico devenga rentable. De esta forma el artículo 5.º, 4.º de la Ley del Plan de Desarrollo de 15 de junio de 1972, reiterando lo ya previsto en los dos anteriores planes, establece que

«cuando, a juicio del Ministerio competente o del Organismo autónomo correspondiente—en este último caso por conducto del Departamento a que esté adscrito—, hubieran desaparecido las causas que motivaron la creación de una Empresa nacional, podrán proponer al Gobierno la enajenación de las participaciones propiedad del Estado o de las Entidades Estatales Autónomas. La enajenación de los títulos se realizará a tenor de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio del Estado en el grado y medida que las circunstancias aconsejen. En tal caso, el Ministerio de Hacienda, previo informe del Ministerio de Trabajo y de la Organización Sindical, facilitará al personal de la Empresa la adquisición de las acciones que se enajenen, en la forma prevista en la Ley de Fondos Nacionales».

Precepto que abarca no solamente el supuesto de creación de la Empresa nacional por insuficiencia de la iniciativa privada (art. 5.º, 1.º a) LPD), sino también cuando hubiere sido creada para impedir o com-

suficiente, adoptará las medidas arancelarias, fiscales, monetarias u otras que se consideren adecuadas o actuará subsidiariamente a través de las Empresas Nacionales». La actuación económica directa estatal a través de Empresas Nacionales, parece ser, pues, el último eslabón de toda una serie de medidas previas para estimular y promover la acción de los particulares. Empero, matiza la afirmación A. G. DELION, *L'institut national et...*, loc. cit., p. 10, que afirma que *faut-il dis lors admettre meme l'idée de l'entreprise publique "technique résiduelle". C'est au plus la tendance générale, mais ce n'est pas un règle générale*. También MELÁN GIL, *Cuestiones institucionales de las Empresas públicas en España*, en el vol. colectivo «La Empresa Pública...», op. cit., tomo II, p. 1212.

batir prácticas restrictivas de la competencia (art. 5.º, 1.º b) o en base a imperativos de la defensa o alto interés nacional (art. 5.º, 1.º c).

Obsérvese, no obstante, que se trata de la posibilidad de *proponer* el Ministerio competente al Gobierno, quien en última instancia decide sobre la posible enajenación de los títulos, lo cual, al margen de las dificultades que plantea la confusa legislación existente (26) deja un cierto margen de apreciación y discrecionalidad que hace más flexible, dentro de lo que cabe, la subsidiariedad. Flexibilidad en el texto legal que, sin embargo, la práctica se ha encargado de conformar su verdadera operatividad. Piénsese en los casos de Marconi, SEAT, Astilleros de Cádiz, o la propia ENSIDESA, empresas que podrían haber resultado altamente rentables para el INI y con un elevado grado de incidencia en el desarrollo económico del país y que han sido total o parcialmente enajenadas.

3. Ha resaltado la doctrina que el principio de subsidiariedad actúa asimismo como límite, como freno, de la tendencial fuerza expansiva del sector público, con lo cual se evita que asuma excesivas tareas y responsabilidades que pueden poner en peligro la propia gestión global del sector (27). Es cierto el problema de delimitar los niveles óptimos, desde una perspectiva económica estricta, de la actuación del Estado. El derecho comparado pone de manifiesto cómo la actividad estatal se circunscribe a aquellas materias fundamentales en la estructura económica total, ya que se piensa que en el control de los sectores claves radica la misión del Estado y que un amplio campo de actuación económica pretendiendo abarcar hasta los más mínimos resortes pone en peligro la efectividad y desarrollo del sector público global (28). Pues bien, la cuestión de primer orden fuera de nuestras

(26) Mientras que el artículo 5, 4.º de la LPD transcrito parece apuntar la idea de que es el Gobierno quien tiene la facultad para enajenar, la remisión del propio artículo a la Ley del Patrimonio del Estado supone tener presente el art. 103, 2.º de la misma que establece «la enajenación de acciones o participaciones en cuantía superior a la indicada (10 por 100) o que suponga para el Estado la pérdida de su condición de socio mayoritario deberá ser autorizada por una Ley». Por tanto, mientras que la creación de Empresas Nacionales se realiza por Decreto, la enajenación de las mismas o participación en el capital superior al 10 por 100 debe sujetarse a ley. Sin embargo, en ningún caso se ha observado dicha precisión legal: basta señalar el reciente caso de Fosbucraa.

(27) Vid. la opinión coincidente con la expuesta, de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El procedimiento previo a la creación o expansión de una Empresa nacional*, número 49 de esta REVISTA (1966), p. 311.

(28) Cfr. SOSA WAGNER: *Organización y control del sector empresarial público en España*, IEA, Madrid, 1971, pp. 25 y ss.; Klaus VOGEL: *Las Empresas públicas en la República Federal Alemana*, en el vol. colectivo «La Empresa Pública...», op. cit., pp. 764-765.

fronteras no deja de trivializarse en nuestro ordenamiento. Una simple ojeada a las actividades empresariales del Estado y en los sectores en los que opera, bien a las claras pone de manifiesto el raquitismo del sector público español y las deficiencias y problemas en que se encuentra. Pero es que, además, los sectores normalmente rentables como es el caso de determinados servicios públicos, son entregados en su gestión a los particulares, generalmente a través de la técnica de la concesión (29). De esta forma queda perfectamente definida la «servidumbre» estatal al servicio de la iniciativa privada. Empero, una advertencia parece imponerse. Mucho tendríamos que matizar al referirnos indiscriminadamente a la iniciativa privada, en el sentido de indagar *quiénes y cuántos* son los favorecidos por toda esta dinámica a la que la Administración se presta. Porque no sería demasiado aventurar que *sólo unos pocos y los más potentes* precisamente son los grandes beneficiarios del actual estado de cosas. Las grandes constructoras aliadas con la Banca y todo el polémico tema de las autopistas o del pretendido trasvase del Ebro (30), las empresas hidroeléctricas y la práctica de las concesiones llamadas «en cartera» (31) son dos meros ejemplos que podrían sin dificultad alguna multiplicarse hasta niveles insospechados y que bien a las claras dejan entrever toda una significativa estructuración del sector público español.

IV

Planificación, sector público, empresas públicas y principio de subsidiariedad son conceptos intimamente ligados, cuya resultante caracteriza la intervención económica estatal. Esta, sin embargo, no se ha configurado por igual desde el final de la guerra civil. Los años subsiguientes al período bélico imponen un marcado intervencionismo (32)

(29) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Javier SALAS HERNÁNDEZ: *El Monopolio...*, op. cit., pp. 125-126; asimismo Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *La Empresa pública como...*, op. cit., pp. 885 en adelante.

(30) Vid. el artículo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO titulado *Los intermediarios del Trasvase*, publicado en «Triunfo», núm. 860, de fecha 24 de mayo de 1975, páginas 37 a 40.

(31) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas —y la práctica de las concesiones en cartera—*, número 17 de esta REVISTA (1955), pp. 281 en adelante.

(32) Cfr. R. TAMAMES: *Una nueva estrategia para las empresas públicas*, en el vol. colectivo «La Empresa pública en España», IEF, núm. 19, pp. 398 y ss. Como se señala en el trabajo de ROS HOMBRAVELLA, y otros: *Capitalismo español: de la autarquía a la estabilización (1939-1959)*, Edicusa, 1973, rasgo básico de la posgue-

que sólo con la expansión económica de la década de los sesenta irá cediendo en su intensidad. Este cambio, motivado por el paso de la política autárquica a la liberalización económica, incide sobremanera en las circunstancias y mecanismos que se arbitran para la creación de Empresas Nacionales.

1. El contexto posbélico de los años 40, junto a la política autárquica, va a imponer un marcado intervencionismo estatal. Intervencionismo estatal motivado, más que por una ideología intervencionista del nuevo régimen, por las necesidades vitales de recuperar e impulsar la economía nacional (33). Como señala la Exposición de Motivos de la Ley de 25 de septiembre de 1941,

«... es tan grande la cuantía de las inversiones que la fabricación de determinados productos requiere que muchas veces rebasan el marco en que las iniciativas particulares se desenvuelven y, para otras, el margen de beneficios resulta tan moderado que no ofrece incentivo a los organismos financieros que hacen desviar el ahorro español hacia otras actividades, con perjuicio de los intereses de la Patria... Surge, pues, la necesidad de un organismo que, dotado de capacidad económica y personalidad jurídica, pueda dar forma y realización a los grandes programas de resurgimiento industrial de nuestra Nación, que, estimulando a la industria particular, propulsen la creación de nuevas fuentes de producción y la ampliación de las existentes, creando, por sí, las que el interés de la defensa nacional o los imperativos de nuestra economía exijan».

rra civil en el ámbito económico es el intervencionismo, que aunque disminuye algo, sobre todo en los años 1953-1954, y, en cierto grado, de 1957 a 1959, llega hasta esta última fecha una auténtica estructura intervencionista muy compleja y difícil de desmontar.

(33) Aunque la política autárquica e intervencionista de todo este período parece responder a razones más complejas que las tradicionalmente dadas, basadas fundamentalmente en la consideración de la situación política exterior española. *Vid.* sobre el tema la fructífera polémica entre VELARDE FUERTES y L. GAMIR, en *La España de los años 70*. «La Economía», vol. II, *Epitlogo*, pp. 981 y ss.; como asimismo, en el vol. colectivo «Política Económica de España», el artículo de L. GAMIR: *El período 1939-1959. La autarquía y la política de estabilización*, Ed. Guadiana, 1975, pp. 13-30.

Es, pues, el Estado quien asume, ante el absentismo del capital privado, el protagonismo económico. En estas circunstancias fácilmente se comprende que no haya interés alguno en limitar jurídicamente la acción estatal. Tanto la Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre Ordenación y defensa de la industria, como la Ley de 25 de septiembre de 1941, fundacional del INI, ofrecen amplias vías de actuación a la Administración, de tal forma que el principio de subsidiariedad, aunque recogido por el Fuero del Trabajo, carecerá durante este período de una precisa articulación, lo cual implica que su operatividad como límite a la actuación económica directa estatal (34) adolece de toda eficacia jurídica (35).

En estas coordenadas la creación de empresas nacionales (36) se realiza en base a criterios discrecionales (o, al menos, no controlables judicialmente) del Gobierno, que mediante Decreto de la Presidencia del Gobierno autoriza al INI proceda a su puesta en funcionamiento.

De ahí que la jurisprudencia, en sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1954 (Arz. 1335), 15 de noviembre de 1955 (Arz. 3437), 27 de octubre de 1957 (Arz. 3085), etc., afirmara la inimpugnabilidad del Decreto constitutivo de la Empresa nacional porque

«no cabe negar que la resolución ahora combatida es una disposición dictada por el Estado para la organización de una función o servicio de una entidad paraestatal o de derecho público, materia en la que la Administración ostenta *facultades discrecionales...*»,

señala la sentencia de 28 de octubre de 1957 en su Considerando 4.º, y ya que

«el recurso contencioso-administrativo, tal como lo establece y condiciona la Ley de 22 de junio de 1894, es esencialmente subjetivo que presupone la lesión de un

(34) Sigo la distinción que establece GARCÍA-TREVIJANO Fos: *Concepción unitaria del sector público*, en el vol. colectivo «La Empresa Pública...», *op. cit.*, p. 85, entre intervenciones directivas o de política económica estricta e intervenciones directas o de ejecución.

(35) Sin fortuna alguna se buscará en la legislación de esta época una concreta tipología de causas cuya concurrencia avale la creación de empresas estatales. Cfr. MANZANEDO y otros: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 897 y ss.; MELÁN GIL: *Cuestiones institucionales...*, *loc. cit.*, p. 1206.

(36) Téngase en cuenta que la terminología Empresas Nacionales sólo se acuñará como tal posteriormente por la LEEA de 1958, art. 2.

derecho particular y la relación directa entre el acto administrativo y el caso concreto a que afecta, de lo que se sigue que *las disposiciones de indole general son materia ajena a la competencia de esta jurisdicción*; salvo que dichas disposiciones lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por Ley, en cuyo caso el artículo 3.º de la Ley antes citada autoriza también el recurso contra las resoluciones que la Administración adopte aplicando aquellas disposiciones, y como quiera que el Decreto de que se trata, por los motivos de *interés nacional* a que responde y por todo su contenido, es una disposición de innegable carácter general en la que no hay precepto concreto aplicable que vulnere determinadamente derecho alguno administrativo de la entidad actora, aparece evidente que el mismo no es susceptible de recurso contencioso...».

en el Considerando 4.º de la Sentencia de 13 de abril de 1954.

Los fallos jurisprudenciales se fundamentan, pues, en general, en que la creación de una Empresa nacional es potestad discrecional de la Administración. Y teniendo en cuenta que el Decreto de creación se considera como disposición de carácter general, como señala MEILÁN (37), «la imposibilidad de impugnar el Decreto era total porque no podía hacerse directamente antes de 1956 ni tampoco indirectamente: el acto de aplicación individual del Decreto no era administrativo, ya que la sociedad se constituía como cualquier otra sociedad privada, por medio de escritura» (38).

Esto hace que el principio de subsidiariedad durante todo el período de autarquía sea un principio meramente programático, sin efectividad jurídica alguna, sin configuración dogmática y siendo criterios pragmáticos los que van condicionando, según las circunstancias, el desarrollo del sector público (39).

(37) MEILÁN GIL: *Cuestiones institucionales...*, loc. cit., p. 1210, nota 13.

(38) Téngase presente que regía el texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, que en sus artículos 3 y 4, 3.º excluían del contencioso-administrativo la impugnación directa de las disposiciones de indole general y los actos que se refirieran a la potestad discrecional de la Administración. Situación que, como es sabido, cambia notablemente con la aprobación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.

(39) Señala IRASTORZA REVUELTA en *El INI en el III Plan de Desarrollo*, recogido en el vol. colectivo «La Empresa pública industrial en España: el INI», op. cit., pá-

2. Pues bien, el panorama cambia de raíz con la «liberalización» económica que se produce a partir del llamado «Plan de Estabilización» en 1959 (40). El rumbo neocapitalista que toma la economía española da paso a que el principio de subsidiariedad se articule definitivamente (41) jugando como frontera entre lo que la doctrina llama «poder subjetivo» o «derecho subjetivo» del empresario (42) y plena libertad de iniciativa de empresa por un lado, y actuación económica estatal, por otro. El propio *Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento* (43) señala el punto 156 que

«... al adoptar tales decisiones, el Gobierno debería guiarse, en términos generales, por el principio de que el INI no debe entrar en ningún sector en el cual la Empresa privada esté actuando con resultados positivos o se dispone a entrar con arreglo a planes conocidos».

El enfoque liberal del BIRD sobre el papel de las empresas públicas en la economía española—manifiestamente contrario a las mismas—, caló en los equipos tecnocráticos de la Administración de tal forma que va a ser con la Ley de 28 de diciembre de 1963, reguladora del I Plan de Desarrollo Económico y Social cuando se articule definitivamente el principio de subsidiariedad (44). Empero, antes que

gina 93, que «bien es verdad que el principio de subsidiariedad inspiraba, entre otras, nuestras Leyes Fundamentales. No obstante, también es cierto que la peculiaridad y el dinamismo de las actividades económicas en un mundo cambiante no debía verse obstaculizado por una aplicación rígida de dicho principio. Así la subsidiariedad y toda la doctrina consiguiente podía constituir un buen recurso dialéctico, pero su plasmación operativa resultaba más que problemática. De ahí que la actuación del Instituto, más que a este criterio o a otros con más o menos carga doctrinal, se ajustara en todo momento a soluciones pragmáticas y en la mayoría de los casos, aisladas, no enmarcadas en el contexto de una línea coherente de política económica».

(40) No obstante, señala R. TAMAMES, en *Introducción a la Economía Española*, Alianza Editorial, 5.^a ed., 1970, p. 160, que más bien es en 1963—y no en 1959—cuando se inicia claramente el movimiento liberalizador de ciertos aspectos de la ordenación industrial.

(41) Se va a tratar de precisar los casos y circunstancias en que el protagonismo económico del Estado esté justificado. Cfr. PÉREZ MORENO: *La forma jurídica de las Empresas públicas*, Univ. de Sevilla, 1969, p. 49.

(42) Cfr. J. DUQUE: *Empresas Nacionales, iniciativa...*, loc. cit., p. 910.

(43) De agosto de 1962. Publicado en *Documentación Económica*, núm. 35 (puntos 155-158), pp. 67-68. Traducción revisada por el Banco Mundial, publicado, asimismo, por la *Oficina de Coordinación y Programación Económica*, Madrid, 1962.

(44) Principio de subsidiariedad que va a justificarse bajo los planteamientos que, respecto de dicho principio, formularan las encíclicas *Quadragesimo anno* y *Mater et Magistra*. Sobre el tema puede verse A. D'ORS: *Una introducción al*

nada debe señalarse que puede parecer paradójico y hasta contradictorio que en plena fase de liberalización de mercado y acogida de la política económica neocapitalista aparezca la política planificatoria. Planificación que a primera vista parece implicar el grado más elevado de intervencionismo. Pero no se trata de eso. Como señala GARRIDO FALLA (45) «no repugna conceptualmente la idea de un Plan estatal en el que precisamente la intervención administrativa se reduzca al mínimo. La planificación, pues, es una cualidad, no un grado de intervención administrativa; porque, así como cabe una planificación interventora frente a una planificación abstencionista, cabe también oponer una intervención planificada a una intervención anarquista». Y es que se asiste a lo que DEBBASCH ha llamado «neoliberalismo intervencionista» (46) en el sentido de que «se quiere dejar al Estado la responsabilidad del buen funcionamiento de la economía, aunque conservando en las manos—de los particulares— el mayor número posible de actividades. Es entonces normal que en esta concepción unilateral el Estado no tenga más que facturas que pagar. Cuando el sector privado va mal es el Estado el que debe intervenir con sus medios financieros para aportar una contrapartida al sector privado; cuando el sector privado tiene muchos hombres, el Estado es quien debe absorberlos; cuando el sector privado tiene insuficiente número de cuadros es el Estado quien debe procurárselos. La relación entre el Estado y las empresas es así desigual».

Ya examinamos anteriormente que en el artículo 2.º de la LPD se establece que la política planificatoria, a pesar de no ser vinculante para la empresa privada, da lugar a que la Administración actúe subsidiariamente en aquellos extremos de la misma que no sean cubiertos por la iniciativa privada. Y en el artículo 4.º se concreta el procedimiento de creación de empresas nacionales:

estudio de Derecho, Rialp, 1963, pp. 157 a 160; R. GONZÁLEZ MORALEJO: *La Empresa en el pensamiento teológico y en la doctrina pontificia*, en el vol. colectivo «La Empresa», Estudios de Trabajo y Previsión, IEP, Madrid, 1962, pp. 35-38; F. LABADIE OTERMIN: *Problemática de la Empresa pública*, en el vol. colectivo «La Empresa...», op. cit., p. 172; J. L. MEILÁN GIL: *Empresas Públicas y Turismo*, IEA, Madrid, 1967, pp. 45-46; MONCADA: *El principio de subsidiariedad del Estado y el régimen jurídico-administrativo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero 1962, Madrid; SÁNCHEZ AGESTA: *El principio de la función subsidiaria*, «REP», núm. 121, 1962.

(45) GARRIDO FALLA en el Prólogo a la obra de BAENA DEL ALCÁZAR: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. XXI.

(46) DEBBASCH: *L'Administration au pouvoir*, París, 1960, p. 130, citado por SOSA WAGNER: *Organización y control...*, op. cit., p. 17, nota 8.

«Para la creación de empresas nacionales y para la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes, habrá de concurrir alguno de los siguientes motivos:

a) Insuficiencia de la iniciativa privada. Por el Gobierno podrá apreciarse la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla con la actividad pública, entre otros casos, cuando aquélla no alcance en un sector determinado los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo, en el Plan de Desarrollo Económico y Social.

b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia.

c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional.»

Tres causas, pues, establece la LPD para proceder a la creación de empresas nacionales.

a) En este apartado es donde se articula el principio de subsidiariedad, estableciéndose un concreto procedimiento previo a la creación de la Empresa Nacional (art. 4.º, 2.º LPD de 28 de diciembre de 1963). Procedimiento que se extiende no sólo ya al caso de creación de nuevas empresas nacionales, sino, tanto en el supuesto de *iniciación de actividades distintas* como cuando se trate de *establecimiento de plantas industriales*, por empresas ya existentes, *en otras áreas geográficas*. Se asiste, pues, a una clara reacción contraria a la Empresa Nacional, pretendiendo filtrar a través del procedimiento de oferta previa a la iniciativa privada toda posible expansión, aun de empresas ya creadas, lo cual implica, obviamente, obstaculizar hasta sus últimos extremos el desarrollo del sector público. Esta previa oferta a la iniciativa privada se limita al supuesto de insuficiencia de la iniciativa privada, no siendo extensible, sin embargo, cuando se trata de impedir prácticas restrictivas de la competencia o cuando el Estado intervenga en base a imperativos de la defensa o del alto interés de la Nación. De ahí que la subsidiariedad no agote los casos de intervención pública, que puede venir exigida también por la necesidad de impedir y combatir prácticas restrictivas de la competencia o por imperativos de la defensa o alto interés nacional.

b) Se dice que el Estado, y en concreto el INI, actúa al servicio de la lucha contra las prácticas monopolísticas. Es elemental señalar los peligros que toda situación monopolística conlleva. Su existencia desdibuja y condiciona la viabilidad del Estado de Derecho (47). Es cierto, por otro lado, que la Administración configura todo el sector de los servicios públicos monopolísticamente (48); razones de estrategia y defensa nacional avalan que determinadas industrias estén vedadas a la iniciativa privada, etc. Situaciones de monopolio (naturales en unos casos, de *iure* en otros) que, no obstante, se comprenden y legitiman en función del teórico interés público que cumplen (49). Pero este interés público, estos fines colectivos que justifican ese cercenamiento a la iniciativa privada por la Administración no existe en el caso de lo que podríamos llamar monopolios privados. Todo lo contrario. De ahí que ya en el artículo 3.º del Decreto-ley de Ordenación económica de 21 de julio de 1959 se establezca que

«el Gobierno propondrá a las Cortes o dictará en caso de urgencia las oportunas disposiciones para *prevenir y combatir las prácticas monopolísticas* y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía».

Previsión que reitera el Decreto de directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo de 23 de noviembre de 1962 en su artículo 4.º y que culmina con la aprobación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Ley que observa, sin embargo, importantes lagunas. Así la

(47) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, núm. 24 de esta REVISTA, p. 121.

(48) Se trata de monopolios *de iure*. GARCÍA DE ENTERRÍA en *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, núm. 17 de esta REVISTA, en pp. 116-117, escribe: «El monopolio *de iure* es un índice inequívoco del servicio público, o, en otros términos, todo servicio público es un monopolio, en cuanto la nota esencial de su idea es que sólo pueda organizarlo la Administración titular del mismo, en cuanto que es una competencia exclusiva. La proposición inversa (todo monopolio legal es un servicio) ya no es exacta, porque caben monopolios con fines fiscales o industriales». Dado lo problemático de la definición de servicio público, puede verse, ROBSON: *Industria nacionalizada y propiedad pública*, Tecnos, 1964, p. 19. También, GARCÍA-TREVIJANO: *Aspectos de la administración económica*, núm. 12 de esta REVISTA, pp. 18 y ss. y, en especial, 22.

(49) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Javier SALAS HERNÁNDEZ: *El monopolio...*, *op. cit.*, p. 9.

exclusión del artículo 4.º de la Ley (50) relativa a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal, enfrenta con la imposibilidad de atacar a través del Tribunal de Defensa de la Competencia (y, por supuesto, a través de vía contencioso-administrativa) todo un amplio sector intervenido por la Administración mediante la necesidad de previa autorización administrativa para el ejercicio de la industria o comercio que no deja, en ocasiones, de provocar verdaderas situaciones monopolísticas. Autorización que no implica un previo derecho para exigirla, sino tan sólo un interés, dado que se trata, su otorgamiento, de un acto discrecional de la Administración. Piénsese en el caso de régimen de autorizaciones para servicios públicos discrecionales y la consiguiente discrecionalidad en la otorgación de la correspondiente tarjeta de transporte, o en la discrecionalidad en la otorgación de licencias para taxis, etc. (51).

Ley sobre Represión de prácticas restrictivas de la competencia, pues, que deja sin cubrir importantes zonas propicias a alcanzar cierto grado de restricción de la competencia. Pues bien, como última pieza en la lucha antimonopolística, el artículo 4.º, 2.º b) de la LPD prevé la creación de empresas nacionales, dada la *conveniencia* de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia (52) (53).

Sin embargo, a pesar de todo este cúmulo de medios para defender la libertad de mercado, las distorsiones no se han eliminado. Para

(50) De difícil conciliación con el artículo 2, 3.º de la misma Ley. Cfr. *Comentario a la Ley española sobre «Represión de las prácticas restrictivas de la competencia»*, dirigido por G. SENÉN DE LA FUENTE, 1964, pp. 95 y ss.; postura diferente mantiene TAMAMES en *La Lucha contra los monopolios*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1970, p. 265, nota 32.

(51) Distinción concesión-autorización, tradicionalmente basada en el rasgo de la discrecionalidad—concesión— o carácter reglado—autorización— que quiere. Vid. por todos MANZANEDO MATEOS, J. A.: *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, tomo I, IEAL, Madrid, 1968, pp. 379 a 455.

(52) Aunque la creación de la Empresa Nacional no está condicionada a que la práctica restrictiva no pueda reprimirse mediante la utilización tanto del Tribunal de la Defensa de la competencia o los servicios administrativos creados por la Ley de 16 de julio de 1963. Vid. las observaciones de J. DUQUE: *Empresas Nacionales, iniciativa...*, loc. cit., pp. 925 y ss.

(53) De esta forma, para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la alimentación, razona la Exposición de Motivos del Decreto de 7 de abril de 1966, se han creado los «Mercados Centrales de Abastecimientos, S. A.», dependientes de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes. Posteriormente, en el sector de la alimentación, el INI ha adquirido participación superior al 50 por 100 en la Lactaria Española, S. A., (LESA, desde el 14 de junio de 1974). Y en los primeros meses de 1975 se ha creado la Empresa Nacional para el Desarrollo de la Industria Alimentaria, S. A., acentuándose la presencia del capital público en el sector.

empezar tenemos que se prevé la actuación de la Administración mediante la creación de empresas nacionales para combatir prácticas restrictivas por un lado, mientras que, por otro, como acabamos de ver, es la propia Administración quien dispone de gran amplitud en sus potestades para configurar esas prácticas en un sentido u otro. Pero es que, además, no siempre se han seguido las previsiones legales. Y así, por ejemplo, la Orden ministerial de 24 de noviembre de 1964, dada la insuficiencia de la fabricación de cemento en la zona occidental-central del país, convocó a la iniciativa privada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º, 3.º de la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, para proceder a la puesta en funcionamiento de una empresa que cubriera las necesidades de la zona. Pues bien, la elección de este procedimiento que se configura a modo de *conductio iuris* respecto la creación de empresas nacionales, como más adelante veremos, resulta en todo extremo inexplicable, dada la configuración monopolística del sector (54). Máxime cuando el Decreto 184/1961, de 2 de febrero, suspendía la aplicación de los derechos arancelarios correspondientes a la partida 25, punto 23, del vigente arancel de aduanas, dado, razonaba la exposición de motivos, que «se viene observando en el mercado del cemento ciertas anormalidades que han dado lugar a aumentos en los precios de este producto en cuantía variable, según las zonas. Esta situación, aunque previsiblemente pasajera, puede llegar a producir perturbación en importantes sectores de nuestra economía, por lo que se hace preciso arbitrar las medidas que conduzcan a un rápido restablecimiento de la normalidad en el mercado del cemento, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 3.º del Decreto-ley de Ordenación económica de 21 de julio de 1959». Artículo 3.º que prevé, como antes vimos, que el Gobierno propondrá las medidas necesarias para prevenir y combatir las prácticas restrictivas de la competencia.

Al margen de casos concretos, no generalizables, es cierto, pero sí muy significativos de todo un hacer administrativo, la realidad de la práctica ha puesto de manifiesto cómo la acción de las empresas nacionales en aras a eliminar determinadas situaciones monopolísticas

(54) Sobre el grado de monopolio en el sector, *vid.* TAMAMES: *La lucha contra los monopolios...*, *op. cit.*, pp. 385 y ss.; *Estructura económica de España*, 4.ª edición, Guadiana, 1969, en pp. 237-238 señala que en el caso del cemento, la actividad del Instituto ha sido casi nula —sólo tiene una fábrica de cemento—, propiedad de la ENHER, para cubrir sus propias necesidades en la construcción del sistema hidroeléctrico del Ribagorzana.

ha sido prácticamente imperceptible. Y ello, como muy bien apunta MARTÍN MATEO, porque (55) «al aparecer, salvo excepciones, las empresas del INI como enclaves en el sector privado y al operar por tanto con las mismas reglas de juego allí operantes, se volatilizan las posibilidades de intervención económica estricta sobre la economía, primando criterios de mercado que, además están desnaturalizados ante la disponibilidad del Estado sobre los precios. El INI refuerza así, indirectamente, la posición de los respectivos grupos de presión con su presencia en asociaciones del tipo de UNESA o UNESID». La igualdad entre empresa pública-empresa privada (56), exigencia del principio de subsidiariedad, a la vez que base para el mantenimiento de lo que se ha dado en llamar competencia leal entre ambos tipos de organizaciones empresariales (57) opera en este concreto objetivo de lucha antimonopolio condicionando su efectividad. En el sentido de que los monopolios más fuertes y potentes han logrado desplazar la teórica competencia que protagonizaba la empresa nacional, llegando incluso éstas a configurarse en defensa y apoyo de los propios grupos monopolísticos (58).

(55) MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1973, p. 41.

(56) La Ley de 2 de diciembre de 1963 sobre Industrias de interés preferente ha derogado el artículo 18 de la Ley de 25 de septiembre de 1941. Señala la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de diciembre de 1963 que «para el futuro se establece una equiparación de trato entre las empresas privadas y las nacionales. Solamente las empresas nacionales que correspondan a los sectores que se declaren preferentes o que se instalen en las zonas cuya industrialización se considere necesaria, podrán aspirar a la concesión de beneficios en las mismas condiciones que las creadas por la iniciativa privada, con lo que se recoge el espíritu que informa el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento...». En la misma línea de equiparación, *vid.* artículo 17 de la LPD de 28 de diciembre de 1963.

(57) El *Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento*, apuntaba en el número 157 que «es igualmente deseable que las empresas del INI hasta donde sea posible, actúen en las mismas condiciones que las Empresas privadas con las cuales compiten». Tal es así que, por ejemplo, en el sector eléctrico las empresas del INI no trabajan en ningún caso con tarifas especiales inferiores a las vigentes para las Empresas privadas: *vid.* TAMAMES: *Estructura...*, *op. cit.*, páginas 237-238. Sobre el significado de la igualdad Empresa pública-Empresa privada, puede verse Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *La Empresa pública como...*, *loc. cit.*, páginas 894 y ss. Ahora bien, quizá la igualdad no pueda ser nunca absoluta. Cfr. MEILÁN GIL: *Cuestiones institucionales...*, *loc. cit.*, pp. 1215 y ss.

(58) Baste recordar que el INI coopera, por ejemplo, estrechamente en UNESA al ser socio accionario de varias empresas integradas en ella. Por otro lado, como ha escrito Sebastián MARTÍN-RETORTILLO en *La Empresa pública como...*, *loc. cit.*, páginas 892-893: «la acción de nuestras Empresas públicas en orden a romper determinadas situaciones de monopolio ha sido prácticamente nula. Bien entendido, además, que en este cometido la tarea a realizar era desde luego importante: una exención verdaderamente grave, que el sector privado ha alcanzado y conso-

c) La juridización del principio de subsidiariedad que opera la LPD estableciendo la necesidad de constatar previamente a la creación de la correspondiente empresa nacional la inexistencia de iniciativa privada o la deficiencia de la misma, va a quebrar de alguna forma en base al párrafo 2-b) del artículo 4.º de la LPD. La posibilidad de crear empresas nacionales en base a imperativos de alto interés nacional nos enfrenta con una amplia facultad de la Administración a la hora de interpretar qué cuestiones entran dentro del «alto interés nacional». Nos enfrentamos con un concepto jurídico indeterminado en el que reina un cierto ámbito de apreciación por la Administración que si bien no debe implicar discrecionalidad alguna (59) ha posibilitado que a partir de 1969 fuese la vía más propicia para proceder a la creación de nuevas empresas nacionales. Junto a una técnica jurídica deficiente para el supuesto que contempla el artículo 4.º, 2.º, a), de la LPD, como tendremos oportunidad de ver a continuación, el alto interés nacional a partir de finales de los años sesenta va a ser interpretado ampliamente por la Administración (60): alto interés nacional va a ser el que el INI mantenga una posición relevante en los sectores básicos; alto interés nacional será la reestructuración de sectores y empresas, el impulsar

lidad mediante el *apoderamiento* realizado de muchas empresas; en concreto, de aquellas que podían resultarle más competitivas...». Puede verse, asimismo, TAMAMES: *Introducción a la economía...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

(59) Siendo posible su fiscalización en vía contencioso-administrativa, *vid.* por todos GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, número 38 de esta REVISTA (1962), pp. 159-205.

(60) Coincide con la llegada al Ministerio de Industria de López de Letona, a la vez que en la presidencia del INI de 1970 hasta 1975 se suceden Claudio Boada y posteriormente Fernández Ordóñez. La orientación cambia notablemente con relación a todo el período anterior (1962-1969). Se va a decir, en palabras de J. M. LÓPEZ DE LETONA, que «el Estado no puede ser neutral en la vida económica del país... No puede permitirse que al amparo de una estricta y torpe interpretación del principio de subsidiariedad se yugule el normal desenvolvimiento de las Empresas Nacionales existentes... El principio de subsidiariedad no puede significar la progresiva pérdida de posiciones de las Empresas públicas frente a las privadas, ya que ello supondría mantener Empresas en proceso de decadencia» (*La Empresa pública industrial en España: el INI*, «Instituto de Estudios Fiscales» núm. 21, 1973, pp. 22-23), y en su intervención en la IV Semana Económica Internacional, organizada por «Mundo» en septiembre de 1973, señalaba que «mucho se ha discutido sobre el alcance del principio de subsidiariedad, pero cualquiera que lea con atención nuestras Leyes Fundamentales y otros textos legales como los aprobatorios de los Planes de Desarrollo tiene que llegar a la conclusión de que tal principio no puede interpretarse en un sentido tan estricto que impida actuar a la Empresa pública ante cualquier indicio de iniciativa privada. La subsidiariedad—lo he dicho repetidamente—ha de entenderse en un sentido mucho más positivo y siempre con subordinación a *intereses de orden superior, que el Gobierno en última instancia es el encargado de valorar*» (subrayado mío). Véase *Empresa pública versus empresa privada en economías en proceso de desarrollo*, 1973, p. 18.

el crecimiento de sectores de tecnología avanzada, el contribuir al desarrollo regional, el evitar el excesivo predominio del capital extranjero en determinados sectores, el fomentar la investigación en las empresas, etc. Razones de «alto interés nacional, técnicos y de urgencia» se aducen en la exposición de motivos del Decreto 3372/1971, de 23 de diciembre, que creaba la Empresa Nacional del Uranio, S. A.; «la consecución de un desarrollo regional armónico, como uno de los objetivos de alto interés nacional» a la vez que «dicha Sociedad no esté llamada a intervenir en la reconversión de empresas en dificultad sin un futuro independiente y rentable», dan paso a la creación por Decreto 2182/1972, de 21 de julio, de la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia, S. A. (SODIGA): «la concentración de empresas que... ha producido resultados en extremos satisfactorios para ... la economía nacional...», es, entre otros, razón de la creación de ENPETROL por Decreto 2611/1974, de 9 de agosto, etc. (61). El abandono de posiciones predominantes dentro de los resortes del poder de los grandes defensores del principio de subsidiariedad que habían procedido a su juridización (deficiente, a mi juicio, sin embargo) en 1962 va a suponer, pues, que sin abandonar el principio fundamental de respeto a la iniciativa privada se adopte una política más decididamente favorecedora de la empresa pública, de tal manera que el procedimiento de constatación de la insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada apenas va a ser puesto en práctica (62).

V

Como ya hemos dicho anteriormente, con la Ley de 28 de diciembre de 1963 (I Plan de Desarrollo) el principio de subsidiariedad encuentra una precisa articulación que hace de la creación de empresas nacionales por el Estado un procedimiento reglado cuya inobservancia acarrea la nulidad de lo actuado por la Administración. Procedimiento

(61) Vid. anexos 1 y 2, donde se recogen las Empresas Nacionales creadas o en las que ha adquirido participación el INI en el periodo 1964-1974.

(62) A partir de 1969 no se ha podido localizar ninguna orden por la que se convocara previamente a la iniciativa privada a concurso antes de proceder a la creación de la correspondiente Empresa Nacional. El dato, por demás significativo y confirmatorio de lo más arriba dicho, debe tomarse, sin embargo, con reservas, dada la dificultad—por los medios ordinarios de trabajo—en localizar dichas órdenes.

recogido en el artículo 4.º de la Ley del I Plan de Desarrollo y que reproduce tanto la Ley del II Plan como la del III Plan, texto refundido por Decreto 1541/1972, de 15 de junio, que en su artículo 5.º, 2.º, establece:

«En el supuesto del apartado a) del número anterior, y salvo que existan razones técnicas o de urgencia apreciadas por el Gobierno, éste, oídos el Consejo de Economía Nacional y la Organización Sindical, y a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia, antes de proceder a la constitución de una empresa nacional o de iniciarse actividades distintas o establecerse otras plantas industriales por las empresas ya existentes, publicará el oportuno anuncio en el "Boletín Oficial del Estado" para que las empresas privadas puedan realizar dentro del plazo que se señale las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que en cada caso se estime necesario.»

Antes de proceder el Estado a crear la empresa nacional con arreglo a lo preceptuado en el artículo 5.º, 3.º, de la LPD, siempre que se observe insuficiencia de la iniciativa privada debe convocarse a la misma, mediante anuncio de concurso en el *Boletín Oficial del Estado* para que cubran las actividades deficitarias.

El principio de subsidiariedad aparece, pues, como última barrera a la actividad económica directa del Estado (63), de tal forma que sólo

(63) Aunque no siempre ha ocurrido así: paradigmático es el caso de ENTURSA, creada por Decreto 3221/1963, de 28 de noviembre, cuya actuación se centra principalmente en la transformación de alojamientos turísticos de edificios considerados como destacados monumentos artísticos e históricos. Puen bien, ENTURSA se crea cinco días antes que se aprobara la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, sobre industrias de interés preferente que deroga el artículo 18 de la Ley fundacional del INI, con lo cual se acogió a los beneficios del mismo; un mes antes de que la Ley del Plan de Desarrollo, de 28 de diciembre de 1963, tipificara las causas que avalan la creación de Empresas Nacionales y fijara el previo anuncio a la iniciativa privada, con lo cual asimismo se sustrajo del procedimiento de constatación de la insuficiencia privada. Y, por último, se crea la «Empresa Nacional de Turismo, S. A.», existiendo ya un organismo gestor de los alojamientos turísticos propiedad del Estado, como lo es «Administración Turística Española» (ATE). En cuanto al capital, establecía el artículo 3.º del Decreto constitutivo de ENTURSA que «se procurará que en esta Empresa exista una importante participación de capital privado y establecer fórmulas que permitan, en su caso, ceder realizaciones, efectuadas en las condiciones que se determinen, a la iniciativa particular». Sin embargo, desde su creación la participación en el capital del INI ha sido del 100 por 100. Y es que, entre otras razones, ENTURSA es de muy dudosa rentabilidad.

Cfr. MEILÁN GIL: *Empresas públicas...*, op. cit., pp. 133 en adelante.

en el caso de que no concurra la iniciativa privada al concurso o no se ajuste a las condiciones establecidas en el mismo, queda expedita la *posibilidad* de que el Gobierno ordene la constitución de la empresa nacional oportuna.

1. La creación de empresas nacionales por el Estado, común a los tres supuestos por los cuales se legitima su creación (insuficiencia de la iniciativa privada, combatir prácticas re restrictivas de la competencia o por imperativos de la defensa nacional o alto interés nacional), se establece en el artículo 5.º, 3.º, de la LPE (III Plan):

«La creación de nuevas empresas nacionales o de filiales de aquéllas ya existentes, así como la iniciación por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto, a propuesta del ministro competente, por razón de la materia, o del Organismo autónomo correspondiente por conducto del Ministerio de Hacienda y de la Comisaría del Plan de Desarrollo.»

¿Qué se entiende por Empresa Nacional? Tanto la Ley de 25 de septiembre de 1941 como el Reglamento de 22 de enero de 1942 (artículos 2.º y 7.º, respectivamente) ya preveían la utilización de los métodos de las sociedades anónimas privadas para la realización de los cometidos empresariales del Instituto. Pero es la LEEA quien especifica más al contemplar el régimen y forma jurídica de las Empresas Nacionales. Según los artículos 91 a 93, y a diferencia del INI que tiene personalidad jurídica de derecho público (ente integrante de la llamada Administración institucional), las Empresas Nacionales dependientes de aquél se caracterizan por tener personalidad jurídica de Derecho privado, a la vez que su actuación se rige asimismo bajo las reglas del Derecho privado (art. 91 de la LEEA) (64). La caracterización de las Empresas Nacionales se fundamenta básicamente en dos rasgos: se trata de entes que habrán de ser constituidos precisamente como sociedades anónimas y la participación del capital estatal deberá ser, al menos, mayoritaria (art. 92 de la LEEA). No obstante, respecto la participación estatal en el capital, no porque la participación haya de ser mayoritaria en los casos de Empresas Nacionales, el INI deja

(64) En dicho sentido *vid.* la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1969 (Arz. 2364).

de poder actuar en empresas con participación en el capital, bien total o parcial, y en este último caso con participación mayoritaria, igualitaria o minoritaria. Fenómeno característico de este haz de posibilidades es la llamada empresa mixta, cuya configuración jurídica como tal no ha dejado de generar problemas. Se trata de sociedades anónimas con gran auge en otro tiempo (65), en las que se da participación conjunta de capital público y privado. Pues bien, el problema radica en delimitar la sociedad de economía mixta de la Empresa Nacional. Al respecto, el criterio que el legislador utiliza es meramente contable: la empresa nacional es una empresa de economía mixta (salvo que la participación estatal en el capital sea total) en la que el tanto por ciento de capital público es superior al 50 por 100. Criterio, a su vez, que no parece suficiente para poder configurar a la Empresa Nacional como una categoría jurídica distinta de la empresa mixta (66), ya que, como señala SARACENO (67), «el hecho de que en el capital de un ente autónomo o de una sociedad anónima participen conjuntamente entes públicos y grupos privados no es suficiente para hacer nacer una categoría de empresas mixtas. Incluso en tales empresas habrá un mecanismo en las relaciones entre los dos participantes, en virtud del cual, en caso de divergencias de opinión entre las dos partes, la opinión de una de ellas prevalezca sobre la otra; y en base a la naturaleza pública o privada del sujeto económico que tal mecanismo pone de relieve, la empresa será definida pública o privada» (68). Baste señalar ahora que siempre que la participación estatal en el capital de la empresa sea superior al 50 por 100 la empresa será considerada nacional, y que el tope del 75 por 100 que establece el artículo 93. 1.º, de la LEEA es a efectos de control de las actividades de las Empresas Nacionales

(65) Y aún hoy día. *Vid.* anexo 3, donde se observa una tendencia a aumentar la participación estatal en Empresas mixtas (con un tanto por ciento menor al 50 por 100), lo cual tiene importantes secuelas respecto al control estatal en las mismas. Respecto a la eficacia de este tipo de Empresa. *vid.*, por todos, las consideraciones de L. GAMIR: *Política económica...*, *op. cit.*, cap. IX, pp. 251-252.

(66) El hecho es que el dato ha sido decisivo a efectos de la concesión de beneficios que el artículo 18 de la Ley de 25 de septiembre de 1941 había establecido a favor de las Empresas Nacionales.

(67) SARACENO: *El fin del beneficio en las Empresas públicas de producción*, en el volumen colectivo *La Empresa pública...*, *op. cit.*, p. 367.

(68) Téngase en cuenta, no obstante, que en nuestro Derecho, aun las Empresas nacionales tienen personalidad jurídica privada. Cfr. la distinción que realiza VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial...*, *loc. cit.*, pp. 97 a 100, entre accionariado gestor y accionariado fiscal; R. TAGAND: *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, París, 1939, pp. 10 y ss.; BROSETA PONT: *Las Empresas en forma...*, *loc. cit.*, pp. 277 a 280; GARCÍA-TREVIJANO: *Aspectos de la Administración...*, *loc. cit.*, páginas 56 y ss.

por el Tribunal de Cuentas. Control que en la realidad es prácticamente inexistente.

2. No suele ser infrecuente que se utilice indistintamente los términos Empresa pública-Empresa Nacional (69). Es sintomático que la exposición de motivos de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, diga que «estas circunstancias explican la denominación adoptada, pues si bien un amplio sector doctrinal las llama precisamente empresas públicas, tal apelativo resulta paradójico y perturbador cuando se aplica a empresas justamente regidas en su actuación fundamentalmente por normas jurídico-privadas. Por lo demás, el nombre de Empresa Nacional no hace sino reiterar el que ya ostentan muchas de las entidades españolas de esta naturaleza».

En el fondo la cuestión parece reducirse a una mera cuestión de identificación y congruencia terminológica. Empresas públicas y Empresas Nacionales serían una misma realidad, no obstante lo cual, para evitar el calificativo de pública a empresas que actúan bajo el imperio de normas jurídico-privadas se opta por el nombre de Empresas Nacionales. No vamos a entrar en el complejo tema de la clasificación o tipología de las empresas públicas; pero sí es necesario advertir que no se trata de una mera cuestión terminológica (70). Por otro lado, la delimitación formal y sustancial entre unas y otras tampoco obedece a meras razones especulativas. Bien al contrario, hemos visto que la creación de Empresas Nacionales sólo es posible en tres supuestos claramente delimitados por el artículo 5.º de la LPD. De esto se desprende que aquellas otras actividades que realice la Administración, tales como la prestación de servicios públicos, gestión de los llamados monopolios fiscales, etc., no podrán ser gestionados por Em-

(69) Sobre el concepto de Empresa pública, *vid.* ALBIÑANA: *El concepto de Empresa pública en las cuentas económicas de 1968*, en el volumen colectivo «La Empresa Pública en España. Aspectos generales...», *op. cit.*, pp. 16-17; FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, «IEP», Madrid, 1958, pp. 659 y ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *Organización administrativa de las Empresas públicas en España*, «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», vol. XXXII, núm. 1, 1966, páginas 1 y ss.; MENDOZA OLIVÁN: *La configuración jurídica de la Empresa pública*, en el volumen colectivo «La Empresa pública en España. Aspectos...», *op. cit.*, página 107; SOSA WAGNER: *Organización y control...*, *op. cit.*, p. 88.; VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial...*, *op. cit.*, pp. 88-89, y BROSETA PONT: *Las Empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 271 y ss.

(70) La propia LEEA apunta criterios distintivos en base a la participación en el capital social, personalidad jurídica, etc. Y la LPE, en el artículo 106, viene a reconocer que el término Empresa pública es más amplio que el de Empresa Nacional.

presas Nacionales, a no ser que se desborde el tercer supuesto que contempla el artículo 5.º, 2.º, c), de la LPD referente a la defensa nacional o el alto interés nacional, incluyéndose todas esas actividades administrativas en él. Y ello porque lo característico de los servicios públicos y monopolios fiscales es que no permiten más titularidad que la de la Administración. Posible es que se gestionen por particulares a través de la técnica concesional, pero su configuración monopolística *de iure* a favor de la Administración eliminan cualquier posible titularidad e iniciativa privada. De esta forma la subsidiariedad no tiene campo de aplicación en dichos sectores (porque no hay posibilidad de iniciativa privada), con lo cual es clara la incongruencia de crear Empresas Nacionales para la gestión de los mismos, a no ser, vuelvo a insistir, que se vacíe de contenido el supuesto c) del artículo 5.º, 2.º, de la LPD y se consideren materias referentes al alto interés de la Nación o a la defensa nacional. Nada obsta, por otro lado, a que esos servicios públicos y monopolios fiscales (transportes urbanos, tabacos, ... etc.) se gestionen a través de empresas públicas en alguna de sus diferentes modalidades (71), siempre que no se trate de empresas nacionales. Y es que al margen de la triple categorización de la LEEA en organismos autónomos, servicios administrativos sin personalidad y Empresas Nacionales, la realidad es más rica en formas que las propias disposiciones legales, de tal forma que el concepto empresa pública ha devenido en un concepto genérico que cubre diversas especies (72). Se trata, pues, de limitar los supuestos que según la LPD motivan la intervención estatal a un determinado tipo de empresa pública, de tal forma que el Estado no pierde la facultad de crear cualquier otro tipo de empresa pública aunque no concurren las causas que el artículo 5.º, 2.º, prevé, ya que debe interpretarse, a mi juicio, que dichas causas están en base a la creación de una determinada forma de actuación estatal y a través de una *determinada estructura empresarial* (73).

3. El artículo 5.º, 2.º, de la LPD, de 15 de junio de 1972, establece la necesidad de convocar concurso entre la iniciativa privada para

(71) Las clasificaciones son muchas y varían de autor a autor con carácter general. Vid. Valero AGUNDEZ: *Las Empresas públicas (notas para la delimitación de su concepto)*, en el volumen de estudios ofrecidos al profesor Serrano y Serrano, II, Valladolid, 1965, pp. 473 y ss.

(72) Vid. GARRIDO FALLA en el Prólogo a la obra de BAENA: *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. XXIII-XXIV.

(73) Cfr. MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector...*, op. cit., p. 154.

cubrir aquellos sectores económicos deficitarios en el contexto general de la política planificatoria antes de proceder directamente el Estado a su gestión mediante la creación de Empresas Nacionales. El procedimiento previsto ha sido llevado a cabo en varias ocasiones. Así las Ordenes ministeriales de 20 de marzo de 1964, 24 de noviembre de 1964 (Arz. 2634), 5 de julio de 1965 (Arz. 1298), 18 de agosto de 1965 (Arz. 2145), 18 de febrero de 1966 (Arz. 305), 5 de marzo de 1966 (Arz. 422), Orden ministerial de 21 de noviembre de 1966 (Arz. 2117), Orden ministerial de 23 de diciembre de 1966 (Arz. 2298), Orden ministerial de 26 de diciembre de 1966 (Arz. 184), 11 de mayo de 1968 (al. de 1969, ref. 686), etc., convocaban concurso entre personas o entidades jurídicas españolas de carácter privado, con un capital íntegramente nacional, para instalar fábricas que iban desde la producción de cemento hasta las de tratamiento y concentración del mineral de uranio. El procedimiento dio sus resultados: por Orden ministerial de 17 de enero de 1967 se adjudicó el concurso previsto por Orden ministerial de 18 de agosto de 1965 a E. V. M. como gestor de una sociedad que se llamaría «Uranio de Trastámara, S. A.»; por Orden ministerial de 13 de octubre de 1966 (Arz. 1901) se aceptó el ofrecimiento hecho por «Refinería de Productos de Alquitrán, S. A.», para instalar en Cayes-Herrera una planta de fabricación de fenol, en base a la convocatoria que realizó la Orden ministerial de 18 de febrero de 1966, etcétera. En otros casos la iniciativa privada no acudió al concurso: al no haberse adjudicado el concurso previo publicado por Orden ministerial de 11 de mayo de 1968 se creó por Decreto 1628/1969, de 24 de julio, la Empresa Nacional de Artesanía (74).

Pues bien, lo que ahora quiere señalarse es la sujeción de dicho procedimiento a las normas generales relativas a los concursos (75). Establece en concreto la Orden del Ministerio de Industria de 18 de agosto de 1965 que convocaba concurso entre la iniciativa privada para la instalación de una fábrica de tratamiento y concentración de uranio que

(74) Como ya señalara T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *Procedimiento previo...*, loc. cit., p. 319, hay una gran incertidumbre sobre el tema, ya que no todas las resoluciones de los concursos se han publicado.

(75) El concurso adquiere rasgos definitorios en relación con la contratación de los entes públicos con las personas privadas. En concreto se trata de una de las cuatro modalidades básicas de contratación administrativa—vid. nota 76—, que basada en la libertad de concurrencia permite proteger los intereses económicos de la Administración y garantizar la igualdad de acceso a la contratación a todos los particulares. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, «Civitas», Madrid, 1974, pp. 518 y ss.

«... el Ministerio de Industria examinará las solicitudes recibidas, y dentro de aquellas que reúnan suficientes garantías financieras y de solvencia técnica elegirá a la que a su juicio contenga mejores condiciones técnicas, económicas y sociales.»

A la vista del texto transcrito se puede afirmar que de las modalidades de contratación —bien entendido que no nos hallamos necesariamente ante lo que en sentido estricto se entiende por contrato administrativo (76)— (subasta, concurso-subasta, concurso y concurso restringido) se está optando por el concurso. Procedimiento que comporta un grado de elección por parte de la Administración superior a los restantes procedimientos, ya que a través de él no se trata de seleccionar al mejor postor en términos exclusivamente económicos, sino a quién ofrezca en general la proposición más ventajosa o conveniente, con arreglo a las bases del concurso. Ello comporta un aspecto nada desdeñable. A través del concepto jurídico indeterminado «proposición más ventajosa» o «mejores condiciones técnicas, económicas y sociales» se encuentra la Administración con un campo de apreciación en la adjudicación de los concursos realmente importante.

Si el concurso es declarado desierto puede entonces proceder la Administración a la puesta en funcionamiento de la correspondiente Empresa Nacional. Sin embargo, parece que aquélla no podrá modificar las bases que la convocatoria del concurso había establecido, ya que si no, como señala T. R. FERNÁNDEZ (77), «bastaría con establecer en la convocatoria condiciones de difícil o imposible cumplimiento para evitar la concurrencia privada y luego rebajar las exigencias a la hora de encargar a una Empresa Nacional la realización de las actividades respectivas...» (78). Cabe pensar, pues, que las normas generales relativas a los concursos (igualdad de los concursantes, inmutabilidad de las bases, posibilidad de impugnarlas, etc.), encuentran en el supuesto del artículo 5.º, 2.º, de la LPD un concreto ámbito de aplicación; de

(76) Debe señalarse, obviamente, que no todo concurso tiene que resolverse necesariamente en un contrato, verbigracia, en el ámbito funcional.

(77) T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ: *El procedimiento previo...*, loc. cit., p. 309.

(78) Se trata, en definitiva, de la aplicación, consagrada por jurisprudencia constante del Supremo, de que la convocatoria es la Ley del concurso. Vid., aunque por vía de analogía y a propósito de otra categoría de concursos distintos a los contractuales, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *Actos administrativos generales y reglamentos*, núm. 40 de esta REVISTA, p. 231.

tal manera que la inobservancia de las condiciones establecidas en la convocatoria podría provocar la nulidad de lo actuado.

Otra cuestión es que, adjudicado el concurso a la iniciativa privada con arreglo a las bases y condiciones establecidas en la convocatoria del mismo, los particulares adjudicatarios incumplan alguna de dichas bases. El supuesto se planteó en alguna ocasión: adjudicado el concurso convocado por Orden ministerial de 18 de agosto de 1965 para la instalación de una fábrica de concentrados de uranio en las cercanías de Ciudad Rodrigo (Salamanca) a la sociedad «Uranio de Trastamara, S. A.», posteriormente ésta renunció a tal adjudicación. En base a ello, cuatro años más tarde, y dado que «existen razones de alto interés nacional, técnicas y de urgencia», razonaba la exposición de motivos del Decreto 3322/1971, de 23 de diciembre, se constituye la «Empresa Nacional de Uranio, S. A.», en el mismo emplazamiento en el que debía haberse instalado la fábrica adjudicada al particular.

Pues bien, ¿qué tipo de responsabilidad acarrea la renuncia o incumplimiento? En primer lugar es obvio que la Administración podrá proceder inmediatamente a la constitución de la oportuna Empresa Nacional. Pero, ¿y las ventajas que obtiene o puede obtener el particular (en caso no ya de renuncia, sino de posterior incumplimiento) en relación a asistencia técnica, colaboración en los proyectos de puesta en marcha de la fábrica, adquisición de la producción por la propia Administración, etc. (79)? ¿Y las pérdidas que la actitud negligente del particular adjudicatario haya podido ocasionar a la propia economía del país? Las bases de los concursos ninguna norma al respecto prevén. Es, incomprensiblemente, en la Orden resolutoria del concurso donde se señalan las responsabilidades para el caso de incumplimiento (80). En concreto, señalaba la Orden ministerial de 17 de enero de 1967, en el artículo 10, que

(79) Normalmente los beneficios entran en el ámbito de las legislaciones protectoras como polos de promoción, acción concertada, etc. Puede verse, por ejemplo, el artículo 4 de la Orden ministerial de 26 de diciembre de 1966; el artículo 4 de la Orden ministerial de 18 de febrero de 1966, etc. En otros casos, las cláusulas de las convocatorias referentes a ayudas, beneficios, adquisición de la producción, etc., van más allá de las legislaciones antes dichas. *Vid.* artículos 3, 4, 5 y 6 de la Orden ministerial de 18 de agosto de 1965, etc.

(80) En otros casos conocidos, ni en la resolución del concurso se fijan las posibles sanciones derivadas del incumplimiento culpable o negligente del particular, o, en todo caso, hay una vaga referencia a efectos, más que nada, de controlar los plazos para la puesta en funcionamiento de la empresa. En concreto, establece el artículo 3 de la Orden ministerial de 13 de octubre de 1966 que «se faculta a la Dirección General de Industrias químicas para fijar las garantías que aseguren el cumplimiento de las condiciones impuestas» (plazos para la puesta en funcionamiento de la fábrica).

«una vez aprobado el proyecto de la fábrica por la Administración el adjudicatario deberá constituir una fianza legal de 15 millones de pesetas como garantía de los plazos y condiciones de la enajenación. Por cada mes o fracción de mes de retraso sobre la fecha de entrada en servicios se impondrá al adjudicatario una penalización de 750.000 pesetas, a descontar del importe de la fianza».

Esta técnica procedimental —no acierto a comprender en qué texto legal amparada— ofrece particularidades como el que el concursante desconoce las posibles sanciones que la Administración optará por fijar en la resolución del mismo en caso de incumplimiento de las bases del concurso. Es tal el ámbito de discrecionalidad por parte de la Administración que, en contra de los más elementales principios concursales, todo queda en función de la decisión extrajurídica, sin base jurídica alguna, de la Administración de que quiera o no fijar responsabilidad alguna.

4. Parece como si intencionadamente se hubieran dejado de lado todos estos problemas. Y es que el procedimiento que establece el artículo 5.º, 2.º, de la LPD, en la línea de absoluto respeto a la iniciativa privada, parece pensado exclusivamente para ofrecer en última instancia a la iniciativa privada la adjudicación de una actividad empresarial en régimen de monopolio *de facto*, ya que, como ha señalado Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (81), dicho procedimiento «evidentemente conduce a una auténtica exclusión de situaciones competitivas para las empresas privadas». Las propias condiciones que se establecen en las convocatorias de los concursos no dejan de ser generosas. Por si la empresa privada no se había percatado de la posible rentabilidad de fabricar, por ejemplo, cemento o productos químicos (hecho no muy frecuente, es verdad), la Administración da el oportuno aviso al sector privado por si replantea su postura y se decide a acometer la fabricación. Para animar a ello no duda el Estado en garantizar al adjudicatario ayuda técnica en la instalación de las factorías, suministros, adquisición por determinados plazos y a precio cierto la producción, etcétera.

Y, sin embargo, resulta que ante esta situación de evidente privilegio no se sabe a ciencia cierta qué sucede si, por ejemplo, el volumen

(81) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *La Empresa pública como...*, *loc. cit.*, p. 903.

de producción a que se obligó el adjudicatario no se alcanza. No se sabe si nace algún tipo de responsabilidad exigible al adjudicatario que incumplió las bases y condiciones a las que se había sometido (82). Lagunas que, ya por sí mismas, dejan en entredicho la virtualidad del procedimiento a que se sujeta en nuestro Ordenamiento jurídico la creación de Empresas Nacionales.

5. Sólo cuando hubiese transcurrido el plazo de la convocatoria y no hubiese comparecido la iniciativa privada o no garantizara las condiciones del concurso a juicio del Gobierno (y directamente en los dos restantes supuestos analizados) éste puede suplir la insuficiencia ordenando la constitución de la Empresa Nacional oportuna. Al respecto, prevé el artículo 5.º, 3.º, de la LPD que

«La creación de nuevas Empresas Nacionales o de filiales de aquellas ya existentes, así como la iniciativa por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto, a propuesta del ministro competente, por razón de la materia o del Organismo autónomo correspondiente por conducto del Ministerio a que esté adscrito, previo informe del Ministerio de Hacienda y de la Comisión del Plan de Desarrollo.»

El Decreto constitutivo ha pasado a ser normalmente competencia del Ministerio de Industria, ya que por Decreto 480/1968, de 14 de marzo, el INI ha pasado de depender de la Presidencia del Gobierno al Ministerio de Industria (83). Resta señalar que, en cuanto a la publicación del Decreto autorizando la creación de la Empresa Nacional correspondiente, no han dejado de producirse casos en los que la autorización se ha llevado a cabo mediante una simple orden comunicada o acuerdo, sin publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (84).

(82) Cfr. SOSA WAGNER: *Organización y control...*, op. cit., p. 68.

(83) Hay casos, sin embargo, en los que la competencia corresponde a Ministerios distintos. Tal es el caso del Decreto 2517/1974, de 9 de agosto, de la Presidencia del Gobierno, por el cual se crea la «Empresa Nacional de Almacenes, Depósitos y Estaciones Aduaneras, S. A.» (ALDEASA). Se trata de una Empresa Nacional no integrada en el grupo de empresas del INI.

(84) Tal ha sido el caso de AUXINI, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1958. Referencia tomada de MEILÁN GIL: *Empresas públicas...*, op. cit., p. 66. Al margen, ahora, de la naturaleza jurídica del Decreto constitutivo, con carácter general, vid. el trabajo de BERMEJO VERA: *La publicación de las normas jurídicas* (de próxima publicación), donde estudia ampliamente toda la problemática de la no publicación de las normas jurídicas.

VI

Se ha pretendido ofrecer una panorámica, a grandes rasgos, de cómo el principio de subsidiariedad ha operado a todo lo largo de la existencia del INI, principal instrumento ejecutor de la actuación económica estatal. Principio que adquiere su punto culminante en los años sesenta, dada la positivización que del mismo opera la Ley del I Plan de Desarrollo Económico y Social, y que posteriormente recogen los sucesivos Planes (II y III Plan).

Pues bien, al margen de las deficiencias jurídicas que el procedimiento de oferta previa —para constatar la insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada antes de proceder a crear una Empresa Nacional— presenta y la indeterminación que el «alto interés nacional» supone, lo cual, como hemos intentado poner de relieve, fue ampliamente manejado a partir de 1969, la posibilidad de retornar a la sistemática utilización de dicho procedimiento no ofrece duda alguna. Y es que el principio de subsidiariedad tal como se ha entendido en nuestro país no puede servir como instrumento que trace la frontera (si es que necesariamente ha de existir frontera alguna) entre el sector público y el privado. Otros han de ser, de ahora en adelante, los mecanismos a manejar. El Derecho, por otro lado, no puede depender de meros cambios en la correlación de fuerzas dentro del poder. La seguridad jurídica adquiere entonces todo su significado e impone la necesidad de fijar con claridad y concreción las normas jurídicas que posibiliten un efectivo potenciamiento y crecimiento de nuestro sector público, base y pilar fundamental, dadas las directrices que se siguen, de cualquier intento serio de llevar a cabo una eficaz política planificatoria.

**CAMBIOS DE ESTRUCTURA EN EL GRUPO DE EMPRESAS NACIONALES
(IGUAL O MAS 50 POR 100 CAPITAL) DEL INI DURANTE
EL PERIODO 1963-1971-1974 (*)**

	A 31-XII-63		A 31-XII-71		A 31-XII-74	
	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI
Auxini	10	100,—	10	100,—	100	100,—
E. N. Adaro	80	100,—	560	100,—	560	100,—
E. N. Aluminio	720	75,—	1.069,3	50,50	1.529,4	54,48
E. N. Carbonifera del Sur	270	82,90	270	82,90	270	82,90
Ensidesa	12.800	88,90	16.800	91,10	16.232,6	88,71
E. N. Uranio	—	—	—	—	1.000	60,—
Fodina, S. A.	4	90,—	75	90,—	80	100,—
Fosfatos de Bucraa, Sociedad Anónima	50	100,—	5.000	100,—	5.000	100,—
Hunosa	—	—	3.900	100,—	3.900	100,—
Minas de Almagrera	235	93,60	235	93,60	235	95,57
Potasas de Navarra, Sociedad Anónima	754	99,—	2.000	97,50	750	100,—
E. N. Petróleos Aragón	10	51,—	10	67,—	10	67,—
E. N. Petróleos de Navarra	10	51,—	10	67,—	10	67,—
Enpetrol	—	—	—	—	5.969	71,78
Hispánica de Petróleos	—	—	1.200	51,—	1.200	70,—
Butano	—	—	—	—	500	50,—
E. N. de Electricidad	3.375	99,60	3.800,9	97,80	4.680	90,79
E. N. Gas	—	—	—	—	100	100,—
Enher	6.000	92,—	7.880	83,60	11.411,2	79,54
Gas y Electricidad, Sociedad Anónima	800	99,50	1.200	97,20	1.963,6	85,50
Unión Eléctrica Canarias	—	—	414,6	96,10	1.200	98,28
Astilleros Canarios, Sociedad Anónima	—	—	—	—	500	50,—
Astilleros Españoles, Sociedad Anónima	—	—	2.850,6	50,—	4.986,8	50,—
Astano	—	—	—	—	2.000	68,60
E. N. de Autocamiones	2.100	89,80	2.100	66,60	2.100	66,60
E. N. Bazán	700	100,—	700	100,—	1.400	100,—
E. N. de Optica	80	100,—	80	100,—	80	100,—
E. N. Santa Bárbara	300	100,—	300	100,—	300	100,—
Experiencias Industriales, S. A.	75	60,—	150	60,80	50	98,94
La Maquinista T. y Marítima	450	27,80	700	51,—	700,4	55,36
Aviaco	150	16,60	150	16,60	600	67,—

GERMAN FERNANDEZ FARRERES

	A 31-XII-63		A 31-XII-71		A 31-XII-74			
	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI		
Construcciones Aero-náuticas	150	33,30	324	63,60	373,8	65,62		
Empresa Estudios y Proyectos Técnicos.	—	—	30	100,—	50	60,—		
E. N. Artesanía	—	—	350	100,—	462	100,—		
E. N. Elcano	2.075	100,—	1.350	100,—	700	100,—		
E. N. Turismo, S. A.	—	—	1.200	100,—	1.200	100,—		
Iberia, S. A.	690	100,—	5.000	98,70	5.000	97,70		
E. N. Celulosas, So-ciedad Anónima ...	—	—	1.739	99,90	1.728	82,50		
E. N. Fertilizantes, Sociedad Anónima.	—	85,90	—	—	2.000	100,—		
Frigoríficos Ind. de Galicia	300	57,80	300	72,90	300	72,80		
Ind. Frigoríficas Ex-tremeñas	225	75,10	2.250	57,80	325	79,60		
Industrias Gaditanas Frío Industrial	45	—	45	75,—	54	75,—		
Lactaria Española ...	—	—	—	—	560	57,50		
Sodiga	—	—	—	—	600	51,—		
Sociedad Inv. Mobiliarias Exte. (SI-MEX)	—	95,15	159	100,—	350	100,—		
Astilleros Cádiz, So-ciedad Anónima ...	575	84,—	—	—	—	—		
A. T. E. S. A.	70	82,13	—	—	—	—		
Boetticher y Nava-rrero, S. A.	136	90,20	136	82,10	—	—		
Cia. Hidroeléctrica Galicia	628,7	—	—	—	—	—		
Construcciones Fype. Sociedad Anónima.	3,5	100,—	—	—	—	—		
D. Industrias Quími-cas Deyka	4,5	100,—	—	—	—	—		
Elmar, S. A.	5	100,—	—	—	—	—		
E. N. Calvo Sotelo ...	5.000	99,60	5.000	99,60	Integrada en Enpetrol en 1974			
E. N. de Celulosas de Huelva	410	100,—	Integradas en la E. N. Celulosas en 1968					
E. N. de Celulosas de Motril	384	100,—						
E. N. de Celulosas de Pontevedra	486	100,—						
E. N. Eléctrica de Córdoba	580	55,—	680	45,—	680	45,—		
E. N. Hélices para Aeronaves	80	100,—	—	—	—	—		
Enira	750	100,—	750	100,—	—	—		
E. N. Motores de Aviación	400	98,—	400	97,70	—	—		
E. N. Petróleos de Tar-ragona	—	—	1.000	100,—	Integrada en Enpetrol en 1974			

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE CREACION DE EMPRESAS NACIONALES

	A 31-XII-63		A 31-XII-71		A 31-XII-74	
	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI	Capital millones	Porcentaje INI
E. N. Rodamientos ...	70	60,—	Integrada en S. K. F.		—	—
E. N. de Telecomunicaciones, S. A.	185	100,—	—	—	—	—
Empresa Torres Quevedo, S. A.	145	100,—	—	—	—	—
F. E. C. A. S. A. ...	3,5	100,—	—	—	—	—
Fyfesa	104	52,—	—	—	—	—
Hidroeléctrica Moncabril, S. A.	2.500	62,90	—	—	—	—
Intelhorce	181,5	100,—	1.500	99,90	—	—
Invecosa	100	66,—	100	100,—	—	—
La Hispano Aviación.	30	33,30	259,3	100,—	—	—
Repesa	1.539	52,—	1.713	52,—	Integrada en Enpetrol en 1974	
S. A. de Construcciones Agrícolas	168,4	86,90	74,8	94,10	—	—
Seat, S. A.	900	51,—	2.602,1	35,50	3.505	35,20
Telefónica de Tán-ger, S. A.	40	80,—	—	—	—	—
Uninsa	—	—	10.000	67,90	Integrada en Ensidesa en 1973	

(*) Se recogen también las empresas en las que participa el INI con capital igualitario.
 FUENTE: INI. Memorias 1963; «Información Financiera» de la Dirección Financiera del INI número 130, diciembre 1971; INI. Memorias 1974.

CUADRO RESUMEN (Periodo 1963-1974)

Total E. N. creadas o en las que el INI ha adquirido participación igual o superior al 50 por 100	18
Total E. N. concentradas (o integradas) en otras E. N.	9
Total E. N. enajenadas o disueltas o que han perdido la condición de E. N. (menos del 50 por 100)	20

EMPRESAS NACIONALES DE CREACION «EX NOVO», O EN LAS QUE HA ADQUIRIDO EL INI PARTICIPACION EN EL CAPITAL IGUAL O SUPERIOR AL 50 POR 100 DURANTE EL PERIODO 1964-1974 (*) ()**

- Hispánica de Petróleos, S. A. (HISPANOIL), *creada el 5 de mayo de 1965.*
- Sociedad de Inversiones Mobiliarias en el Exterior, S. A. (SIMEX), *creada el 27 de enero de 1966 («BOE» de 1 de febrero).*
- E. N. Hulleras del Norte (HUNOSA), *creada el 9 de marzo de 1967 («BOE» de 15 de marzo).*
- E. N. Celulosas, S. A. (ENCE), *creada el 27 de diciembre de 1968.*
- Unión Eléctrica de Canarias, S. A. (UNECO), *participa el INI desde el 1 de junio de 1969.*
- E. N. de Artesanía (ARTESPAÑA), *creada el 24 de julio de 1969 («BOE» de 30 de julio).*
- Astilleros Españoles, S. A. (AESAS), *creada el 1 de diciembre de 1969.*
- E. N. del Uranio, S. A. (ENUSA), *creada el 23 de diciembre de 1971 («BOE» de 18 de enero de 1972).*
- Astilleros Canarios, S. A. (ASTICAN), *creada el 26 de abril de 1972.*
- Astilleros y Talleres del Noroeste (ASTANO), *participa el INI desde el 20 de octubre de 1972.*
- Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (SODIGA), *creada el 21 de julio de 1972 («BOE» de 17 de agosto).*
- E. N. del Gas, S. A. (ENAGAS), *creada el 23 de marzo de 1972 («BOE» de 24 de marzo).*
- E. N. de Fertilizantes, S. A. (ENFERSA), *creada el 4 de julio de 1973, participa el INI desde el 26 de diciembre de 1973.*
- Butano, *participa el INI desde el 23 de mayo de 1973.*
- E. N. del Petróleo, S. A. (ENPETROL), *creada el 9 de agosto de 1974 («BOE» de 15 de marzo).*
- La Lactaria Española, S. A. (LESA), *participa el INI desde el 14 de junio de 1974 (con efecto desde el 1 de abril de 1974).*

(*) No se considera E. N. la Mutualidad de Seguros del INI (MUSINI), constituida el 21 de diciembre de 1966 (no tiene capital social). Autorización oficial por Orden ministerial de Hacienda de 15 de febrero de 1968.

(**) No se recogen las siguientes empresas que, aún habiéndose creado o tomado participación el INI en el mismo período han sido concentradas en otras Empresas Nacionales. E. N. de Petróleos de Tarragona (ENTASA), *creada en 1971 y concentrada el 9 de agosto de 1974 en Enpetrol.*

Uninsa, *creada en 1966 y concentrada el 22 de diciembre en ENSIDESA.*
 Ingeniería Española, S. A. (AUXIESA), *creada el 9 de marzo de 1968 y que fue trasferida a la Empresa de Estudios y Proyectos Técnicos (EDES) el 25 de abril de 1972.*

FUENTE: INI. Memoria 1974.

CUADRO RESUMEN PERIODO 1963-1971-1974

NIVEL PARTICIPACION	NUMERO EMPRESAS			CAPITAL SUSCRITO (MILLONES DE PESETAS)						PORCENTAJE CAPITAL SUSCRITO POR EL INI CADA TIPO DE EMPRESA		
	1963	1971	1974	1963		1971		1974		1963	1971	1974
				Total	INI	Total	INI	Total	INI			
Total	20	16	15	6.623	6.623	15.784,3	15.784,3	16.982	16.982	15,60	20,70	23,20
Mayoritaria	31	30	27	40.334,1	35.125,9	64.727,1	54.816,4	59.191	47.807,4	82,70	71,90	65,40
Igualitaria	—	1	3	—	—	2.850,6	1.425,3	5.986	2.993,4	—	1,90	4,10
Minoritaria	16	13	15	2.811,6	702,4	20.304,7	4.152,9	31.254	5.286,4	1,70	5,50	7,30
TOTAL	67	60	60	49.768,7	42.451,3	103.630,7	76.142,9	113.414,7	73.069,2	100,—	100,—	100,—

FUENTE: -Memoria del ejercicio 1963 INI-; boletín «Información Financiera» INI número 130, diciembre 1971; -Memoria del ejercicio 1974 INI-.

Se observa una disminución en el número total de empresas en que participa el INI en el período 1963-1971, manteniéndose la igualdad cuantitativa al finalizar el ejercicio 1974. No obstante, hay una tendencia a la disminución de Empresas Nacionales (más del 50 por 100 capital en poder del INI), aumentando, por contrapartida, muy fuertemente su participación en empresas igualitarias y, sobre todo, minoritarias (se pasa del 1,7 por 100 de capital suscrito por el INI en 1963 a un 5,5 por 100 en 1971, y en 1974 el tanto por ciento es de 7,3); esto tiene gran importancia: disminuye el control global que el INI ejerce sobre las empresas en las que participa. Así, el capital suscrito por el INI arroja una cobertura menor en 1974 que en los ejercicios de 1963-1971 respecto las empresas mayoritarias (se ha pasado de un 82,7 por 100 en 1963 a un 65,4 por 100 en 1974).

Dos rasgos, pues, a señalar: *es menor el control que el INI ejerce sobre las empresas en que participa al tiempo que ha disminuido el número de éstas.* (Téngase en cuenta, no obstante, el número de concentración de empresas con participación del INI, así como las enajenaciones y disoluciones de Empresas Nacionales, recogido en el anexo I, datos que no afectan, en general, a lo señalado más arriba.)

