

SERVICIO PUBLICO Y EMPRESA PUBLICA: REFLEXIONES SOBRE LAS LLAMADAS SOCIEDADES ESTATALES

POR

MARTÍN BASSOLS COMA

SUMARIO: I. Introducción.—II. Los presupuestos ideológicos de la teoría del Servicio público.—III. Servicio público y transformaciones socioeconómicas.—IV. Los intentos dogmáticos de superar la indeterminación de la idea de servicio público.—V. La noción del servicio público en el panorama científico español.—VI. Las sociedades estatales como nueva tipología de las empresas públicas: 1) Problemática de su concepto. 2) Las primeras aplicaciones del régimen de sociedades estatales: tendencias que se manifiestan.

I. INTRODUCCIÓN

En principio, parece que una referencia a la noción del Servicio público deba tener un interés meramente académico por cuanto es notorio su fracaso como concepto o criterio delimitador para fundamentar la base científica del Derecho administrativo. En nuestros días, ante el abandono casi generalizado de esta perspectiva por la doctrina, no encontrarían eco las afirmaciones formuladas en 1914 por G. JEZE (1), en orden a la «verdadera revolución» que comporta la teoría del Servicio público y a su carácter de «piedra angular del Derecho administrativo francés». En el panorama científico actual, la concepción del servicio público carece, por lo demás tampoco lo pretende, de virtualidad constituyente de concepciones dogmáticas o institucionales definitorias del Derecho administrativo; casi nos atreveríamos a decir que se recurre a esta noción con una finalidad meramente convencional o simbólica por su fuerza evocadora. Con razón ha calificado SANDEVOIR (2) al Servicio público de «imagen» que expresa o resume la

(1) GASTON JEZE: *Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. LXV del prólogo a la segunda edición, 1914.

(2) SANDEVOIR: *Etudes sur le recours de plein juridiction*, LGDJ, Paris, 1964, página 402.

totalidad de la función administrativa o, de modo especial, el ámbito que comprende la actuación del sector público.

Pese a la desvalorización actual del Servicio público como instituto formal de validez general, lo cierto es que cuando se lo contempla como una categoría jurídica substancial de carácter histórico cabe descubrir que en su estructura íntima subsisten elementos (ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos) de validez conceptual permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídicas. No sería exagerado afirmar que el Servicio público ha sido el punto de referencia en torno al cual ha gravitado el fenómeno más decisivo para la transformación del sistema jurídico a partir de los últimos años del siglo XIX: la intervención del Estado en la economía (3). En todas las variantes y facetas que ha revestido el referido fenómeno, el concepto de Servicio público ha estado presente y ha jugado un protagonismo decisivo. Cuando el Estado liberal abandona su postura abstencionista e inicia las primeras intervenciones económicas y sociales, la noción de Servicio público hace su aparición para cubrir esta etapa de transición, no sólo como modelo de recambio de la actuación policial de carácter limitativo de los derechos individuales (4), sino también con la análoga pretensión de fundar una cosmovisión, autónoma e integral del régimen jurídico administrativo, distinto y separado del derecho privado. Si bien esta pretensión caracterizadora no podrá subsistir con el tiempo, la idea del Servicio público preside la consolidación de las municipalizaciones y las primeras manifestaciones de las nacionalizaciones. Durante la etapa de la economía dirigista —entre las dos guerras mundiales— si bien cabe apreciar un renacimiento del modelo policial de actuación administrativa —sintetizado en el nuevo concepto de orden público económico— (5),

(3) Una valoración general del fenómeno del intervencionismo administrativo en la economía y su incidencia en el sistema jurídico, desde el punto de vista metodológico y dogmático: G. FARJAT: *Droit économique*, PUF 1971. Desde una perspectiva estrictamente jurídico-administrativa. A. DE LAUBADERE: *Droit public économique*, Dalloz (segunda edición), 1976. Sobre el reencuentro necesario entre Derecho administrativo y Economía: CH. DEBBASCH, *Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française*, en «Melanges Offerts à M. Waline», tomo II, 1974, París.

(4) Sobre el significado del cambio del modelo policial al del servicio público y sus repercusiones más significativas. F. SATTI: *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, pp. 39-92.

(5) Sobre el concepto de orden público económico, G. RIPPERT: *L'ordre économique et liberté contractuelle*, Melanges, GENY, 1934, t. 2, p. 347; G. FARJAT: *L'ordre publique économique*, LGDJ, París, 1963, y P. LEMOYNE DE FORGES: *Ordre publique et réglementation des prix*, «Revue Trimestrielle de Droit Commercial», núm. 3, julio-agosto 1976, p. 16.

el Servicio público sigue aportando nuevas modulaciones e inflexiones que son la traducción al campo jurídico de las transformaciones de la sociedad industrial: el Servicio público industrial y comercial y el Servicio público virtual o funcional. Al término de la Segunda Guerra Mundial, su aportación es decisiva en el movimiento nacionalizador (posteriormente detenido o frenado) y sirve de justificación inicial a las primeras manifestaciones de actividad empresarial del Estado, aun cuando progresivamente éstas se van liberando de su vinculación con el de Servicio público para afirmar la emergencia de un nuevo concepto de contornos imprecisos, pero cuya realidad económica y jurídica es irreversible: las empresas públicas.

La creciente interpretación de las actividades económicas públicas y privadas que preside la ascensión de la teoría del Servicio público intenta racionalizarse y frenarse bajo el modelo de la Planificación económica de signo neoliberal que ha presidido los últimos años del desarrollo de la sociedad industrial occidental y que, en esencia, se basa, según la expresiva calificación de DEBBASCH (6), en un pacto de no agresión entre el sector público y el privado. En este contexto, la faceta más expresiva del Servicio público en cuanto asunción pública de competencias económicas sufre un importante desplazamiento en favor de la privatización de las formas gestoras y de la financiación pública de las actividades económicas privadas. Este eclipse de la idea del Servicio público se revela como puramente transitorio ya que cuando aparecen los primeros síntomas de la crisis del modelo neoliberal de planificación económica, vuelve a la superficie la noción del Servicio público para justificar el nuevo papel del Estado en la economía. Sirvan como ejemplo de este cambio de orientación, el llamado Programa Común del Gobierno propuesto por los partidos de la izquierda francesa que, precisamente, se presenta como

(6) CH. DEBBASCH: *L'Administration au pouvoir*, Calman-Levy, 1989, 138 «el liberalismo tradicional es un liberalismo indiferente. El Estado deja que los actores compitan, sus intervenciones sólo se producían en el caso de que el orden público (en el sentido de tranquilidad en la calle) se viera amenazado. En una fase posterior, el Estado deviene intervencionista y toma a su cargo la gestión de gran número de servicios públicos. En nuestros días el neo-liberalismo es, valga la expresión, un neo-liberalismo intrevencionista. Se pretende que el Estado se haga responsable del correcto funcionamiento de la economía, pero sobre la base de que los particulares conserven en sus manos el mayor número de actividades. Por lo tanto, es lógico que bajo esta concepción unilateral el Estado no tenga otra misión que enjugar los déficit. Cuando el sector privado va mal, el Estado debe intervenir con sus medios financieros para auxiliar a dicho sector; si el sector tiene exceso de efectivos humanos el Estado debe absorberlos; cuando el sector privado carece de medios humanos eficaces, el Estado debe suministrarlos. Las relaciones entre el Estado y las empresas privadas han devenido inigualitarias».

un programa de defensa de los Servicios públicos (7) frente a la privatización, postulando nuevas nacionalizaciones, si bien bajo el signo de la democratización y del antiestatismo. En este orden de consideraciones, también puede considerarse significativo el Anteproyecto de Constitución española (8) que al pretender, a nivel constitucional, estructurar la ordenación económica apela de nuevo al concepto de Servicio público «la Ley podrá reservar al sector público los servicios públicos esenciales, la explotación de las fuentes de energía o las actividades que constituyen monopolios».

El esquema evolutivo apuntado revela que la noción de Servicio público acompaña a todo el proceso de expresión jurídica de la evolución de la sociedad industrial y en cuanto tal es, por lo tanto, un concepto capital del Derecho administrativo económico. Esta relevancia como categoría jurídica básica no tiene, sin embargo, su correspondencia en el orden interpretativo y dogmático ya que en estos dominios su concepto carece de fijación suficiente (9). En el Derecho francés, como se ha puesto reiteradamente de relieve, su concreción funcional se ha operado por vía jurisprudencial en el marco de un proceso o litigio, permitiendo una interpretación progresiva y flexible que ha posibilitado una posterior reconstrucción doctrinal atenta a las circunstancias del momento. En otros ordenamientos, por el contrario—como el italiano (10) y el español—, la noción del Servicio público ha sido tributaria de la obra legislativa o normativa, plataforma mucho más rígida que ha obligado a la doctrina a apoyar sus elaboraciones en función de los datos normativos, fruto de perspectivas yustapuestas y, a veces, contradictorias. Ello explica que, en estos sistemas, en parte, se haya renunciado a ofrecer una visión categorial del Servicio público, atendiendo prioritariamente a las formas jurídicas de prestación o gestión en cuanto constituyen un terreno mucho más apto para el razonamiento jurídico y dogmático. Ahora bien, como en el trasfondo de cada formulación gestora subyace una determinada concepción del Servicio público, es inexcusable conexionar ambos elementos. En este orden de consideraciones, por lo tanto, tiene sen-

(7) A. DEMICHEL: *Grands services publics et entreprises nationales*, I Mementos Dalloz, 1974, p. 32, y P. H. LABORDE: *Les nationalisations aujourd'hui et demain*, en *Le Monde* (30 de junio de 1977), p. 25.

(8) *Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de enero de 1978, art. 118, 3.

(9) Sobre la influencia de los juristas en la confusión del concepto. J. CHEVALIER: *Le service public*, PUB, 1971, p. 5.

(10) Sobre este fenómeno en la doctrina italiana, F. ZUELLI: *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 213.

tido que al pretender estudiar la nueva categoría de las Sociedades Estatales, alumbrada por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 y sus más inmediatas aplicaciones, se haga alusión a la trayectoria de la dogmática del Servicio público y a sus principales recepciones en el ámbito normativo del sistema jurídico español.

II. LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

En la abundantísima literatura destinada a estudiar los orígenes y la evolución de la doctrina del Servicio público (11) destaca ampliamente la participación de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado en su elaboración en estrecha colaboración con la doctrina de la época (12), RIVERO y SFEZ, en sus estudios histórico-críticos (13) sobre la materia, han puesto de manifiesto la relevante participación de HAURIU en la construcción jurisprudencial del servicio público en directa conexión con el problema clave de las formas de gestión, descubrimiento que ha obligado a revisar la visión tradicional y tópica sobre la actitud hostil de genial jurista francés hacia esta institución, al menos en su versión de categoría estricta y funcional.

La inflexión de la teoría del Servicio público, pacífica y casi artesanalmente construida por la Jurisprudencia, tiene lugar con la incorporación al campo del Derecho administrativo, previa su simplificación y reducción a esquemas rígidos de técnica jurídica, de la visión teórica del Estado elaborada por L. DUGUIT. Para DUGUIT, en función de sus presupuestos realistas y antimetafísicos, es preciso desterrar de la Teoría General del Estado las ideas de personalidad jurídica y de soberanía, por la perturbación que comportan al no tener una consta-

(11) En la literatura española existen amplias referencias a la mejor doctrina francesa sobre el Servicio público. F. GARRIDO FALLA: *Las transformaciones del régimen administrativo* (2.ª edic.), Madrid, 1962, pp. 139-156; F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Ed. Aguilar, 1960; J. A. MANZANEDO MATEOS: *Servicio público: aproximación a una línea evolutiva*, en «Estudios en homenaje al profesor LÓPEZ RODÓ», vol. II, Madrid, 1972, pp. 221-239.

(12) J. CHEVALIER: *Le service public*, op. cit., p. 8, pone de relieve que «la teoría del Servicio público se desarrolló a principios del siglo XX a partir de la célebre obra del Consejero de Estado TEISSIER, *La responsabilité de la Puissance publique*, publicada en 1906. Inspirándose en el *Arrêt Blanco* de 1873, G. TEISSIER ve en la noción del servicio público una concepción clave para fundamentar la competencia de la jurisdicción administrativa».

(13) RIVERO: HAURIU *et l'avenement de la notion de service public*, en «*Mélanges Mestre*», pp. 461 y ss., y L. SFEZ: *Essai sur la contribution du doyen HAURIU au droit administratif français*, LGDJ, París, 1966, pp. 134-142, 384-391 y 492-493.

tación y una virtualidad existencial, ya que el Estado no es *une puissance qui commande, une souveraineté: il est une coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernants* (14). Desde esta perspectiva y en función de la idea de solidaridad social—otro de los ingredientes claves de la doctrina de DUGUIT, según ha señalado recientemente PISIER-KOUCHNER (15) que ha revisado su ideario—, el Servicio público se erige en fundamento y límite del *pouvoir gouvernemental* y en concepto clave del Derecho público. Las concepciones de DUGUIT sobre el Servicio público se basan en consideraciones jurídico-políticas o constitucionales no directamente aplicables al Derecho administrativo, si bien la perspectiva administrativista nunca está completamente ausente y ello explica su interés en poner de relieve y constatar la aparición junto a los clásicos servicios públicos (guerra, justicia y policía) basados en la idea de soberanía, de nuevos servicios de carácter eminentemente técnicos que requieren operaciones materiales sin exigir la presencia de la *puissance publique*. Esta observación de la nueva realidad administrativa que emerge en el panorama de su época le permite sentar una de las afirmaciones claves que coronan toda su Teoría del Estado «*ainsi l'acroissement du nombres des services exploits par l'Etat contribue pour une large part a ecarter l'ancienne conception de l'Etat-puissance. Les gouvernements ne son plus les organes d'une personne collective qui commande, ils sont les gerants d'affairs de la collectivité*» (16).

El repertorio de ideas de DUGUIT lógicamente estaba destinado a tener una amplia repercusión en el campo del Derecho administrativo y de modo especial todo lo relativo al Servicio público, aun cuando de su enunciación y formulación no podía en absoluto deducirse un criterio para dilucidar la problemática del reparto de competencias jurisdiccionales. La reelaboración de las ideas de DUGUIT a los efectos de hallar en el campo del Derecho administrativo una funcionalidad específica fue obra de G. JEZE. Para comprender el alcance de esta reelaboración—cuya trayectoria tuvo tanta significación especialmente en el Derecho francés— conviene retener brevemente las ideas metodológicas de JEZE (17): para este autor, representante puro de la concepción realista, existe una disociación entre el plano político y el

(14) L. DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, París, 1928 (3.ª edic.), p. 59.

(15) E. PISIER-KOUCHNER: *Le service public dans la théorie de l'état de Leon Duguit*, París, 1972.

(16) L. DUGUIT: *Traité*, ob. cit., p. 68.

(17) G. JEZE: *Principios*, ob. cit., t. I, pp. 5-9.

de la técnica jurídica en el campo del Derecho administrativo; el punto de vista político, pone de relieve el fin perseguido por las instituciones; las reglas y los procedimientos jurídicos por medio de los cuales se persiguen los fines son, por el contrario, los temas propios de la técnica jurídica; el jurista debe detectar el fin de las instituciones y proyectar toda su actividad sobre los medios y procedimientos típicos y exclusivamente jurídicos para alcanzarlos. En función de este esquematismo metódico, JEZE acude a la idea de Servicio público acuñada por DUGUIT y la proyecta como fundamento teleológico del Derecho administrativo sin ulterior precisión, cifrando, a continuación y como objetivo propio de la técnica jurídica administrativa, toda la atención sobre los medios y procedimientos para alcanzar los fines del Servicio público. Con estas ideas previas queda perfectamente situado el horizonte dogmático de la tan reiterada definición de JEZE «decir que en determinada hipótesis existe Servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del Servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable en orden jurídico» (18). Si se medita sobre esta definición, se observará que sobre los criterios decantados por la jurisprudencia (funcionamiento regular y continuo) se erigen las notas definitorias de un «régimen jurídico especial» de derecho público (expresión de la situación de desigualdad de los intereses en colisión con lógica prevalencia del interés público) y la «mutabilidad», de la organización del servicio (para poder realizar, en todo caso, las reformas aconsejadas por las circunstancias políticas, económicas y sociales del momento). Con estas características quedaban perfilados el movimiento de ideas que darían lugar a la aparición de la Escuela de Burdeos cuya influencia será muy sensible durante muchos años y cuya máxima aspiración será la presentación del Derecho administrativo como «aquel conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los Servicios públicos y las relaciones de éstos con los particulares» (ROLLAND) o «el derecho de los Servicios públicos» (BONNARD).

La formulación de JEZE, pese al predominio que conoció en su época, adolecía de ciertos defectos y no dejaba de presentar por su

(18) G. JEZE: *Principios*, ob. cit., vol. II, p. 4.

unilateralidad graves objeciones de orden dogmático e institucional. En primer lugar, una relectura de la obra de JEZE (en su edición de 1930, sobre la que se basa la edición castellana de 1949), evidencia una falta de claridad y de decisión frente a las primeras manifestaciones de aquellos fenómenos que precisamente iban a socavar los cimientos de su doctrina (la aparición de los servicios de carácter comercial e industrial, cuyo nacimiento se cifra en 1921 con el *Arrêt ELOKA*) y ello, por cuanto, dicho autor se ve obligado a admitir que no existe una correspondencia entre la satisfacción de un interés general y la idea de Servicio público, por cuanto aquéllas pueden obtenerse a través de procedimientos de derecho privado, mientras que el «Servicio público» alude exclusivamente a la utilización de medios y procedimientos de derecho público. Este importante y decisivo problema que en su tiempo contenía la carga suficiente para invalidar su teoría, JEZE lo resuelve apelando a una cuestión puramente «terminológica», para los casos de satisfacción de una necesidad de interés general por parte de los agentes públicos, siguiendo exclusivamente los procedimientos de derecho privado, se podría emplear las palabras «gestión administrativa» o cualquier otra expresión (19). Precisamente sobre esta cuestión «terminológica» iba a basarse toda la polémica y discusión, todavía sin concluir, del Servicio público en la doctrina francesa; que al decir de WALINE ha amenazado en convertir al Derecho administrativo en un conglomerado amorfo e inorgánico, retrocediendo a una situación parecida a la del final del Segundo Imperio antes de LAFERRIERE y de HAURIUO.

La crítica más importante a las ideas de JEZE fue formulada desde el punto de vista dogmático por HAURIUO en el prólogo a la undécima edición de su *Précis de Droit Administratif* (1927) que lleva por título «*La puissance public et le service public*» (20). Toda la crítica de HAURIUO a las ideas del autor defensor de la tesis radical del Servicio público—después de clasificar de imprudentes algunas de las afirmaciones de JEZE—se orienta a poner en tela de juicio la pretensión de eclipsar y desarraigar del Derecho administrativo la idea de *puissance publique*. En primer lugar, señala HAURIUO los valores intrínsecos de la noción del Servicio público en cuanto manifestación de la idea de «fin» en el campo del Derecho administrativo, idea que había estado

(19) G. JEZE: *Principios*, ob. cit., vol. II, pp. 9-10.

(20) M. HAURIUO: *Précis de droit administratif*, 1927, 11.ª edic., recientemente traducida al español por J. A. SANTAMARÍA PASTOR y S. MUÑOZ MACHADO bajo el título M. HAURIUO, «Obra Escogida», IEA, Madrid, pp. 115-125.

obsurecida por la de potestad o de poder público como medio de realización de los objetivos del Estado; desde esta perspectiva, por tanto, la nueva dirección presenta indudables méritos, pero, al poner súbitamente en un primer plano la idea de fin, margina o se olvida de la idea de poder. Esta sublimación del elemento teleológico lo atribuye a la herencia del socialismo jurídico «cuyos estragos han conmovido el mundo del derecho e incluso llega a afirmar que estaba en la "lógica del error" que sobre la primacía del fin surgiera una Escuela del Servicio Público que se esforzara por hacer prevalecer la idea de servicio frente a la del poder como medio para el cumplimiento del fin» (21). No obstante, HAURIUO pone el dedo en la llaga al señalar cómo la Escuela del Servicio Público, aun cuando pretende eclipsar la idea de poder público, no hace más que acudir a ella de modo frontal e inmediato, ya que la utilización de un régimen especial de derecho público para la realización del servicio no supone otra cosa precisamente, la utilización del poder o potestad pública; a su vez, la variabilidad de la organización del servicio presupone la apelación a análogo recurso (con el agravante de presentarse como un decisionismo al margen de toda autolimitación frente a la tradición francesa de justificar la realización y el fin del poder precisamente por la institucionalización (22) de los servicios públicos). El juicio final de HAURIUO no puede ser más categórico ni más clarividente «lo único que G. JEZE va a conseguir es empujar a una cruel confusión a los juristas de las nuevas generaciones, a los que no hacemos la ofensa de creerlos desprovistos de toda dialéctica» (23).

III. SERVICIO PÚBLICO Y TRANSFORMACIONES SOCIOECONÓMICAS

La descripción sumaria de los antecedentes y fundamentos ideológicos del Servicio público permite constatar la ambigüedad y fragilidad de este concepto así como la pluralidad de sus significados en función de las distintas perspectivas metodológicas y de escuela en la que previamente nos situamos. En un principio, la noción de Servicio público tenía un contenido y una finalidad estrictamente jurisprudencial hasta que con DUGUIT se transforma en un concepto ideológico

(21) M. HAURIUO: *Obra escogida*, op. cit., p. 118.

(22) M. HAURIUO: *Obra escogida*, op. cit., p. 122.

(23) M. HAURIUO: *Obra escogida*, op. cit., p. 121.

y descriptivo de la metamorfosis del Derecho y del Estado *cette notion de service public n'aura pas de réalité que dans la mesure où nous trouverons, dans les sociétés modernes, des faits dont elle sera la synthèse et qui seront comme la substructure des institutions positives désignées par l'expression abstraite de service public* (24). G. JEZE da paso definitivamente con su visión técnico-jurídica a la articulación del servicio público como régimen especial administrativo o como competencia administrativa, involucrando la visión material con la jurisdiccional y sentando las bases para la concepción propiamente clásica de la Escuela del Servicio Público. Ahora bien, el concepto técnico-jurídico de Servicio público fletado por dicha Escuela dista mucho de ser aceptado pacíficamente; a la endeblez inicial de su propia construcción jurídica—recordemos la predicción de HAURIOU sobre la confusión que iba a provocar en las generaciones futuras de juristas—se sumaría la proyección de las transformaciones económicas y sociales del Estado contemporáneo, provocando sobre aquella concepción inicial una metamorfosis sucesiva que ha tenido su reflejo sensible en las construcciones doctrinales y en las decisiones jurisprudenciales hasta el extremo de que resulta muy difícil—por no decir imposible—formular un concepto unívoco. Con razón ha podido decir CHENOT: la definición del Servicio público «constituye un ejemplo relevante de una de estas nociones fundamentales en las que su contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las leyes y de las decisiones jurisprudenciales» (25). La evolución experimentada por la noción de servicio público—especialmente en la doctrina francesa—representa el sucesivo derrumbamiento de la ecuación de los elementos que componen aquel concepto según la formulación clásica de la Escuela del Servicio Público: satisfacción de un interés público o necesidad pública a través de una Administración pública y por un procedimiento de derecho público. En cada una de las sucesivas crisis de la noción de Servicio público uno de estos componentes experimenta un fuerte impacto que amenaza con la destrucción del concepto básico y, lógicamente, deja sentir sus efectos sobre los demás elementos de la ecuación. La imagen externa del concepto queda desdibujada y casi destruida aun cuando vuelve a recomponerse por el fuerte impulso de la idea, fuerza que anida en dicha institución pese a que cada inflexión con-

(24) Citado por E. PISIER-KUCHNER, op. cit., p. 142.

(25) CHENOT: *L'existencialisme et le droit*, «Revue Française de Science Politique», 1953.

ceptual suministra una prueba más sobre la inexistencia en el mundo contemporáneo de servicios públicos por su propia naturaleza.

A) La doctrina acostumbra a citar como la primera y una de las más importantes crisis conceptuales de la institución, la aparición de la llamada categoría de los Servicios Públicos Industriales y Comerciales, cuya acta de nacimiento tiene lugar a raíz del *Arrêt «Du Bac d'Eloka»* del Tribunal de Conflictos (1921) y que implica el reconocimiento por la similitud con la gestión del empresario particular de la sumisión al derecho privado de determinados servicios públicos cuya prestación a los particulares se lleva a cabo a través de una contraprestación. En realidad, los servicios industriales y comerciales —cuya esencia todavía no ha podido ser determinada de una forma pacífica, pese a haber transcurrido más de medio siglo y de la abundancia de criterios jurisprudenciales y doctrinales— más que una manifestación de la crisis de la noción del Servicio público representaron en sus orígenes un intento jurisprudencial de configurar una «contrafigura» que evitara la progresiva extensión de la Administración pública hacia los servicios de naturaleza económica, pues se consideraban en la mentalidad de la época como constitutivamente privativos de la iniciativa privada y se calificaba como de anormal sustracción a la empresa privada cuando la Administración gestionaba servicios de esta naturaleza. BENOT ha calificado (26) a la categoría de los servicios industriales y comerciales como una estrategia judicial de marcado carácter reaccionario —para frenar en alguna medida el proceso de colectivización o de socialización iniciado en Francia en la primera posguerra mundial— y como reproducción extemporánea de la antigua teoría de los actos de autoridad y gestión al postular la sumisión de los mismos al derecho privado y al enjuiciamiento de la jurisdicción ordinaria, sustrayéndola al Consejo de Estado (únicamente cabe registrar el *Arrêt MELINETTE* de 1933 que atribuyó exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias sobre los mismos sin que quepa registrar una continuidad en esta dirección que en su tiempo fue vivamente criticada). Como puede observarse, la raíz conceptual de los llamados servicios industriales y comerciales es eminentemente política y ello explica las dificultades desde el punto de vista técnico-jurídico con que la doctrina ha tropezado para lograr una caracterización de los

(26) F. P. BENOT: *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 798.

mismos—manejo de los criterios de la remuneración, naturaleza de la actividad o de la prestación, funcionamiento análogo a la empresa privada—hasta el extremo que su configuración se pretende llevar a cabo a través, precisamente, de los instrumentos de su gestión: los llamados Establecimientos comerciales e industriales (27).

Si, desde el punto de vista dogmático, la figura no ha alcanzado unos perfiles nítidos, paradójicamente esta noción que nació como freno a la intervención administrativa se ha convertido, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, en factor de impulso de la presencia de la Administración en el mundo económico, incorporando una idea de raíz eminentemente social: la socialización de actividades a través de su asunción directa por los Entes públicos—pero bajo la forma o cobertura de instrumentos liberales o de fórmulas jurídico-privadas—. Precisamente esta ductilidad de su estructura comporta evidentes problemas sustanciales para el Derecho administrativo, puesto que como ha apuntado certeramente DEBBASCH «el molde del Servicio público industrial y comercial no puede transformar en comercial una actividad que por su naturaleza no lo es. Sucede, sin embargo, a menudo que, para escapar a las reglas embarazosas del Derecho administrativo y beneficiarse del tráfico comercial, los poderes públicos atribuyen a un servicio administrativo la nueva condición de industrial comercial» (28). Esta utilización ficticia de la categoría, excluye del campo del Derecho administrativo y del control jurisdiccional administrativo importantes bloques de la actividad estatal que, haciendo abstracción de ficciones y formalidades, son genuinamente administrativas. Uno de los retos más acuciantes que tiene el Derecho administrativo del futuro es la de lograr la reintegración no solamente a nivel de categorías doctrinales y teóricas sino en el propio campo del control jurisdiccional de este importante sector de actividad que actúa bajo los moldes y la vestimenta de las fórmulas jurídico-privadas.

Evolución distinta pero convergente con la categoría de los servicios públicos industriales y comerciales, presenta el fenómeno o proceso denominado municipalización de servicios. Desde el punto de vista histórico—único desde el cual puede concebirse plenamente este fenómeno—, la municipalización surge como la respuesta inmediata a las primeras manifestaciones agudas de las necesidades creadas por

(27) Sobre las características más sobresalientes de los servicios públicos industriales y comerciales. A. LAUBADERE: *Droit public économique*, op. cit., pp. 465-469.

(28) CH. DEBBASCH: *Droit administratif*, p. 230.

la forma de vida urbana como asentamiento de la población. La intervención directa de la Administración en la gestión de los servicios de naturaleza urbana es incompatible con el esquema político-económico liberal y por ello será necesario en el plano jurídico —al margen de las propiamente ideológicas— justificar aquella presencia y para ello se acudirá en el continente (puesto que en el mundo anglosajón el planteamiento es distinto) a la naturaleza eminentemente económica o empresarial de los servicios a gestionar y más concretamente, como es el caso de los textos municipalizadores franceses de 1926, a la idea de servicios industriales y comerciales. El caso francés resulta eminentemente paradójico: la categoría de los servicios públicos industriales y comerciales que la jurisprudencia articula para frenar el proceso inicial de intervención estatal en lo económico, se utilizará profusamente, y sin cortapisas, para justificar y legitimar la asunción municipal de servicios públicos de carácter urbano que hasta aquel momento estaban en manos de los particulares o que por su naturaleza podría en el futuro asumirlos. De esta forma resulta perfectamente explicada la excepcional importancia que ha jugado el factor económico en el proceso de municipalización —en el italiano, desde la famosa Ley de 1903 (29), y en el de nuestro país, según la vigente Ley de Régimen Local— como presupuesto o cauce mercantil de gestión (formas privadas de gestión) y como criterio material que justifica la asunción municipal por tratarse de una materia no administrativa *per se* sino de una actividad común a la vida económica privada (de ahí se deriva la carga de la adquisición de las instalaciones existentes y de la indemnización en caso de su prestación en la modalidad de monopolio) (30). Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, la municipalización es, dentro del sistema liberal y de la teoría clásica del Derecho administrativo, «una pieza extraña» (31) en cuanto rompe el esquema

(29) Sobre la concepción italiana de la municipalización, el reciente artículo de G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, en «Enciclopedia del Diritto», 1977, vol. XXVII, pp. 363 y ss.

(30) Sobre el tema, M. CLAVERO ARÉVALO: *Municipalización y provincialización de servicios públicos en la Ley de Régimen Local*, IEAL, Madrid, 1952, y F. ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar, 1980. Debe tenerse en cuenta el distinto planteamiento de la municipalización en la Ley 11/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local (actualmente en proceso de derogación parcial) en la Base 8.5. El tema de la municipalización no ha sido objeto de desarrollo por el texto articulado parcial, aprobado por Real Decreto de 6 de octubre de 1977. De ello cabe colegirse que la postura sobre la municipalización de la Ley de Bases ha sido abandonada.

(31) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en el núm. 17 de esta REVISTA (mayo-agosto 1955), pp. 121-123.

vigente del inhibicionismo de los poderes públicos en la vida económica aunque limitado por el momento al área municipal y, paralelamente, supone la descomposición de la versión clásica del servicio público: al permitir que Entes públicos gestionen actividades económicas, bien por cauces públicos, bien por cauces privados; e incluso que Servicios públicos clásicos se gestionen a través de fórmulas privadas. Sin embargo, pese a esta ruptura de planteamientos, la ideología liberal imprime fuertemente el fenómeno municipalizador: el proceso interventor sólo se legitima a nivel municipal, no en el marco estatal; la actividad asumida debe tener carácter mercantil e industrial con lo cual se asegura la concurrencia de la iniciativa privada en el caso de que la actividad sea efectivamente rentable y la garantía de la indemnización en los supuestos de municipalización con monopolio; y, finalmente, late la idea de que con la calificación de mercantil e industrial no se está ensanchando la esfera administrativa ni la esfera de los poderes públicos al menos en apariencia y en congruencia con los ideales liberales.

Los principios de descomposición del esquema clásico del Estado abstencionista que se incuban en el seno del fenómeno municipalizador van a ponerse palmariamente de manifiesto en la segunda posguerra con el movimiento de las nacionalizaciones y la creación de las empresas nacionales. Como ha puesto de manifiesto J. RIVERO (32) en un estudio clásico sobre el tema, el fenómeno de las nacionalizaciones—sobre cuya amplia problemática no podemos detenernos—significó la emergencia a la superficie de la crisis preexistente en la esfera estatal de la categoría del servicio público y el punto de partida de una nueva etapa en la que aquél quedaba vinculado inexorablemente a la metamorfosis del Estado.

B) Preocupación constante de la doctrina que opera sobre el concepto del Servicio público ha sido la de poder determinar materialmente una distinción precisa entre los servicios públicos o privados por naturaleza. La distinción entre lo público y lo privado podía resultar nítida en los presupuestos teóricos del Estado liberal, pero éstos nunca se dieron propiamente en la realidad y mucho menos en nuestros días. Toda esta preocupación ha determinado la adopción de categorías nuevas intermedias—servicio público virtual o funcional o la

(32) J. RIVERO: *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*, en «Archives de Philosophie du Droit», Sirey, 1952, p. 149 y bibliografía citada en nota 7.

de empresa privada de interés general o interés público (33) (categoría acuñada a raíz del *Arrêt VEZIA* de 1935)— para significar la contingencia y la raíz político-jurídica y, por lo tanto, discrecional de la atribución a una clase de actividades de la naturaleza de servicio público («misión de servicios públicos»). La doctrina señala unánimemente la insusceptibilidad de localizar en la naturaleza de las cosas una actividad de Servicio público: unas veces, el Estado mantiene la calificación de servicios privados para actividades con el único propósito de respetar una libertad pública esencial (por ejemplo, como señala DEBBASCH, las materias relativas a la libertad de información); por el contrario, en otros casos, la oportunidad política es la causa exclusiva de la creación de una actividad en Servicio público (insuficiencia de la iniciativa privada, no rentabilidad de las actividades, sanción por abuso de la gestión privada) (34).

C) La transformación más significativa y reciente de la noción clásica del Servicio público se centra en la propia volitización de uno de los aspectos nominales más constitutivos de su esencia: la marginación del Servicio público de la idea orgánica de Administración pública, la existencia de servicios públicos integrados pura y simplemente en la vida privada. La disolución del elemento orgánico venía preparada por la concepción del servicio funcional al disociar el Servicio público de la órbita de la Administración. El paso decisivo se opera a través del *Arrêt MONPEURT* (1942)—calificado recientemente por Ch. LAVIALLE (35) como decisión de principio y transcendental— y del *Arrêt BOUGUEN* (1943), que vienen a sancionar una concepción puramente funcional del Servicio público e incluso del acto administrativo y, en última instancia, del Derecho administrativo, por cuanto aquél ya no será una institución con soporte orgánico público sino simplemente, como ya señaló CHENOT, un «régimen» especial.

Cabe recordar a este respecto que el Derecho administrativo clásico conoce perfectamente la gestión de servicios públicos por parte de los particulares a través del mecanismo de la concesión de servicios, pero la novedad que inaugura el *Arrêt MONPEURT* es la admisión de la gestión y, consecuentemente, la emanación de actos administrativos

(33) Sobre las principales características del Servicio público virtual, A. DEMICHEL: *Le control de l'état sur les organismes privés*, vol. II, París, 1960, pp. 673 y siguientes.

(34) Ch. DEBBASCH: *Droit administratif*, p. 231.

(35) Ch. LAVIALLE: *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif*, LGDJ, 1974, pp. 193 y ss.

por personas privadas —en propiedad, personas no públicas— de actos administrativos, sin mediar concesión administrativa ni ningún otro mecanismo de otorgamiento de la gestión. Una interpretación estricta de estas decisiones jurisprudenciales implicaban una auténtica revolución copernicana en el campo del Derecho administrativo por cuanto ello implicaba admitir lisa y llanamente que los sujetos privados podían emanar actos administrativos. Esta posición, que fue sostenida por amplios sectores de la doctrina francesa (pese a los reparos formulados inicialmente por EISEMANN, *L'Arrêt MONPEURT: Legende et réalité*) —introducida y ampliamente expuesta y ampliada en nuestra patria por BOQUERA OLIVER (36)—, está siendo objeto de importantes rectificaciones en Francia al proceder a un nuevo examen de la decisión jurisprudencial matriz y prevalecer una interpretación orgánica de la misma en función de la naturaleza específica de los colegios profesionales en su condición de Corporaciones públicas específicas y al descubrimiento, según señala LAVIALLE, de una relación de delegación implícita entre dichas Corporaciones y el Estado. Con todo, debe señalarse el significado de esta singladura o derivación de la tesis clásica del Servicio público que ha alcanzado el punto álgido de su problemática existencia (37).

IV. LOS INTENTOS DOGMÁTICOS DE SUPERAR LA INDETERMINACIÓN DE LA IDEA DE SERVICIO PÚBLICO

La rica sustancia que alberga la polémica noción del Servicio público se pone de relieve si se tienen en cuenta sus derivaciones en el marco de contextos doctrinales distintos al propiamente francés. La recepción de la idea básica del Servicio público ha sido prácticamente universal para los países de Derecho administrativo, aunque en ninguno de ellos ha sido erigido en piedra angular del propio sistema, si bien ha dado lugar a importantes derivaciones y matizaciones que suponen nuevos puntos de vista y enfoques de esta singular institución. Sin el propósito de agotar el tema, pretendemos trazar una panorámica simplemente indicativa.

(36) J. M.^a BOQUERA OLIVER: *Criterio conceptual del Derecho Administrativo*, en el núm. 42 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1963, y *El aspecto jurídico-administrativo de la Organización Sindical Española*, en el núm. 52 de esta REVISTA, enero-abril 1967.

(37) Para la evolución de la doctrina, *vid.* BENOIT, *ob. cit.*, p. 780; CH. LAVIALLE: *L'évolution*, *op. cit.*, pp. 304 y ss.; F. SABIANI: *L'habilitation des personnes privées a gerer un service public*, AJD, A 1977, pp. 5 y ss.

A) La recepción de las ideas sobre el Servicio público, puestas en circulación por la Escuela de Burdeos, tiene lugar en Italia en un momento en que las exigencias del método jurídico alcanzan el máximo índice de aceptación, y que se cifran fundamentalmente en la disociación entre los aspectos puramente jurídicos y no jurídicos o sociales de los fenómenos propios del Derecho público, así como en un prurito de construir un sistema conceptual rigurosamente formulado a imagen y semejanza del Derecho privado. En este ambiente científico es fácilmente explicable que el tratamiento del servicio público fuera inicialmente marginal y cargado de prejuicios metódicos. Desde un principio se consideró que se trataba de un concepto mixto—jurídico-social— y que por tanto, para depurarlo de ingredientes no jurídicos, debía asignársele una valoración meramente finalista; más que un concepto institucional propiamente dicho, el servicio público es, en opinión de un autor clásico como SANTI ROMANO, una figura compleja que sirve para expresar el conjunto de fines sociales a que deben dirigir su actividad los entes administrativos. La discriminación jurídica del concepto de Servicios público alcanza su punto álgido en aquella corriente doctrinal (DE VALLES y ALESSI) (38), que pretende distinguir entre «funciones» y «Servicios públicos», caracterizando a los primeros por el contenido estrictamente jurídico de la actividad, mientras que la nota configuradora de los segundos es la de atender a finalidades estrictamente sociales.

Estas posturas iniciales de reserva ceden progresivamente ante el desarrollo de la teoría de las Prestaciones Administrativas a los particulares que nace con el propósito, según manifiesta ALESSI (uno de sus principales sostenedores), de ser un «útil complemento de la teoría de los Servicios públicos» (39). La noción de prestación se toma del modelo privatista del derecho de obligaciones e implica la máxima tecnicización desde el punto de vista del método jurídico de la noción de servicio público, si bien hay que subrayar inmediatamente que ello se hace a costa de importantes mutilaciones; la teoría de las prestaciones administrativas, sólo alcanza a justificar su operatividad en el estricto campo de los servicios públicos *uti singuli*, quedando marginados los servicios *uti universi* y todos aquellos que no permiten o no constituyen el objeto de una estricta relación jurídica.

(38) A. DE VALLES: *I servizi pubblici*, en «Primo trattato completo», vol. 8, parte I, pp. 385 y ss.

(39) R. ALESSI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo II, pp. 363-365.

La teoría de las prestaciones administrativas posee indudables atractivos, pero su alcance es limitado, a menos que, como ha ocurrido en algunos casos, se extrapolen sus consecuencias sin excesivo rigor crítico. Todo ello explica que la doctrina italiana haya intentado una renovación de las fuentes originales de los servicios públicos y haya centrado su atención tras una exigente autocrítica (como ejemplo puede señalarse la obra de U. POTOTSCHNIG (40) en las llamadas actividades económicas de significación pública sobre las que la Administración ejercita un intenso control para adecuar a los objetivos de la planificación o programación económica. De esta forma se intenta formular una visión objetiva del Servicio público.

B) En el capítulo de derivaciones de la teoría del Servicio público cabe registrar una importante aportación española: la concepción de una nueva categoría denominada por su creador, J. L. VILLAR PALASÍ (41), «Gestión Económica del Estado». La tesis del autor—cuya formulación tiene en el orden histórico el enorme mérito de anticiparse a toda la literatura francesa de los años cincuenta denunciadora de la crisis del servicio público—se apoya en su instrumentación técnica en el instituto de las prestaciones administrativas, alumbrada por la doctrina italiana—aun cuando su autor señala expresamente que el concepto de gestión económica deriva de la noción de gestión administrativa de HAURIU—, proyectándola al mundo específico de la económica. La característica fundamental de esta actividad de gestión económica radica en su presentación como actividad de producción de bienes económicos a cargo de la Administración, es decir, en una, en frase de VILLAR PALASÍ, «de una dación al mercado y no en la prestación de un servicio a los administrados». Efectivamente, esta consideración de la gestión económica por su objeto y frecuencia en el mundo contemporáneo excede de la consideración clásica del servicio público o de las modalidades con que ésta se concretaba, pero no hay que olvidar—y ahí radica una de las limitaciones de la tesis de VILLAR PALASÍ—que el propio autor, antes de fijar el concepto de gestión económica, ha procedido a una importante amputación del panorama de proyección de su concepto al especificar «las prestaciones de la Administración, en efecto, divergen en prestaciones efectuadas *uti singuli* o *uti universi*, y a su vez,

(40) U. POTOTSCHNIG: *I servizi pubblici*, Padova, 1964, y M. S. GIANNINI: *Diritto Amministrativo*, I, Milán, 1970, pp. 168 y ss.

(41) J. L. VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en el núm. 3 de esta REVISTA, 1950.

aquéllas, en prestaciones de servicios (Servicios públicos) y prestación de bienes (gestión económica)» (42).

De todo ello se desprende que la tesis sustentada por el autor citado se basa en una distinción en el concepto base de «prestaciones» por su contenido en unas prestaciones inmateriales (el servicio es siempre una prestación inmaterial, no concreta) y unas prestaciones materiales (bienes económicos de producción que se ofrecen al mercado económico). El punto clave de la formulación de VILLAR PALASÍ reside en el fondo en una visión nominalista más que substancialista, todo ello con independencia de la originalidad y oportunidad de su presentación renovadora.

C) Como una derivación singular de la teoría del Servicio público debemos hacer referencia a la doctrina alemana y muy singularmente a la obra de E. FORSTHOFF. Sabido es que la concepción del Servicio público, tal como la formuló la Escuela de Burdeos, apenas tuvo repercusión en el ámbito de la Ciencia alemana del Derecho administrativo. Dicha disciplina, no obstante, no puede permanecer insensible ante el creciente intervencionismo de la Administración en la vida social, y en este orden de consideraciones hay que subrayar la aportación de FORSTHOFF, que pretende polarizar desde un punto de vista categorial estrictamente jurídico la nueva faceta de la Administración y la sistematización de su ciencia en torno al concepto de procura asistencial o de prestaciones sociales que conforman el medio vital del hombre contemporáneo. El concepto de procura existencial y su manifestación concreta, las prestaciones (en el sentido de suministros), es inicialmente una categoría político-sociológica, pero que tiene una trascendencia jurídica inmediata en el plano descriptivo; aun cuando no en el estrictamente sistemático. En líneas generales podría concluirse que el concepto de procura existencial cumple en el Derecho alemán lo que en su día representó la teoría político-jurídica del servicio público. El propio FORSTHOFF puntualiza que la construcción científica del Derecho administrativo en torno a la procura existencial está todavía por desarrollar en sus últimas consecuencias y que su aportación se limita a llamar la atención sobre este tema (43).

(42) J. L. VILLAR PALASÍ: *La actividad*, op. cit., p. 60.

(43) E. FORSTHOFF: *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Madrid, 1967, páginas 39-77.

V. LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL PANORAMA CIENTÍFICO ESPAÑOL

La concepción del Servicio público en la formulación propia de la Escuela de Burdeos no ha tenido en nuestra realidad doctrinal y normativa una equivalencia ni ha despertado un torbellino de polémicas doctrinales análogo al país vecino. No puede pasarse por alto, sin embargo, el influjo de dicha dirección dogmática en la doctrina de los años treinta del presente siglo, especialmente en autores como GASCÓN Y MARÍN y GARCÍA OVIEDO (quien califica a los servicios públicos como el «alma del moderno Derecho administrativo»). En el plano de la consagración positiva merece recordarse la huella visible de la ideología de la Escuela del Servicio Público en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española, de 1929 (arts. 75 y 85) y su Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de la misma fecha (arts. 37-54) (44) y en la Constitución de la Segunda República, de 1931 (art. 44). (45). Al margen de estos antecedentes, puede decirse que la concepción categorial del servicio público se desvanece—con alguna prolongación doctrinal (46)—, y pasa a convertirse en un concepto institucional importante pero no determinante del Derecho administrativo como disciplina científica.

En realidad, para comprender el significado de la noción de Servicio público en nuestra doctrina, debe tenerse en cuenta que la legislación actual e histórica refleja una variedad realmente notable de sentido y direcciones en orden al empleo del vocablo «Servicio público», expresión, por otra parte, que ya se encuentra utilizada en la Constitución de Cádiz, de 1812, con un marcado acento de perspectiva financiera de los gastos para su mantenimiento (arts. 340 y ss.). Al contrario de lo ocurrido en Francia, en nuestro país el desarrollo del Servicio público es obra fundamental de la legislación—en algunos casos con perspectivas muy interesantes— más que de la jurisprudencia, razón que explica que tanto la elaboración doctrinal como jurisprudencial se haya centrado en aspectos o parcelas concretas sin que haya existido un concepto central—como en el caso francés—que haya presidido o dado

(44) Un análisis de estos textos en S. MARTÍN RETORTILLO: *Presupuestos constitucionales de la función administrativa*, en el núm. 28 de esta REVISTA, mayo-agosto 1958, pp. 11 a 49.

(45) El artículo 44 de la Constitución de 1931, «los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija».

(46) S. ALVAREZ GENDÍN: *El servicio público*, Madrid, 1944.

coherencia a cada una de las perspectivas singulares. Así nos encontramos que el concepto de Servicio público en orden al contrato administrativo, el dominio público o la responsabilidad patrimonial no tienen en nuestra doctrina apenas puntos de contactos y un trasfondo común precisamente por haber faltado en nuestro país—salvo el epistémico momento de aceptación de las ideas de la Escuela de Burdeos—la elaboración de la idea cardinal del Servicio público. La única referencia común a que remite la idea de Servicio público es la típicamente teleológica de «interés público» como elemento interpretativo sobresaliente en la mayoría de las instituciones administrativas. Por lo que se refiere al derecho local, la noción de servicio se utiliza prácticamente como sinónimo de competencia administrativa o como ingrediente y elemento descriptivo de la competencia, si bien cabe registrar el papel trascendente que desempeñan los servicios públicos industriales y mercantiles. Precisamente, atendiendo a esta fragmentación de sentidos y de utilizaciones de que es objeto en nuestra realidad normativa, ha pretendido VILLAR PALASÍ (47) encontrar un denominador común que pretendiera mostrar un trasfondo institucional homogéneo. Tras un documentado estudio de la legislación histórica y vigente, VILLAR PALASÍ ha detectado cómo el Servicio público ha constituido—en forma prácticamente de constante—una técnica institucional para crear o generar títulos de potestad administrativa de intervención en la vida económica y social. Para caracterizar a esta manifestación, el autor citado acude al viejo y tradicional término de *Publicatio*, entendido como técnica que se dirige a la creación de títulos *ope proprietatis* de potestad sobre actividades privadas, con el fin de controlarlas. Evidentemente, este denominador común o constante histórica constituye uno de los esfuerzos más significativos que la doctrina contemporánea ha desplegado para mostrar un concepto unitario de Servicio público que sirva de directriz institucional.

Con independencia de esta trayectoria evolutiva, debe hacerse forzosamente referencia a realidades normativas que en alguna medida se han hecho eco de las derivaciones de la teoría del Servicio público, en virtud de la influencia de las concepciones doctrinales italianas. En este sentido, merecen especial mención las siguientes:

a) La concepción de los llamados Servicios públicos impropios aplicada a actividades o servicios que desde el punto de vista de su

(47) J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964.

titularidad son privados, pero que objetivamente considerados cumplen una función pública o de interés público, ha encontrado su reconocimiento en el ámbito del Derecho local con la denominación de «servicios privados prestados al público» (artículo 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). En la regulación positiva de este instituto ha predominado fundamentalmente el matiz de la intervención de la actividad de los particulares frente a la regulación propiamente dicha de la gestión del servicio (48).

b) Las denominadas «actividades privadas de interés público», reconocidas como objeto de los Convenios de colaboración de la Administración con los particulares (apartado 7 del artículo 2.º de la Ley de 17 de marzo de 1973 sobre Modificación parcial de la Ley de Contratos), suponen, en cierto modo, un intento de recepción de la concepción puramente objetiva de la noción del Servicio público, insertándola en el marco de los sistemas de ejecución de la planificación económica y social. El interés de esta figura (49) reside, no tanto en las facultades de intervención administrativa que generan en favor de la Administración, como en la actitud de impulso o fomento con que se contempla su efectiva asunción por la iniciativa privada.

c) Un nuevo capítulo en torno a la esencia del Servicio público puede iniciarse si el texto del artículo 118.3 del Anteproyecto de Constitución prospera definitivamente: «la ley podrá reservar al sector público los servicios públicos esenciales, la explotación de fuentes de energía o las actividades que constituyan monopolio». En esta redacción cabe apreciar la influencia muy directa de la Constitución Italiana (arts. 41 y 43) y de la Constitución de la IV República Francesa. La categoría de los servicios públicos esenciales constituye una nueva modulación del concepto clásico de Servicio público, cuya determinación dogmática ha suscitado amplias polémicas en la doctrina italiana (50).

Las particulares características que han rodeado la evolución y transformación de la teoría del Servicio público en nuestra legislación han determinado que la doctrina haya desplazado su atención pre-

(48) R. ENTRENA CUESTA: *El servicio de taxis*, en el núm. 27 de esta REVISTA, páginas 40 y ss., y J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, ERDP, pp. 42-43.

(49) Hemos dedicado un estudio monográfico al tema. MARTIN BASSOLS COMA: *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, en el núm. 82 de esta REVISTA, enero-abril 1977, pp. 61 y ss.

(50) Un análisis completo de los preceptos constitucionales en F. ZUELLI: *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milán, 1973, pp. 77 y ss.

ferentemente al campo de las formas de gestión de los servicios y en particular de la empresa pública y sus formas jurídicas. La regulación fragmentaria de la empresa pública (Ley de Entidades Estatales Autónomas, Ley del Patrimonio del Estado, Ley de Contratos, Ley General Presupuestaria...), han puesto de manifiesto la necesidad en un futuro próximo de promulgar un Estatuto de la misma que recoja sus aspectos más decisivos. En fecha reciente, nuestro derecho positivo ha alumbrado una nueva categoría—las Sociedades Estatales—que, por su importancia, merece ser objeto de consideración especial y que constituye un paso importante en el proceso de sistematización que habrá de cristalizar en una regulación general de la empresa pública (51).

VI. LAS SOCIEDADES ESTATALES COMO NUEVA TIPOLOGÍA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. *Problemática de su concepto*

La reciente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 en su artículo 6.º contempla la nueva categoría jurídica de las Sociedades Estatales que comprende la siguiente tipología: «Son Sociedades estatales a los efectos de esta Ley: a) las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos y b) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.» El régimen jurídico de estas Sociedades estatales viene determinado «por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que sea de aplicación la presente Ley» (art. 6.º, 2). Desde una perspectiva meramente formalista cabe apreciar que la categoría de las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal» era perfectamente conocida con carácter general en nuestro ordenamiento positivo bajo la denominación de Empresas Nacionales (artículos 91 a 93 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26

(51) Sobre la necesidad de un Estatuto de la Empresa Pública la Exposición de Motivos de la Ley General Presupuestaria de 1977 se pronuncia categóricamente. Los llamados Pactos de la Moncloa (Madrid 8-27 de octubre de 1977) disponen que «antes de 30 de junio de 1978, el Gobierno remitirá un Proyecto de Ley a las Cortes relativo al Estatuto de la Empresa Pública».

de diciembre de 1958), con la única salvedad de que esta última disposición reservaba la forma mercantil de las empresas nacionales a la sociedad anónima («...habrán de ser constituidas precisamente como sociedades anónimas de fundación simultánea», art. 92.1), mientras que la Ley General Presupuestaria alude indiferenciadamente a las Sociedades mercantiles, con lo cual, por hipótesis, cabe entender que el Estado puede crear sociedades mercantiles de responsabilidad limitada o de otra naturaleza. La innovación, sustancial, no obstante, descansa en la calificación como Sociedades de las Entidades de Derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. A la vista de esta calificación, se suscitan una serie de interrogantes jurídicos en orden al alcance de esta expresión legal que por su novedad y trascendencia invitan a formular una serie de consideraciones (52).

La primera y más sobresaliente observación que cabe destacar reside en que la innovación categorial surge de una norma legal con una clara preocupación financiera-presupuestaria puesto que uno de los objetivos de la nueva Ley General Presupuestaria es ofrecer un marco unitario a estos efectos del Sector público: Hacienda Pública del Estado, Organismos Autónomos del Estado (administrativos y los de carácter comercial, industrial y financiero), Seguridad Social y las Sociedades estatales (arts. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º). De nuevo, por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico-administrativo se ve sometido a la influencia de unos datos normativos vinculados al Derecho financiero, lo cual no deja de plantear serios problemas en el orden dogmático puesto que la interpretación entre el elemento administrativo y el financiero es cada día más creciente hasta el extremo de que exige revisar los planteamientos tradicionales en esta materia. El elemento financiero es concurrente en múltiples instituciones administrativas: el contrato administrativo, la configuración de las personas jurídico-públicas, la municipalización y provincialización, la planificación económico-social, etc. Desde una óptica tradicional, el elemento financiero se consideraba como un elemento meramente formal e incidental

(52) El Proyecto de la Ley General Presupuestaria (*Boletín Oficial de las Cortes*) configuraba como Sociedades estatales: «a) Las personas jurídicas de Derecho privado creadas por el Estado para la realización de actividades comerciales, industriales de servicios o económicas en general; b) las demás Sociedades mercantiles en que sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos en el capital de las mismas, y c) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado» (art. 6.º).

de la legalidad administrativa (intervención financiera a efectos de validez o eficacia de los actos administrativos), pero en ningún caso como un presupuesto configurador capaz de incidir en la morfología sustantiva de la realidad y la dogmática administrativa. El prototipo de este enfoque lo constituye el enjuiciamiento de las figuras organizativas creadas por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 diciembre de 1958, cuyos criterios de configuración de la tipología de personificaciones se consideraba que respondían a preocupaciones meramente financieras y, por lo tanto, al margen del esquema dogmático propio y específico del Derecho administrativo. Esta perspectiva ha sido objeto de importantes revisiones al hilo de nuevas reflexiones (53) sobre el decisivo tema de las personificaciones en nuestro derecho positivo en orden a una aproximación más realista e integral del fenómeno jurídico-administrativo. En orden a esta nueva línea metodológica, si bien no puede postularse una posición extremista en el sentido de un determinismo absoluto de la perspectiva financiera como configuradora del ámbito del Derecho administrativo, tal como lo formula, por ejemplo, en la doctrina francesa DEBBASCH (54) por lo menos debe llamarse la atención sobre la relevancia complementaria de los presupuestos de índole financiera en las instituciones administrativas como una actitud científica superadora de la dicotomía de ambos ordenamientos en aras a una comprensión integral de los fenómenos jurídicos. Esta perspectiva debe tenerse en cuenta para comprender esta nueva realidad normativa constituida por las Sociedades estatales.

Para la cabal comprensión de la realidad comprendida bajo la denominación de Sociedades estatales debemos trazar en síntesis la trayectoria experimentada en nuestro derecho positivo por el fenómeno empresarial público y su directa vinculación con la naturaleza de la personificación y la forma jurídica mercantil. Si bien el concepto de empresa es extraordinariamente controvertido desde el punto de vista de las distintas concepciones jurídicas (55), lo cierto es que constituye una realidad jurídica y económica incontrovertible en el mundo contemporáneo en cuanto expresión de una organización apta

(53) Vid. J. GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado*, ob. cit., p. 778; J. L. MEILÁN GIL: *La evolución de los Organismos autónomos*, «DA», núm. 78-79; ARIÑO ORTIZ: *La Administración Institucional*, «IEA», Madrid, 1972, pp. 128-137.

(54) CH. DEBBASCH: *Finances publiques et droit administratif*, en «Melangés Trotabas», París, LGDJ, 1970, pp. 111-125.

(55) Un completo análisis sobre las distintas teorías sobre la empresa en J. RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, Ed. Nauta, Barcelona, 1969.

para la producción económica conforme a las exigencias de la sociedad industrial. La afirmación del proceso de emergencia histórica de la realidad empresarial está íntimamente unida a las formas societarias mercantiles y de modo muy específico a las sociedades anónimas, en cuanto fenómeno de conjunción patrimonial entre varias personas. De este modo empresa y sociedad anónima en su origen y desarrollo han constituido dos estructuras íntimamente unidas (56); la realidad contemporánea está evidenciando un proceso de progresivo distanciamiento que en sus primeras manifestaciones se concreta en una modificación del derecho tradicional de dichas sociedades, prelude, sin duda, de una futura reglamentación autónoma de la empresa (57). Desde esta perspectiva, se comprende fácilmente la atracción que la sociedad anónima—en realidad era la única alternativa jurídica posible—ofrece para el Estado o corporaciones públicas en el momento en que el fenómeno empresarial se inserta en las estructuras administrativas (58), a raíz de las municipalizaciones, nacionalizaciones, asunción de servicios públicos comerciales e industriales y demás fenómenos convergentes. Los entes públicos para gestionar los nuevos servicios desde una perspectiva empresarial se ven precisados a despojarse de su personalidad pública y adoptar la forma de una sociedad anónima (íntegramente estatal o mixta), aunque sea a costa, como en el caso español, de modificar el derecho tradicional de Sociedades Anónimas, mediante la admisión de sociedades de un solo socio (59);

(56) Como subraya J. GARRIGUES: «Y ha sido precisamente la sociedad anónima la culpable de la moderna confusión entre empresa y sociedad. En efecto, el desarrollo del siglo XIX exigía la aportación de ingentes capitales a grandes empresas (transportes, seguros, navegación...). Entonces los juristas desempolvaron la Sociedad Anónima, que fue una forma jurídica utilizada por la monarquía de los siglos XVII y XVIII para empresas marítimas y de colonización e instalaron este mecanismo jurídico allí donde era necesario la aportación de grandes capitales. Mas el capital se ha convertido de instrumento en árbitro de la producción. La Sociedad Anónima ha absorbido la empresa y se han confundido el Derecho de la empresa y el Derecho de la Sociedad Anónima. Los accionistas se han convertido en dueños de la empresa. Pero lo cierto es que la Sociedad Anónima, como cualquier otro tipo de Sociedad Mercantil, podrá ser titular de una empresa, es decir, empresario, pero no la misma empresa» (en *Teoría general de las sociedades mercantiles*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1974 (enero-marzo), núm. 131, p. 16).

(57) Sobre la reciente evolución de la empresa, como objeto de una regulación autónoma. G. FARJAT: *Droit économique*, PUF, París, 1971, pp. 88-104.

(58) J. GARRIGUES: *Teoría general*, op. cit., señala que la fundación por el Estado de una sociedad anónima implica que «el Estado busca en ella un sistema de gestión de los negocios infinitamente más flexible que los del Derecho administrativo. De este modo, la sociedad anónima, especie de *perpetuum mobile*, vuelve hoy al punto de partida, vuelve a ser, como en los siglos XVII y XVIII, una institución jurídica en manos del Estado, sin perder por ello su fisonomía de sociedad mercantil», p. 23.

(59) Una interesante reflexión sobre la incidencia del Estado en el estatuto

el Estado o corporaciones locales, y sin acto consensual (a través de un acto unilateral). La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, a través del reconocimiento, de las llamadas Empresas Nacionales, canoniza la correlación: empresa pública, forma de sociedad anónima y aplicación integral del derecho privado (60). La forma societaria condiciona en bloque la aplicación del derecho privado y estructura la organización jurídica de la empresa, excluyendo toda intervención de las limitaciones y controles propios del Derecho público. Con independencia de esta evolución, la realidad positiva y doctrinal ponía de relieve que en el ámbito de las personificaciones públicas—especialmente en torno a los establecimientos públicos— (61) se asumían servicios y actividades económicas e industriales (objetivamente consideradas) que entrañaban auténticas empresas o gestiones empresariales, pero que por el peso de la tradición y de la vinculación entre empresa y forma societaria se regulaban íntegramente por el Derecho administrativo. Este estadio de la evolución de los entes públicos o establecimientos públicos con fines comerciales e industriales fue sistematizado y formalizado por la Ley de Entidades Estatales Autónomas bajo el concepto de Organismos autónomos de carácter industrial y mercantil que si bien se asimilaban al género de los Organismos autónomos, la Ley reservaba normas específicas de carácter presupuestario y contable por la clara conciencia de la necesidad de flexibilizar su actuación. Este tímido intento de flexibilización de la actuación de estos entes no fue suficiente por cuanto su actuación externa respecto a los terceros seguía rigiéndose íntegramente por el Derecho administrativo. La realidad normativa impuso sus exigencias en aras a una mayor eficacia, forzando la evolución hacia otros cauces jurídicos que implicaran, paralelamente, la toma de conciencia de la evolución del concepto de empresa, desvinculándola de la veste societaria y haciéndola compatible con la personificación pública.

El punto de partida de esta nueva visión lo constituyó el Decreto de 23 de julio de 1964 por el que se constituye la RENFE como «entidad con personalidad de Derecho público, actuando en régimen de em-

de la Sociedad Anónima. J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ: *La sociedad privada municipal*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1973 (julio-septiembre), pp. 402 y ss.

(60) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Estudio para el proyecto de Estatuto de RENFE*, en el núm. 46 de esta REVISTA, enero-abril 1965, p. 435.

(61) A. NIETO: *Valor actual de los establecimientos públicos*, en «Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX». Homenaje a E. SAYAGUES, tomo IV, pp. 1051 y ss. Para un análisis general de los establecimientos públicos en la Administración Institucional, M. BAENA DEL ALCÁZAR: *Administración Central y Administración Institucional en el Derecho español*, IEA, Madrid, 1976.

presa mercantil» (art. 1.º), con lo cual se conseguía la aplicación del Derecho privado para todos sus actos de gestión y disposición y la sumisión al Derecho administrativo exclusivamente a las relaciones de la empresa con la Administración. Esta nueva modalidad de configuración de la empresa pública ha sido extendida por disposiciones singulares y aisladas a los Puertos con estatuto de autonomía (Ley de 20 de junio de 1968, art. 18), si bien no ha sido formalizado en una categoría, ya que, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «en Derecho español falta una regulación general de este fenómeno» (62). Con independencia de esta novedad, se mantiene en algunos casos la vinculación empresarial a la forma societaria: transformación de entidades oficiales de crédito en sociedades anónimas (art. 24 de la Ley de 19 de junio de 1971) y artículo 207 del Reglamento General de Contratación (Decreto de 25 de noviembre de 1975). Como conclusión puede señalarse que en nuestro derecho coexisten dos formas de estructuración jurídica de la empresa pública: la societaria y la de personificación pública en régimen de establecimiento mercantil.

En el marco de esta trayectoria de nuestro Derecho positivo tiene que encuadrarse la interpretación de la categoría de las Sociedades estatales del artículo 6.º de la Ley General Presupuestaria. Por una parte, existe adecuación entre la denominación y el contenido cuando se extiende al supuesto a) de dicho artículo 6.º, para referirse a «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado». Por el contrario, esta adecuación falla cuando se aplica al supuesto b) «Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado». Aquí no existe correspondencia ya que el término sociedad—que, en definitiva, entraña un contrato, aun cuando su constitución sea por acto unilateral—no puede utilizarse desde un punto de vista técnico-jurídico para designar a una Entidad de Derecho público que deba regirse por el Derecho privado. Dicha expresión (63) sólo puede conceptuarse como un puro pabellón formal o cláusula general habilitante—cuya declaración se reserva a la Ley formal— para legitimar la aplicación en forma de estatuto del Dere-

(62) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I., Civitas, Madrid, 1974, p. 259.

(63) A. PÉREZ MORENO: *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969, propone la denominación y el concepto de Sociedades Administrativas para las sociedades mercantiles en las que intervenga el Estado, pp. 271-276.

cho privado a un ente público, ya que, como señala el artículo-6.º 2, de la LGP, «las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley». La funcionalidad de la denominación de Sociedad estatal en el supuesto del artículo 6.º 1. b) queda limitada a admitir o a regular, con carácter general en nuestro derecho, la posibilidad de que las Entidades de Derecho público puedan, por razón de su carácter empresarial, regirse en su integridad con relación a los terceros por el Derecho privado, perspectiva anteriormente reconocida en forma singular y que ahora se extiende como fenómeno común, previo reconocimiento en una ley formal (requisito formal que quizá deba reputarse excesivamente rígido). Lo criticable de esta innovación reside fundamentalmente en su denominación (64) que carece del substrato propio del fenómeno societario y que implica una dispersión o dislocación de los conceptos e institutos jurídicos, fruto de una visión exclusivamente de una sistematización financiera a la que hay que negar toda validez categorial constituyente.

Como resumen, la empresa pública, a partir de la Ley General Presupuestaria, puede revestir las siguientes formas:

— Organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero u análogo (art. 4.º). Categoría ya conocida que se rige por el Derecho administrativo (Ley de Entidades Estatales Autónomas y Ley General Presupuestaria). Si bien hay que puntualizar la contradicción del artículo 99.c) de la Ley General Presupuestaria que admite la denominación de Organismo autónomo «que por Ley rija sus actividades el Derecho privado»; en una interpretación lógica hay que entender que en este caso estamos en presencia de una Sociedad estatal.

— Sociedades estatales propiamente dichas (art. 6.º 1.a) en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal.

— Sociedades estatales, por asimilación puramente formal, integradas por Entidades de Derecho público que ajusten su actividad al Derecho privado (art. 6.º 1.b).

(64) Resulta curioso constatar que la Ley de Entidades Estatales Autónomas, que contempla únicamente formas societarias, utiliza la denominación de «empresas nacionales». Por el contrario, la Ley General Presupuestaria, que regula sociedades mercantiles y entidades de Derecho público regidas por el Derecho privado, emplea la denominación de Sociedades estatales.

2. *Las primeras aplicaciones del régimen de Sociedades estatales: tendencias que se manifiestan*

La nueva categoría de las Sociedades estatales ha tenido, hasta el momento, dos manifestaciones concretas: el Real Decreto de 1 de abril de 1977, por el que se reorganiza el Canal de Isabel II y se le otorga el carácter de Sociedad estatal, y el Real Decreto de 28 de octubre de 1977 sobre el Régimen de los Servicios de Comunicaciones Marítimas de Soberanía (65), en el que se configuran, alternativamente, dos soluciones posibles para sustituir a la «Compañía Transmediterránea, S. A.», en cualquiera de los supuestos en que, en su día, definitivamente cristalice la solución definitiva, se prevé la constitución de una Sociedad estatal (arts. 5.º y 6.º 2).

El supuesto más interesante y relevante lo constituye, sin duda, el relativo al Canal de Isabel II por cuanto integra la primera aplicación positiva del apartado b) del artículo 6.º de la Ley General Presupuestaria. El Canal de Isabel II, en efecto, venía ostentando la condición del Organismo autónomo (66) encargado de la gestión del Servicio público de suministro y distribución de agua a Madrid, y en virtud del Real Decreto de 1 de abril de 1977 se transforma en una Sociedad estatal. En desarrollo de esta disposición, recientemente, se ha dictado el Reglamento del Canal por Decreto de 16 de diciembre de 1977, en cuyo preámbulo se explicita que «trata de hacer compatible las características públicas de la entidad gestora del servicio con sujeción a las normas del Derecho privado, en los aspectos de la prestación de aquél que así lo requieran para asegurarla con la mayor eficacia». Entre los aspectos más sobresalientes del nuevo texto, merecen destacarse los siguientes:

a) La generosa interpretación de que ha sido objeto el requisito de la autorización con norma de rango de ley, prevista por el artículo 6.º 1.b) de la Ley Presupuestaria para transformar una Entidad de Derecho público en una Sociedad estatal. El carácter de Decreto

(65) El artículo 1.º del Real Decreto de 28 de octubre de 1977 proclama que «la explotación de los hasta ahora denominados Servicios de Comunicaciones Marítimas Rápidas y Regulares» es un servicio público de interés nacional.

(66) El Real Decreto 1097/1977, de 1 de abril, incluye al Canal en la clasificación de Organismo autónomo de carácter comercial, industrial o financiero a los efectos de la Ley General Presupuestaria. Sin embargo, un Real Decreto de la misma fecha lo declara Sociedad estatal.

Un estudio sobre la evolución del Canal, véase MARTIN BASSOLS COMA: *Abastecimiento de aguas y planeamiento metropolitano: el Estatuto orgánico del Canal de Isabel II*, en el núm. 76 de esta REVISTA, pp. 357 y ss.

legislativo que pretende otorgarse al de 1 de abril de 1977, dictado en ejecución del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 (67), es de dudosa legalidad por razón de su rango. En todo caso, pone de relieve una desviación en la aplicación estricta del artículo 6.º 1.b), dada la trascendencia organizativa que comporta la metamorfosis de un ente público en Sociedad estatal, máxime cuando se trata de la gestión de auténticos servicios públicos.

b) En el esquema de la Ley General Presupuestaria, las Sociedades estatales comprendidas en el apartado b) aparecen configuradas a modo de un ente bifronte: en las relaciones con la Administración se rige por el Derecho administrativo; en su actividad externa con los particulares, por el Derecho privado. Esta delimitación abstracta encuentra, no obstante, en la práctica algunas dificultades de aplicación por las zonas secantes que inexorablemente emergen y que imponen soluciones mixtas que el Derecho positivo se ve obligado a resolver a veces con criterios un tanto arbitrarios. En este sentido, el reglamento de 16 de diciembre de 1977 del Canal de Isabel II constituye un buen ejemplo. En su redacción se observa la influencia muy sensible de las soluciones contenidas en el Decreto de 23 de julio de 1964 sobre el Estatuto de la RENFE.

Se otorga al Canal personalidad jurídica independiente de la del Estado (art. 2.º), se le atribuye la condición de empresa pública que actúa en régimen de empresa mercantil (art. 1.º) con la posibilidad de realizar «aquellas actividades de carácter mercantil o industrial que estén directamente relacionadas con la función que tiene encomendada y se consideran convenientes por sus órganos de gobierno» (art. 3.º 2). Esta vertiente externa de su actuación comporta la sumisión al Derecho privado y, consecuentemente, la inaplicación de su actividad de gestión de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la de Funcionarios Civiles del Estado (art. 9.º). Sin embargo, este deslinde de ordenamientos no es puro ya que, pese a su faceta o veste privatista, aparece en algunos casos el Canal investido de prerrogativas públicas o inserto en situaciones que forzosamente generan relaciones jurídico-

(67) El Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre Medidas Económicas, artículo 28, «con objeto de obtener una mayor economía en los gastos públicos y una mayor eficacia en la gestión de los servicios, el Gobierno podrá acordar la supresión, refundición o reestructuración de los Departamentos ministeriales y de los organismos de la Administración del Estado e Institucional, cualquiera que sea el rango de la disposición por la que fueren creados o se encuentren regulados».

administrativas. Ello es especialmente sensible en los siguientes casos:

— En relación con su patrimonio propio o bienes adscritos, se otorga al Canal «las mismas facultades de administración, defensa y recuperación posesoria que concede a la Administración del Estado el artículo 8.º de la Ley del Patrimonio del Estado» (art. 12). En este supuesto, al actuar el Canal investido de prerrogativas públicas, la relación será exclusivamente jurídico-administrativa.

— Por lo que afecta a la contratación del Canal, la solución adoptada por el Reglamento es absolutamente ficticia al precisarse que «en su contratación de obras, el Canal se someterá a la legislación de Contratos del Estado. Por excepción, se someterá a las normas de Derecho privado la contratación de obras cuyo presupuesto no exceda de veinticinco millones de pesetas, así como las obras de mera conservación y reparación de sus bienes e instalaciones» (art. 39). La atribución de naturaleza distinta de los contratos de obra en función de su presupuesto constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y que carece de justificación dogmática. Desde el punto de vista de la eficacia gestora tampoco se alcanzan a comprender las ventajas que puede reportar esta diversificación.

— La actividad esencial del Canal la constituye la prestación del servicio público de suministro y distribución de agua, en consecuencia, se hace preciso la disciplina de sus relaciones con los usuarios. En principio, el artículo 40 del Reglamento prescribe que «también se regirán por las normas del Derecho privado los contratos de servicios o suministros propios del Canal, sin perjuicio de los derechos que a los usuarios reconocen las normas en vigor». Ahora bien, con carácter general, el artículo 69 concede la posibilidad de impugnar los actos del Canal por vía de recurso de alzada ante el Ministerio de Obras Públicas, siempre que se reúnan las condiciones de: «ser usuario del servicio» y «haber sido sancionado a consecuencia de infracciones reglamentarias que afecten al servicio público del Canal». De la concordancia de estos preceptos parece desprenderse que el Reglamento parte de la concepción que la relación entre el Canal y los usuarios (68) es de Derecho privado en cuanto a la celebración del contrato, pero que la situación jurídica de los usuarios en la ejecución del contrato se administrativiza por la posibilidad de aquéllos de interponer recursos de alzada ante el Departamento. Al no preci-

(68) Vid. J. SALAS: *Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias*, «REDA», enero-marzo 1975, núm. 4, pp. 29-49.

sarse con exactitud los motivos de impugnación del usuario, habrá que concluirse que toda la interpretación contractual y su ejecución se transformará en administrativa pese a la proclamación de la relación jurídico privada del servicio o suministro.

c) En materia de personal, se dispone la completa sumisión al régimen de contratación civil o laboral (art. 6.º del Decreto de 1 de abril de 1977 y art. 43 del Reglamento). La eliminación de toda situación personal de carácter funcional se lleva a los más rígidos extremos de obligar a los funcionarios actuales a optar entre convertirse en personal contratado o bien a integrarse en Cuerpos a extinguir, si se trata de funcionarios propios. Los funcionarios del Estado que sirvan puestos en el Canal podrán optar entre reintegrarse a la Administración del Estado o a acogerse al régimen laboral (Disposición transitoria dos del Decreto de 1 de abril de 1977). La solución adoptada parece en extremo rígida puesto que no parece existir incompatibilidad entre la situación funcional y la gestión empresarial.

d) Como resumen de estas tendencias iniciales en la aplicación del régimen de Sociedades estatales, debe subrayarse la ambigüedad estructural de la nueva figura y de su generalización. Con independencia de que el Derecho positivo encuentre dificultades para imponer una nítida separación en la aplicación de ambos ordenamientos con la consiguiente confusión interpretativa, lo cierto es que a través de esta figura se alcanza la máxima funcionalización de la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado en el seno de una organización pública. Ambos ordenamientos en su esencia son portadores de valoraciones distintas de los intereses en juego—el interés público y el interés privado—por lo que su utilización alternativa por meras razones acomodaticias o de eficacia convierte a sus instituciones en meros pabellones formales sin sustancia propia. Con ello se pone de relieve una vez más que la estructuración de la empresa pública en el Estado moderno es más un problema de filosofía política que de técnicas jurídicas concretas, puesto que éstas, con independencia de su deformación, siguen siendo vehículo de expresión de una visión puramente estatalizadora que a todas luces deberá corregirse en los próximos veinte años (69).

(69) Bajo el título de *Les nationalisations aujourd'hui et demain*, el diario «Le Monde» publicó una serie de artículos—los días 29 y 30 de junio, y 2, 3 y 4 de julio de 1977—sobre el tema de la Empresa pública, de gran interés, que supone una revisión del planteamiento tradicional sobre la organización, composición y funcionamiento de estas empresas.

