

# ASPECTOS DE LA ADMINISTRACION ECONOMICA

Por J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS

Letrado del Consejo de Estado, y Doctor en Derecho  
por la Universidad de Bolonia.

*SUMARIO: I. La intervención del Estado en el campo económico: estado liberal, formas de intervención, la administración económica.—II. La intervención y el concepto de servicio público: el servicio público económico y el servicio de interés público.—III. Encuadramiento de la actividad económica.—IV. La Administración pública como empresario.—V. La intervención y el concepto de personalidad jurídica. VI. Las formas singulares de intervención.—VII. La concesión pura: clases.—VIII. La concesión de ejercicio.—IX. La «Régie Intéressé».—X. La economía mixta.—XI. La gestión directa: formas. Gestión en economía y mediante Hacienda especial.—XII. La fundación pública directa.—XIII. La sociedad de ente público como único accionista.—XIV. Conclusión.*

## I

### LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LO ECONOMICO

Quizás en ninguna época como en ésta sea difícil el dar una visión de lo que son y deben ser los límites de la actividad del Estado. El problema es evidentemente contingente; depende de razones históricas y particulares de cada Estado, pero suelen clasificarse los fines en dos grandes categorías: esenciales y no esenciales, de conservación y de bienestar, primarios y secundarios. El Estado liberal, nacido con la revolución francesa, instauró las bases de un inhibicionismo público. El ente Estado, en cuanto corporación pública cuyos miembros eran los ciudadanos, debía y estaba obligado a regular solamente aquellas materias que legalmente le habían sido asignadas, y éstas eran muy reducidas. Fuera de ellas eran los propios miembros los que debían obrar; se trataba, en fin, de una persona jurídica débil que subsistía para la consecución de fines trascendentes y externos limitados, que no consistían en la prestación de servicios a sus propios asociados; tenía un carácter más bien negativo y policial.

La defensa, el orden y la justicia eran aquellos fines sin los que ni siquiera su existencia hubiera podido justificarse. Su propia esencial-

dad hacía que fueran indiscutidos en su estructura total. Pero el problema, visto con perspectiva histórica, justifica la pregunta de si debía mantenerse en estos límites o podía traspasarlos. El liberalismo del siglo XIX contestó negativamente: el Estado no debe traspasarlos. HUMBOLDT (1) señalaba que el Estado interviene erróneamente cada vez que no se encuentra en una relación inmediata con una violación del derecho de uno cometida por otro. Esta es visión generalizada. Sin embargo, los acontecimientos históricos precipitaban la intervención (concentración capitalista, condiciones ínfimas de la vida del obrero, superproducción consecuente, aparición sistemática de las ideas socialistas, etc.). El capitalismo creaba nuevas formas de empresario. La sociedad anónima, nacida en el absolutismo como sociedad de estado (ésta es una de la muchas paradojas actuales que justifican el efecto cíclico de la Historia) se perfecciona y generaliza, debido a que consigue fácilmente la reunión de grandes capitales, de una limitada responsabilidad (nacida de la «empresa» que en un principio ejercitaron, que era la marítima, a la cual ha ido unido dicho principio), de una deshumanización de la empresa en cuanto que debilita la figura del socio y, en fin, presenta una organización flexible y comercial.

Pero ya entonces es curioso observar las críticas que lanzaba el socialismo contra dicha forma empresarial. Era una manera de ocultar al patrono. Y sin embargo, no faltan autorizados autores que la comparan con el Estado. LEROY-BEAULIEU (2) afirmaba que, sin negar que la sociedad anónima carece de la flexibilidad y la rapidez de ejecución de la empresa individual, sin embargo, los métodos utilizados son diferentes de los del Estado. El socio puede salir, la burocracia es más dócil en la sociedad que en el Estado, no influye la política, ni la religión, ni el favoritismo; se nombra por sus aptitudes técnicas libremente y no con sujeción a edad, grado, diplomas, etc.; la sociedad tiene además una gran maleabilidad financiera que la lleva a aumentar o disminuir los gastos según el momento (por ejemplo, suprimiendo o aumentando las sucursales), mientras que el Estado está ligado por un presupuesto preventivo. Sus conclusiones, llevado de estas ideas, son que la acción individual debe ser preferida *a priori* a la del Estado, para las

(1) *Saggio vi limiti dell'azione dello Stato*, en «Biblioteca Scienze Politiche», Brunialti, 1892, pág. 649.

(2) *Lo Stato moderno en Brunialti*, op. cit., pág. 871.

empresas susceptibles de remuneración; incluso—dice—si el Estado pudiera prestar un servicio de manera más completa y general, no sería razón suficiente para decidir la intervención. Esto no quita naturalmente, el que grandes servicios que son absolutamente útiles a toda la colectividad y a todo el territorio deban ser explotados por el Estado. Pero, aun así y todo, el monopolio del Estado es peor que el privado. El secreto telegráfico—continúa—es mejor conservado por los particulares que por la Administración, porque ésta queda exonerada de responsabilidad. Por ello la sociedad voluntaria, en virtud de su flexibilidad, rapidez, seguridad, responsabilidad frente a terceros, y de la competencia que sufre, debe ser siempre preferida.

Pero una actividad completamente negativa no la ha tenido el Estado en ningún momento histórico. Intervenciones existían con limitaciones policiales, aduanas, monopolios fiscales, etc., si bien podemos considerarlas hoy como intervenciones clásicas o antiguas. Por aquí empezaban a tener contacto estado y sociedad.

La intervención conoce varios grados.

Algunas veces el Estado deja libre la actividad privada, limitándose a coordinarla mediante normas jurídicas (3). En este momento aún no se han asumido los fines sociales; nos encontramos en una esfera puramente normativa. Es el vastísimo campo del derecho privado, cuya emanación supone una forma de intervención en las funciones sociales y, por lo tanto, se manifiesta desde dos vertientes: la legislativa, o *a priori*, y la judicial, o *a posteriori*. Queda fuera la Administración, que, no obstante, se reserva algún margen intervencionista: por ejemplo, la exigencia de ciertas formas para la eficacia e incluso validez de ciertos actos jurídicos. Esta intervención normativa imperó en el siglo XIX en las materias no económicas (que permanecían desconocidas), como la enseñanza, sanidad, asistencia. Posteriormente, a la actividad negativa sustituye la positiva, pero siempre teniendo como horizonte el interés público: es la política de fomento y de encorajinamiento de la actividad privada. Manifestaciones patentes las tenemos en el aumento de actos administrativos que, dejando libre la iniciativa particular la controlan, o que incluso coarta esta iniciativa con autorizaciones preventivas, aprobaciones, con-

(3) PRESUTTI, *Ist. di Dir. Amm.*, vol. I, pág. 201. BONNARD, *Précis de Droit administratif*, 1935.

cesiones, subvenciones, anticipos, etc... Pero en todo caso se mantiene la actividad privada como base del sistema.

Por último, el Estado, a través de la Administración, que es su aspecto más concreto, puede actuar él mismo directa o indirectamente una actividad necesaria para el desarrollo de su función social, bien con monopolio, bien en competencia con los particulares. Es el momento de la sustitución de actividades. Aquí el Estado no sólo hace producir, sino que «produce» riqueza (bienes o servicios). Y es precisamente en este momento en el que se dan toda una serie de gradaciones y se plantean los problemas fundamentales de organización.

A la vista de este esquema, la política reacciona diversamente. Así, el liberalismo admite normalmente tan sólo la intervención normativa o desde fuera. Pero esto no puede tomarse al pie de la letra. El Estado no ha sido nunca un simple productor de seguridad, e incluso ha llegado a la sustitución del particular, pero siempre con ciertas condiciones: en primer lugar, debería tratarse de empresas que necesitaban un poder especial o una utilización excepcional del dominio público (como luego se verá, esta utilización hacía que actividades que no eran intrínsecamente públicas se transformasen por un medio indirecto que era el apoyo material: el dominio público; de esta forma se llegaba al monopolio de *facto*), o industrias que precisaban de una unidad de organización, o, en fin, de actividades gratuitas. Fuera de estos casos, ni el mejoramiento del servicio, ni el aumento del bienestar o civilización, justificaban la intervención. Y ya entonces lo que preocupa verdaderamente es encontrar una organización adecuada para equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad mercantil. Este principio, ya antiguo, es hoy la piedra angular de la administración económica. Y por ello la forma que mantiene a un particular empresario, pero sujeto a la Administración por un especial vínculo de Derecho público, es la concesión de servicio público: de ella se ha dicho que reúne las ventajas del socialismo en cuanto que somete al concesionario a un estrecho control, y por otro lado, conserva la iniciativa privada. Sólo que la concesión es ya una gran limitación a la actividad particular. El concesionario-empresario no es un industrial corriente. A su faceta mercantil se le une la administrativa, y en la mutua inteligencia entre ambas está el éxito de la institución.

En el lado opuesto, el estatismo admite decididamente la intervención, pero no con igual intensidad en todos sus grados. El hombre pasa

a ser una célula más de la total organización, transformando sus derechos en funciones. Entre el liberalismo y la socialización, la economía planificada o dirigida trata de conservar la iniciativa privada, de manera que la sustitución de actividades debe conseguir, no la muerte de ella, sino su vivificación. Pero si el problema que tratamos tiene un matiz político, lo tiene fuertemente jurídico y administrativo. Esta es la vertiente que nos interesa. Por ello se ha hablado de una revisión total de los conceptos clásicos del Derecho administrativo, porque si éstos nacieron en una época de inhibición y de intervención clásica, es lógico que la variación de la causa lleve su propia modificación: de aquí que se hable recientemente de la Administración económica.

La primera cuestión que se plantea es la de si la Administración económica tiene una autonomía respecto a la Administración general y es distinta de la ordinaria. En la reunión del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrada en Niza-Mónaco, en 1951, se definió la Administración económica como el conjunto de procedimientos y órganos por medio de los cuales la autoridad pública interviene en la economía. La amplitud de este concepto ha llevado a una definición más estrecha en el sentido de entender por ella el conjunto de procedimientos y órganos por medio de los cuales se asegura la creación y funcionamiento de las empresas públicas de carácter industrial y comercial.

Indudablemente, la nueva Administración tiene muchas diferencias con la ordinaria: en primer lugar, su *objeto* es diverso, ya que se refiere a la economía y no a las clásicas actividades administrativas. En segundo lugar, su *espíritu* difiere porque en ella se siente una fuerte preocupación por la productividad frente a las clásicas intervenciones que buscaban el fin público por formas también públicas, y, por último, incluso la *organización* y *procedimientos* son especiales.

A pesar de ello, no puede hablarse de la Administración económica como una rama aparte, sino como una parte más del tronco común administrativo, diferente, sí, por el objeto, espíritu y formas, pero Administración pública en todo caso. Y esto no se desvirtúa por el hecho, cierto a nuestro modo de ver, de que actúe en la esfera del Derecho privado, porque la naturaleza de la actividad desarrollada se refiere a los terceros y no influye en su misma naturaleza, que sigue siendo pública. Organización y actividad son dos conceptos necesarios en el estudio de la Administración, pero tienen vías diferentes, y si lo normal es que a una orga-

nización pública corresponda una actividad también pública, esto no se da en los momentos actuales, en que dicha independencia adquiere caracteres impresionantes. La Administración económica no se refiere solamente al Estado. Restringir su concepto a él es desconocer la importancia en otros campos de la Administración pública, como el local y el institucional.

El Derecho administrativo se ve hoy día desbordado por la ciencia de la Administración, que, nacida históricamente después que él, pasa a ocupar el primer puesto, llevando consigo la necesidad imperiosa de encontrar una mutua y recíproca confianza entre ambos que se traduzca en el postulado al que debe tenderse a toda costa : *legalidad* y *eficacia* (4).

## II

### LA INTERVENCION Y EL CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO

Los pilares básicos en los que se asentaba todo el Derecho administrativo han sufrido las consecuencias de la nueva Administración económica. Uno de estos conceptos medulares es el del servicio público. El Derecho administrativo venía considerándose como el derecho de los servicios públicos, pero hoy es imposible mantener esta posición extrema. Dos son las actividades del Estado : jurídica y social, y todo el problema se encuentra en un recto concepto de estos términos. La concepción clásica francesa es extensiva : es servicio público toda la actividad de la Administración, y así se encuentra en los viejos tratados de JEZE, BERTHELEMY, etc., y aun hoy se acoge al decir que es servicio público

---

(4) Las intervenciones estatales no son gratuitas, sino onerosas. Cada intervención supone dación de seguridades, pero a cambio de libertades. Por ello es urgente la defensa del ciudadano como contrapartida de esta entrega. No es cierto que la *intervención supone desconocimiento del Derecho*. Lo que ocurre es que cada vez existen menos zonas libres indiferentes para el Estado, y ello obliga a una mayor defensa. lógica consecuencia, por otra parte, del aumento de discrecionalidad. Esto se manifiesta patentemente en nuestro sistema de legalidad contencioso-administrativa, que, nacida en una época de amplia libertad y mínima intervención, se presenta anacrónica con la actual situación. Mientras la actividad discrecional de la Administración no pueda ser sometida a revisión jurisdiccional, no puede hablarse de verdadera defensa del administrado. El cambio es ciertamente peligroso en países poco o nada habituados a ello, lo que supone no sólo la modificación de procedimiento, sino de organización total. La dualidad juez-administrador exige cada vez mayores contactos.

toda la empresa de una colectividad pública tendente a satisfacer una necesidad de interés general, como la defensa nacional, los ferrocarriles, el estado civil, etc. (5). El interés general es la noción principal que lo distingue de la simple empresa privada de la Administración.

Verdaderamente es difícil dar una noción exacta del servicio público en la actualidad, porque ni toda la actividad de la Administración es servicio público, ni todo servicio público está en un determinado momento en manos de ésta (directa o indirectamente).

Para algunos autores (CAMMEO, RANELLETTI) es servicio público el que tiende a la satisfacción de las necesidades colectivas; pero adolece del defecto de toda definición objetiva, olvidando el aspecto subjetivo que evidentemente tiene.

También de servicio público se habla en el sentido de servicio «prestado» al público individualmente o de utilidad general, y desarrollado según procedimientos publicísticos. Pero todos estos conceptos son excesivamente amplios y, reaccionando contra ellos, parte de la doctrina se refugia en definiciones estrictas, circunscribiéndolo a la actividad social del Estado (6).

Existe un concepto económico del servicio público. FLORA (7) lo define como el servicio de consumo o de utilidad general producido por el Estado con una cuota del capital social. NITTI (8), como el servicio de producción estatal más económico que el individual. FUSINATO, como aquel cuyo coste de producción es distribuido entre la colectividad; y DE VITI DI MARCO (9), como aquel servicio cuya producción por parte del Estado es más «útil» a los consumidores, de donde se infiere que para saber si una actividad es o no servicio público precisa demostrar esta ventaja. Sin embargo, estos conceptos económicos no resuelven el problema jurídicamente; los términos utilidad, ventaja, menos coste, etc., son excesivamente elásticos.

Dos son los sentidos que se pueden dar al servicio público: según uno, psicológico, sería servicio público lo que la opinión pública juzgase que

(5) LEALBADÈRE, *Manuel de Droit administratif*, 1951. pág. 19. y *Traité élémentaire*, etc.

(6) ZANOBINI, *Forso*, vol. I.

(7) *Manuale Scienze delle finanze*.

(8) *Principii*, etc.

(9) *L'industria dei telefoni e l'esercizio di Stato*, en «Giornale degli Economisti».

satisfacía una necesidad general; pero esto no nos sirve para ninguna construcción teórica, porque se cae en un relativismo jurídico que no siempre concordaría con la realidad, y además la opinión, en definitiva, debe manifestarse a través del Estado, y al fin sería éste el definidor de aquélla. Ni mayor fuerza tiene el basarlo en un juicio razonable por el mismo motivo.

Ante esta insuficiencia, se busca el índice en el carácter monopolizado, o menos, de la actividad: en primer lugar, debe tratarse de un monopolio *de iure* y no *de facto*, como luego se dirá. Pero tampoco es completamente satisfactorio este expediente, porque no toda la actividad monopolizada es servicio público (por ejemplo, los monopolios fiscales). Hace falta seguir restringiendo aún más el concepto, y por este camino se llega al dualismo monopolio-necesidad. También aquí cabría preguntarse si la necesidad se refiere al productor o al consumidor, ya que diferentes son sus resultados. Sólo cuando el consumidor no puede discutir las condiciones del mercado—se dice—hay servicio público; esto, además de contemplar sólo al consumidor, no es del todo exacto, porque si bien es cierto que en un servicio público no se pueden discutir las condiciones de la Administración, no es verdad la inversa, ya que hay actividades sin la categoría de servicio, en las que el consumidor se encuentra igualmente imposibilitado de discutir las condiciones generales (y es cada vez más amplio este sector). Entre todo este conjunto de teorías y opiniones no ha quedado una definición satisfactoria. Sin embargo, es preciso hoy día restringir el concepto. No parece exacta, ante todo, la tradición francesa de identificar la actividad jurídica y social equiparando ambas al servicio público.

La doctrina italiana, más lógica, distingue entre función y servicio. Es cierto que todo puede reducirse a funciones si esto supone indudablemente una actividad dirigida a un fin, y que todo puede reducirse a servicios en cuanto éstos suponen la creación de bienes inmateriales o instrumentos de creación de bienes materiales (10). Pero en pura técnica jurídica conviene limitar los conceptos, teniendo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que se extraen de ambos.

La distinción entre función y servicio ha sido objeto de largas con-

---

(10) En este sentido entiende el servicio GIANNINI, *Lezioni di Dir. Amm.*, página 114.



trovercias. Algunos encuentran la diferencia en la utilización *uti singuli* o *uti universi* por parte de los particulares. Otros consideran la función como concepto base, y el servicio como concepto residual: todo lo que no es función. Pero es casi común el encontrar la diferencia en la potestad autoritaria de la primera frente al segundo, lo que, llevándolo al campo de los fines, se traduce en que la función pública se desarrolla en los fines esenciales, los que, a su vez, se manifiestan a través de la actividad jurídica, mientras que el servicio queda reducido a los fines de bienestar no esenciales y, por lo tanto, en la actividad social (11). GIANNINI (op. cit), abundando en estos argumentos, dice que la función es actividad fundada en el poder soberano, y que consecuentemente se conecta con el momento de la autoridad; no puede ser, por su propia naturaleza, más que del Estado, siendo éste de hecho el único ente organizador de un ordenamiento soberano. La titularidad es, por esencia, de él, incluso si el ejercicio puede ser cedido a otros entes o particulares.

La función pública es actividad necesaria, aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta por medio de la normatividad jurídica. En cambio, el servicio se conecta con la actividad social, no necesaria, pero útil, y que sólo se consideran así si están asumidos por el Estado por razones sociales, económicas, técnicas, etc., siendo la titularidad en principio de los particulares y no de la Administración.

Con esto quedan delimitados dos campos: la actividad jurídica, poder, fines esenciales o de conservación, función pública, titularidad institucional del Estado, ejercicio normalmente por él mismo y excepcionalmente por los particulares; y junto a esto, el servicio. En la función pública entra toda la actividad legislativa (propia tal, no la actividad administrativa de los órganos legislativos), judicial, y ya dentro de la Administración, la policía, la actividad fiscal y tributaria, la actividad certificante, etc. De esta forma permanecen dentro del concepto de servicio las actividades no incluidas anteriormente (beneficencia, sanidad, enseñanza y toda la actividad económica en general); esto sólo nos ha separado una serie de actividades que verdaderamente repugna englobar bajo

(11) MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, en «Archivio Giuridico», 1933; ZANOBINI, *Corso*, vol. I; SANDULLI, *Manuale di Dir. Amm.*, 1952, pág. 92; en sentido diverso, MARIO, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, en «Studi in onore di SANTI ROMANO», 1940.

la misma rúbrica, por ejemplo, la justicia y los ferrocarriles. Pero conviene advertir que cuando decimos que el servicio se explica desprovisto de autoridad, no queremos prejuzgar consecuencias no concordantes con dicho principio, como sería la naturaleza de la relación jurídica que liga al usuario y a la Administración, pues ello requiere indagar, dentro ya del servicio, la naturaleza de la actividad (no se encuentra, por ejemplo, en la misma situación jurídica frente a la Administración el particular recogido en un hospital público que el usuario de un ferrocarril); ello a lo que conduce es a distinguir dentro del servicio los económicos y los no económicos.

Esta diferencia entre función y servicio puede encontrarse, aunque forzando el argumento, en PRESUTTI cuando habla de servicio administrativo y servicio público, si bien incluye en éste actividades que son verdaderas funciones, e incluso en TREVoux (12), al distinguir el servicio social y el servicio público. El primero sería el no reeditio, y el segundo, sí; el primero se financiaría con impuesto, y el segundo con precios. Pero esta distinción, por el modo de financiarse, tampoco es exacta, porque hay funciones que se cubren con tasas, (la justicia con la transformación y desaparición del Arancel), y en cambio, hay servicios que lo hacen con tasas y no con precios; por ejemplo, la enseñanza (aquí entra de nuevo la distinción según la naturaleza de la actividad dentro ya del campo del servicio. Para GIANNINI, en Inst. dir. Trib., el problema de la distinción entre tasa y precio es estrictamente formal y no sustancial). Llegados a este punto, precisa indagar cuándo una actividad no necesaria es servicio público. El concepto de servicio es diferente del concepto de «bien». Claramente el artículo 2.082 del Código civil italiano habla de «actividades dirigidas a la producción o cambio de bienes y servicios». El servicio se estructura a base de prestaciones inmateriales, o sea, actividades personales que un sujeto debe realizar en ventaja de otro, y esto lo hace en virtud de una relación jurídica obligatoria entre ellos. En todas las relaciones jurídicas, además de las cosas, pueden ser objeto de ellas las «prestaciones» (la prestación es más bien la conducta llevada a cabo por el sujeto pasivo de la relación) (13). Las prestaciones y, según MIELE, el

(12) *Du service publique de Droit publique au service publique économique.*

(13) FORTI, *Lez. Dir. Amm.*, vol. II, 1950, págs. 16 y ss.; MIELE, *Prin. Dir. Amm.*, 1945, pág. 123; ALISSI, *Le prestazioni amm. rese ai privati*, 1946, pág. 6.

resultado de ellas constituye el objeto. Estas suponen actividades personales, algo de inmaterial y subjetivo que a su vez pueden ser de actividad propiamente dicha (*fare*) o de bienes (*dare*). Pero el hecho de que la prestación pueda consistir en una cosa no debe hacer confundir el servicio y el bien. El servicio tiende a una prestación que puede llegar, o a una simple actividad, o a una cosa, pero siempre es servicio.

No todas las prestaciones constituyen un servicio en sentido técnico. Para que esto ocurra precisa que se trate de un conjunto de prestaciones con cierta continuidad en el tiempo, al menos por parte del que realiza la prestación, y por ello la voz servicio es diferente de una prestación y de los bienes en general.

El término «público» indica la referibilidad subjetiva, que no puede faltar, si debe tratarse de una actividad asumida por Administración, aunque no sea necesariamente prestada por ella.

Por lo tanto, este conjunto de prestaciones de la Administración tiene dos divisiones: o se refiere a la actividad que, sin ser necesaria, no tiene carácter ni contenido económico (beneficencia, sanidad, etc....), o a las que lo tienen en sentido estricto. Las primeras no ofrecen dificultad respecto a su carácter público, habiendo sido las primeras en sufrir las intervenciones (las prestaciones carecen del elemento económico si están asumidas y ejercitadas por la Administración directamente, porque el fin inmediato es intrínseco a la misma actividad, pero que lo adquieren si se gestionan por particulares concesionarios, como ocurre, por ejemplo, con las escuelas de enseñanza media, sanatorios particulares, etc., que son empresas mercantiles: hay una disociación de la misma actividad según el sujeto ejerciente).

Dejando aparte estos servicios que podemos clasificar, siguiendo a la jurisprudencia francesa (sólo en la terminología), de servicios administrativos, nos interesan aquí los servicios públicos, y dentro de éstos, los de carácter comercial e industrial. Podemos extraer una primera consecuencia de lo dicho anteriormente, y es que ni se puede tener un concepto del servicio público puramente «psicológico», ni completamente «legalista»: es cierto que ambos deberían coincidir, y que a un concepto del servicio público en sentido material debería corresponder uno formal, pero esto siempre dentro de ciertos límites: subjetivamente no podemos basarnos en índices externos y variables, como los de la opinión pública, la intención del legislador, etc. Esta intención pre-

cisa concretarse en formas jurídicas, que solamente pueden conseguirse mediante un monopolio *de iure* (14). Si, como hemos dicho, el servicio público viene encuadrado en la actividad social, y dentro de ésta nos ocupamos de los económicos, la única manera de transformar en pública una actividad que institucionalmente es privada, es que venga asumida con el monopolio. No existen servicios públicos por naturaleza, como existen funciones, sino que sólo gozan de dicho sello si son «nacionalizados» o naturalizados.

Como dice ZANOBINI, un servicio público, en sentido social de utilidad general no se transforma en servicio público en sentido jurídico sino cuando se subjetiviza en forma de monopolio por parte de un ente público, y adquiere la misma fuerza que la función.

Però este aspecto subjetivo debe completarse con el objetivo y material. La actividad asumida no ha de ser «necesaria», sino *útil* (15). La necesidad supone un servicio indispensable para la misma vida; la utilidad, un servicio conveniente, habiendo por ello servicios necesarios que no son servicios públicos en sentido jurídico.

Por tanto, el servicio público debe satisfacer un interés general, o sea tender a 'un fin de utilidad, de forma que éste sea conseguido «regular y continuamente». Hay actividades que, a pesar de encontrarse monopolizadas, no son servicios públicos por faltarles este segundo requisito: así los monopolios fiscales. Solamente con ambos índices unidos se pueden conseguir resultados satisfactorios. Lo primero que aparecerá será la utilidad general, porque el servicio nace primero en el pueblo y luego en la ley, limitándose ésta a poner su impronta jurídica mediante el monopolio legal. Una vez esta actividad haya sido asumida por la Administración, ya no podrá ser ejercitada más que por ella, directa o indirectamente por medio de un concesionario, pero siempre por la Administración, porque el concesionario no hace sino recibir la traslación del «ejer-

---

(14) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en *Primo Trattato di ORLANDO*, vol. II, parte III, 1935.

(15) GIROLA, *I servizi di pubblica necessità*, pág. 7; AMOROSO, *L'organizzazione moderna dei servizi pubblici urbani*, 1951; AZCÁRATE, *La guerra y los servicios públicos de carácter industrial*, 1921; DE GENNARO, *La concezione autonomista dei servizi pubblici*, 1913; FRAGOLA, *La dottrina pubblicistica di servizi marittimi*, «Riv. Dir. Nav.», I, 1938; PIVATO, *Le imprese di servizi pubblici*, 1939; RACCI, *Servizio pubblico e demanialità*, 1909.

cicio» de una actividad administrativa, permaneciendo la «titularidad» en la Administración concedente.

El servicio público no es un concepto que pueda crearse por el Estado a su entero capricho: si el legislador obra como debe, solamente después de indagar la opinión y conciencias populares a través de un proceso prudencial, podrá acordar la elevación a servicio público de aquella actividad que será sometida desde entonces a sus normas especiales; de lo contrario, el aspecto jurídico no concordaría con el social, que le sirve de base.

Monopolio y utilidad general son, pues, los índices del servicio público. El de carácter económico podría definirse como el conjunto de prestaciones de carácter económico (de pura actividad o de bienes), ejercitadas regular y continuamente en el momento de su prestación (y no en la actividad productiva), por parte al menos del gestor, y realizadas por la Administración directa o indirectamente, asumida monopolísticamente en virtud de una ley y que satisface una utilidad general.

Con este concepto restringido, queda fuera de su ámbito toda la actividad productiva, en la que no es posible hablar de prestaciones continuadas ni regulares. Precisamente por entrar en *continuo* y *regular* contacto con el consumidor, el servicio público debe satisfacer a los eventuales consumidores, debe estar «sobrecuipado» y tener una reserva de capacidad no empleada (16), su precio (tarifa) debe ser rígido, por estar en relación con el pasado y el futuro, pagándose la posibilidad de tener en todo momento satisfechos los propios deseos. *Producción* y *prestación* suelen unirse en el servicio público, pero aquélla, de por sí, queda fuera de su definición.

Junto al monopolio de derecho, que, siguiendo la opinión de ZANOBINI, es índice necesario del servicio, existe el monopolio de hecho. Solamente el primero responde a una necesidad de dejar el mercado a un solo empresario. Los de hecho son peligrosos porque se pueden utilizar para fines indirectos, dando lugar a un exagerado exceso de poder. Cuando el Estado se convence de que una determinada actividad produce una utilidad general sentida por el administrado, la monopoliza con el fin de regularla mejor: esto puede responder a fines variadísimos, pero el motivo debe ser siempre dicha utilidad. No obstante, si por razones fiscales.

(16) TREVOLX, op. cit.

sanitarias, de seguridad, etc., se monopolizase una actividad que no llevase dicha utilidad, no sería un servicio público, socialmente hablando.

El antecedente de dicho monopolio se encuentra en el dominio público. El Estado solamente podía intervenir en los servicios que interesaban a la colectividad por medio de la utilización del mismo. Para la construcción de un ferrocarril, una red de agua, gas, electricidad, etc., precisaba su utilización excepcional, cosa sólo posible mediante una concesión demanial. Estas eran las que contenían las primeras obligaciones recíprocas entre concedente y concesionario, obligaciones nacidas, no del servicio (que aún no existía jurídicamente), sino de la ocupación del dominio, que se utilizaba como medio indirecto de intervención. La Administración condicionaba su uso a una serie de preceptos que debían cumplir los ocupantes. No se tenía en cuenta la actividad, sino la cosa. Junto a este monopolio impropio, existía otro de la misma naturaleza, que se basaba, no en el uso del dominio público, sino en la naturaleza monopolística de la actividad misma, en cuanto que para su desarrollo precisaba ingentes inversiones. De esta forma, la Administración (y sobre todo los entes menores) intervenía en las empresas. Posteriormente, muchas de estas actividades se tomaron en cuenta y se elevaron a la categoría de servicios por el monopolio de derecho, mientras que otras continúan sin esta impronta (por ejemplo, en los entes territoriales italianos, la mayor parte de los llamados servicios municipalizables).

El servicio se refiere a la actividad y no al dominio público, hasta el extremo de que hoy día el dominio, que fué la base del servicio, se degrada a elemento accesorio y no necesario. No es lo mismo la ocupación del dominio por un concesionario de servicio público, que la ocupación directa e inmediata por una concesión demanial. Hoy, no obstante, como veremos, hay cierto retorno a revalorizar el dominio.

Suelen también andar confundidos los conceptos de «asunción» y de «ejercicio» del servicio público. Para que lo haya, basta el primer elemento, y por ello un concesionario desarrolla una actividad monopolizada con o sin exclusiva. Pero la exclusiva es diferente del monopolio: éste se refiere a la interdicción de la actividad libre de los particulares en el comercio o en la industria, y aquélla a la interdicción respecto a otro u otros concesionarios posteriores (17). Aunque existan varios

(17) LANDI. *La concessione con clausola di esclusiva*.

concesionarios, no es posible decir que actúan en competencia, porque no son comerciantes corrientes y actúan *ab initio* en el campo del monopolio. Este antecede cronológicamente a la exclusiva: el primero pertenece a la Administración; la segunda, al concesionario. La exclusiva es una obligación que contrae la Administración frente al concesionario, de no conceder el mismo servicio a otro, ya sea a instancia de éste o de la propia concedente. Aquí el creador es el ente y no la ley.

Con estas ideas se puede preguntar si las actuales intervenciones en la economía son o no servicios públicos. Las actividades no monopolizadas caerían fuera de nuestro campo al haber aceptado el monopolio como signo distintivo. Pero, aun así y todo, no podría demostrarse. La doctrina francesa, que iguala actividad y servicio, se encuentra constreñida, o a ampliar el concepto diciendo que todas las actividades lo son, o buscar nuevas soluciones. Partiendo de la distinción entre servicio público administrativo y servicios comerciales e industriales (con sometimiento al derecho privado), se ha dicho que el servicio requiere un régimen exorbitante de derecho público, faltándole este carácter a las nuevas intervenciones. Pero este régimen de derecho privado concurre también en los servicios económicos, sin que dejen por ello de ser tales servicios. WALINE se niega a reconocer el carácter de servicio público a todas las actividades nacionalizadas; algunas—dice—eran antes ya servicios (el gas, electricidad), y otras no lo son ni aun ahora (bancos, seguros, etc.). LAUBADERE (ob. cit., pág. 235), en cambio, admite el carácter de servicios, dudando sólo respecto a la nacionalización de la fábrica Renault («caída en el patrimonio del Estado como simple resultado de una confiscación obrada a título de sanción»). Por su parte, RIVERO (*Régime des Nationalisations*, 1948) dice que el saber si las empresas nacionalizadas son servicios públicos no tiene gran importancia por lo que respecta a su estatuto, que se separa profundamente de las reglas clásicas del servicio público. La idea de que todas las empresas nacionalizadas—dice—deban servir al interés general, no es suficiente para erigirlas en servicios públicos: algunas lo son; otras, no.

Las actividades de seguros, bancos, productoras de bienes en general, aun asumidas con monopolio, no serían servicios públicos por carecer del elemento del interés general y, sobre todo, de ser un conjunto de prestaciones regulares y continuas, ya que esto hay que referirlo a la prestación en sí considerada y no a la producción (no es servicio público

la producción de electricidad, mientras que lo es su distribución, al menos socialmente, aun cuando jurídicamente la ley así la califique).

Resuelto el problema de si es posible identificar los términos servicio-actividad, en un sentido negativo, precisa encontrar la calificación jurídica de aquella parte de actividad que sobrepasa al servicio.

La Administración siempre ha cuidado de su patrimonio privado, y haciendo esto llevaba a cabo una actividad privada. Pero a la actividad económica de hoy día no es posible aplicar rigurosamente dicha reglamentación: la Administración gestiona empresas industriales y no solamente aquella primitiva actividad agraria que llevaba consigo la administración de su pequeño patrimonio. Y esta diversidad entre la vieja y la nueva actividad ha hecho que esta última haya sido confundida con el servicio público. Dejando aparte la naturaleza de dicha actividad, que más adelante se estudiará, nos interesa observar cómo las intervenciones económicas actuales son diversas de la gestión del patrimonio privado: no quiere esto decir que la actividad industrial, en cuanto tal, es diversa de la antigua, porque también hoy la Administración puede gestionar empresas industriales, como cualquier particular; son las llamadas empresas privadas de la Administración distintas, a su vez, del servicio público industrial y comercial, diferencia que se encuentra, no en el régimen jurídico frente a terceros, sino en el sentido que la primera busca el beneficio como móvil de creación de la empresa, mientras que el segundo obtiene el beneficio (medio) a través del servicio (fin). Fuera de esto, la actividad bancaria, de seguros, etc., salen de los viejos cuadros privados, no pudiendo confundirse ni con el servicio público ni con la simple gestión del patrimonio privado.

Existen unas actividades que, sin estar asumidas por el Estado como propias, no pueden identificarse con el comercio puramente privado; tienen características especiales en cuanto que van dirigidas impersonalmente a la colectividad, sufren un régimen de tarificación, no pueden ser ejercitadas sin autorización previa (autorización de carácter positivo y no simplemente policial), y por estar sometidas a un control de la Administración. Esta actividad es diversa del servicio público, porque además de no tener la regularidad de prestación, se ejercita sobre la base de una autorización y no una concesión de servicio. El hecho de que una actividad deba subordinarse a una previa autorización no es suficiente para ca-



lificarla de servicio público, pues para ello precisa una concesión (18). Estas autorizaciones han dado lugar, en la doctrina, a una controversia por su acercamiento a la concesión (el ejemplo de las farmacias es expresivo en la materia. Recientemente se habla de un *tertium genus* entre la concesión demanial y de servicio que sería la concesión industrial) (19). Lo que aquí interesa constatar es que la autorización, aun suponiendo una intervención en el campo económico, permanece siempre una simple autorización que no instaura una relación jurídica de tipo concesional entre autorizante y autorizado.

Estas actividades han sido llamadas servicios públicos inpropios por DE VALLÉS. El Estado, junto a su ordenamiento general, regula y crea los ordenamientos jurídicos «seccionales» (20). No existen órganos del Estado, pero actúan sujetos encuadrados en ellos por el hecho del desarrollo de una determinada actividad; hay una pertenencia necesaria a los mismos sometida a una previa autorización; dichos ordenamientos responden a un interés general, cualificando la actividad en ellos desarrollada de «servicio de interés público». Se citan, entre ellos, las farmacias, los taxis, etc. En todos estos casos, la Administración actúa con una normatividad atípica. En las actividades que constituyen servicios públicos, después de asumidos pueden ser ejercitados por los particulares por medio de una concesión (o sea a título de sustitución); en cambio, la actividad que constituye servicio de interés público permanece siempre privada, si bien sujeta a un régimen especial; lo importante es la actividad y no el sujeto; puede ocurrir que un servicio de interés público sea ejercitado por la Administración (una farmacia municipal), pero el ente es público antes de ejercitar dicho servicio y sin que le influya en ello.

Esto quiere decir que hay una disociación entre la naturaleza del sujeto y la actividad.

El servicio de interés público sí es completamente contingente, y

(18) PRESUTTI, op. cit., pág. 199.

(19) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en REV. DE ADMÓN. PÚBLICA, 1950, septiembre-diciembre, pág. 67.

(20) GIANNINI, M. S., op. cit., pág. 171; DE VALLES, *Concessioni di servizi pubblici e autorizzazioni di servizi pubblici impropri*, «Riv. Dir. Fin.»; Idem., *Concessioni di servizi pubblici*, en «Nuovo Digesto It.»; Idem., *I servizi pubblici*; GIANNINI, M. S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia. Istituti di Crédito e Servizio d'interesse pubblico*, en «Moneda e Crédito», 1949; BELIN, *La notion d'utilité public en Droit administratif français*, 1933.

puede ser creado y disuelto a voluntad del Estado. Todas las intervenciones de las épocas de emergencia responden a estos conceptos de interés público: en las guerras, los ordenamientos seccionales aumentan.

Esta figura puede explicar la colocación de la actividad productora de la Administración. Si bien es cierto que la actividad bancaria no constituye un servicio público, no lo es menos que ni siquiera puede confundirse con la gestión patrimonial: entre el servicio público y el dominio privado aparece la noción de «servicio de interés público».

Con este esquema tendremos tres clases de actividad:

a) Actividades que son servicios públicos en cuanto que tienen los índices de éste (monopolio legal, interés general y continuidad y regularidad en la prestación).

b) Actividades encuadradas en un ordenamiento seccional y que son de interés público.

c) Actividades que son empresas privadas de la Administración (por ejemplo, un teatro).

Con el concepto de servicio de interés público puede conectarse lo que en Francia viene llamándose servicio público virtual. Se trata de una desviación del clásico servicio público. Hasta ahora—se dice—, el servicio público sólo podría gestionarse por un particular en régimen de concesión: pero a partir de 1938, la jurisprudencia va admitiendo la posibilidad de que un particular ejercite un servicio público fuera de la concesión. El fundamento está «en que todas las empresas que hacen del dominio público la base de un servicio regular... pueden ser sometidas a un régimen de servicio público». O sea, que el dominio público, que fué la base del servicio, como se dijo, a través de los monopolios, de hecho renace de nuevo y adquiere una excepcional importancia en el derecho francés. Se trata, según WALINE, de una creación peligrosa (21), por que, además del favoritismo político a que da lugar, se presta a poner en manos de los particulares medios coactivos de la Administración y por otra parte, hace posible una restricción de la libertad de éstos, que no sucedería con la sola acción policial. El Consejo de Estado francés exige dos requisitos: la autorización previa y el interés público.

Interesante es ver, por lo demás, la relación que hay o puede haber

---

(21) *Vicisitudes recientes de la notion de service public*, «Revue Administrative», 1948.

entre los términos servicio público y empresa pública. Son conceptos que se han desarrollado unidos, e incluso los franceses definen el servicio como empresa. Pero si se aceptase el concepto amplio (servicio-actividad), se incurriría en grave error porque el Estado no es una empresa en el sentido técnico de la palabra. Empresa quiere decir organización de personas y de bienes para el ejercicio de una actividad económica; se habla de empresas en mano pública como aquellas organizadas económicamente y gestionadas por un ente público: el sujeto titular es el único índice para caracterizarlas; pero el hablar de empresa pública es un contrasentido: el estatuto propio del empresario no desnaturaliza a la empresa, que sigue rigiéndose frente a terceros, como tal, independientemente de su titular; ni más cierta es la división entre empresa público y empresa de derecho público, según que, aun siendo su titular un ente público, sean sometidas o no al derecho privado o al derecho público (22), ya que, circunscrita la empresa al campo económico, y abandonada la idea de que cualquier organización genérica sería una empresa (con lo cual el Estado lo sería) (23), no es posible someter dichas organizaciones al derecho público, como más adelante se verá.

Hace falta, por tanto, investigar: en primer lugar, si existe un servicio público económico (o, mejor aún, industrial o comercial), y si está organizado en empresa. Por lo tanto, si se quiere hablar de empresa pública sólo será posible teniendo en cuenta el sujeto, y dejando aparte su naturaleza real porque desde este punto de vista la empresa económica y su naturaleza pública son términos incompatibles: la empresa es neutra para el derecho que sólo toma en cuenta el empresario, teniendo aquélla una relevancia en el campo económico (24). RIERA, al hablar de las empresas municipalizadas, dice que son públicas en cuanto que están creadas por el Municipio, pero que deben de llevar libros y registros como cualquier empresario, por lo que son degradadas a semipúblicas:

(22) TRÉVES, *Le imprese pubbliche*, 1950, pág. 10; AMODEO, *Nota sulle organizzazione e sulla gestione delle imprese municipalizzate*, Studi economici, 1951; BYE, *Le conflict des tendances dans l'organisation du «secteur public»*, 1948; GALLI, *La Branche di diritto pubblico*, 1941; GELPI, *Comuni e aziende municipalizzate en Corriere amm.*, 1951; GHIRON, *L'Imprenditore, l'impresa a l'azienda*, 1951; GRECCO, *Corso di Diritto bancario*, v. I, 1936; LA LUMIA, *Banche pubbliche e banche private*, «Rev. Dir. Comm.», 1925.

(23) VERRUCCOLI, *Consideraciones jurídic o-mercantiles sobre las empresas en mano pública*, en REV. DE ADMÓN. PÚBLICA, 1950.

(24) RIERA, *La classificazione delle aziende secondo il subietto giuridico*, «Riv. It. di Scienze Comm.», 1942.

esto le lleva a crear un concepto de empresa pública según sus dimensiones, es decir, que solamente aquellas empresas fundamentales que requieren ingentes organizaciones serían públicas, opinión insostenible porque la naturaleza de una institución depende de su cualidad y no de las dimensiones.

Concluyendo, podremos decir que el servicio público económico es empresa en cuanto se ejercite organizadamente, cosa que, por otra parte, sucede a menudo: será empresa pública por su referibilidad al sujeto empresario, o sea si está gestionada por la Administración pública. pero pueden existir servicios públicos que no son empresas públicas en cuanto que están ejercitados por particulares, como sucede en los casos de concesión de servicio, economía mixta, etc. Por ello, teniendo en cuenta que la empresa no tiene personalidad y desaparece siempre bajo su titular (aun cuando éste se cree *ad hoc* para ejercitarla, y es el caso de lo que más adelante se trata con el nombre de fundación pública directa), precisa concluir, en definitiva, diciendo que los servicios públicos económicos organizados en empresa serán o no empresas públicas según que hagan referencia a un ente público independientemente de su intrínseca naturaleza, que es exactamente la misma cualquiera que sea el empresario. Por otro lado, habrá empresas públicas que deberán ser consideradas como servicios de interés público por estar gestionadas directamente por una Administración pública.

### III

#### ENCUADRAMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA

La Administración puede someter su actividad al Derecho público o al privado. Así como la jurisdicción y la legislación, en cuanto tales, están necesariamente sometidas al Derecho público, la Administración, no. En el Estado absoluto se hablaba de dos personas separadas, Estado y fisco, sometido este último al Derecho. En el siglo XIX, la división sufre un profundo cambio al someterse el Estado al Derecho. El Estado se concibe como única persona sometida en todas sus facetas al Derecho, siendo el problema, no de dos personas, sino de dos actividades. El interés de la diferencia se estudiaba en Francia, sobre todo, para decidir la competencia de los Tribunales administrativos frente a los ordinarios; así nace la vieja doctrina de los actos de imperio y de gestión. El fin

distinguía ambas actividades, pero con esta concepción toda la actividad sería pública porque la Administración no puede ni debe perseguir un fin privado, so pena de caer en un exceso de poder. RANELLETTI decía en 1903 que la diferencia entre la actividad pública y privada se encontraba en la causa inmediata, ya que la causa mediata o motivo del acto era siempre público. Tres elementos caracterizaban el acto privado (25): libre concurrencia (admitiendo, no obstante, el monopolio de hecho compatible con la actividad privada); no limitación de la libertad privada, y utilización de medios que entrarían en la actividad natural de los particulares.

Pero hoy día, superada la doctrina de los actos de imperio y de gestión, cuando se dice que el acto de gestión se lleva a cabo por la Administración, no se quiere decir que se trate de actos regulados sólo y exclusivamente por el Derecho privado: no se trata, por lo tanto, de dos ordenamientos completamente separados, hablándose por esto de un Derecho privado especial (o sea Derecho administrativo, que incide sobre una relación de Derecho privado, según dice AMORTH); aun cuando la Administración sea parte de una relación de Derecho privado, habrá siempre facetas de ésta no reguladas por el mismo, como será todo lo relativo a la cualidad de los sujetos, capacidad (competencia), la formación de la voluntad, etc.; como dice GIANNINI, la Administración se encuentra desprovista del principio de legalidad en cuanto que no obra como autoridad, pero no del principio de articulación. No hay, por lo tanto, actos enteramente sometidos a un ordenamiento u otro, sino «momentos singulares de la relación jurídica» (26).

Por ello se ha hablado de una división tripartita de actividades: actividad administrativa de Derecho público, actividad administrativa de Derecho privado y actividad privada de la Administración. Las dos primeras se diferencian formalmente y no sustancialmente, mientras que las dos últimas lo hacen a la inversa. A esto se llega por la necesidad de separar de la simple administración del patrimonio privado las actividades que, no siendo públicas, no entran en la tercera categoría. Las dos primeras actividades pueden ser «sustituídas» recíprocamente, como su-

(25) RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, en «Studi in onore di V. SCIALOJA»; RANELLETTI, *Il concetto di «público» nel diritto*, pág. 11.

(26) FORTI, *Lezioni*, vol. 2.º, pág. 68, 1950; AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amm. di diritto privato*, «Arch. Dir. Pubbl.», 1938, pág. 11.

cede con la compra y la expropiación, cosa que no sucede en una relación concesional, por ejemplo. La distinción entre las actividades es hoy día formal más que sustancial, a menos que se quiera caer en una total publicización del Derecho privado, cosa que no ocurre.

La actividad económica es institucionalmente privada, ejercitándola el Estado en un segundo momento, y por el hecho de esta asunción no puede desnaturalizarse. GOMBEAUX (26 bis) decía ya en 1904 que, junto a la gestión de Derecho privado de la Administración, hacía falta colocar la gestión de todos los servicios económicos en los que la Administración no actuaba por vía de autoridad. El encuadramiento de la actividad económica en el Derecho público procede de la confusión con el monopolio, siendo así que éste es indiferente para la cualificación jurídica de una actividad; es cierto que el monopolio supone un *ius imperium*, pero aquí precisa distinguir: todos los actos que tienden a hacer posible el desarrollo de una actividad económica son públicos; por ejemplo, la creación de un monopolio, su constitución, expropiación de terrenos, etc.; pero después el imperio termina, sometiéndose el ejercicio de dicha actividad al Derecho privado. Por ello no hay que confundir la organización de un servicio que normalmente se somete al Derecho público (normalmente y no siempre, pues cabe utilizar subrogatoriamente el Derecho privado) con su explotación, sometida al Derecho privado.

La actividad económica queda, por lo tanto, encuadrada dentro de la actividad privada, con todas las consecuencias derivadas de ello (relaciones entre Administración y administrados, financiamiento, Tribunales competentes, etc.). En sentido inverso, dice PUCCHETTI (27) que el interés público perseguido hace que la actividad sea también pública, confundiendo el fondo y la forma de desarrollo (27 bis).

(26 bis) *La condition juridique de l'Etat commerçant et industriel*, 1904.

(27) *L'attività commerciale e la prestazione di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione*, 1942.

(27 bis) La diferencia entre organización y actividad la pone de manifiesto, entre otros, F. BURKINSKI, en la «Rev. do Serviço publico», abril 1953, en su artículo *Organização e métodos no serviço publico*; objetivo primordial de la organización—dice—es obtener economicidad y eficiencia en los servicios, siendo ella el instrumento de la técnica para su consecución. Los procesos utilizados en las empresas privadas sufren restricciones al trasladarlos a la Administración, menos si «se trata de servicios semejantes a los particulares (industriales)». Distingue acertadamente entre el momento estático o de organización, y el dinámico o de funcionamiento.

Una de las consecuencias del carácter privado de la relación que liga a la Administración con el usuario del servicio en el momento de la «explotación», es que los

## IV

## LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO EMPRESARIO

*El concepto de empresario, aplicado a la Administración.*—La opinión clásica responde negativamente a la pregunta de si el Estado y la Administración en general puede ser comerciante (empresario). Partiendo de un sistema objetivo de los actos de comercio, se dice que, si bien no puede adquirir la cualidad de empresario, sí puede realizar actos de comercio. Ante el fin público de toda la actividad de la Administración, se consideran incompatibles los conceptos de Administración y empresario; el comercio—se decía—tiende a un fin de lucro que es incompatible con la Administración (28). El fin que se perseguía era fundamentalmente uno: sustraer los entes públicos de las consecuencias de la quiebra, pero había además otra razón, y era el considerar que las únicas personas jurídicas capaces de adquirir la cualidad de empresario eran las sociedades mercantiles. Esta última opinión debe rechazarse, porque si bien es cierto que las sociedades mercantiles son comerciantes por el solo hecho de su constitución, las otras personas jurídicas sin forma societaria pueden perfectamente adquirir dicha cualidad, si bien asimilándolas a las personas físicas para serlo; en aquella época incluso se llegó a negar la comercialidad de los actos cumplidos por la Administración, transformándose mágicamente en actos administrativos. Algunos autores (29)

---

ingresos que aquélla percibe por dicho concepto de prestación son «precios», es decir, un ingreso privado, sin importar su cuantía (según sea remuneratorio, castigado, político...), y no un ingreso de derecho público o tasa. Su diferenciación en este caso no es solamente de cátedra, sino práctica. En efecto, además de que la Ley de Régimen local los conceptúa como «ingresos de derecho privado» al hablar de rendimientos de servicios y explotaciones locales, dichos beneficios estaban (en la esfera local) sujetos a la Tarifa III de Utilidades. Ahora bien, no lo estaban los ingresos que como «tasas» percibía la Administración. Por ejemplo, un servicio concedido, en el que la Administración perciba un «canon» (tasa) del concesionario, no hace tributar a la Corporación municipal, pues es un ingreso de derecho público. Por ello es importante deslindar en qué casos se perciben precios (gestión directa en sus dos formas, *régie intéressé*, etc.), y en cuáles tasas, pues sólo los primeros están sujetos al pago de la citada contribución (que hoy día el art. 647 de la Ley de Régimen local exime, salvo que se trate de sistema de economía mixta, pero que en este caso la deudora será la sociedad y no el ente público, que tan sólo podría serlo por los dividendos percibidos, y éstos no tributan por Tarifa III). La diferencia expuesta ha sido recogida por el Tribunal Supremo en dos Sentencias de 19 de mayo de 1949 y 28 de mayo de 1949.

(28) Así, COSAK, PARDESSUS.

(29) CASTAGNOLA. *Commento al Codice di comm. italiano*.

llegan a consecuencias extremas, considerando que si se llegase a la cualificación de empresario de la Administración, habría que llegar a la quiebra, y en este absurdo los órganos estatales se transformarían en síndicos de la misma, estando al frente el Jefe del Estado; la delegación de acreedores la constituiría el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas, y la Junta general, el Parlamento.

En un sistema subjetivo de comercio se adquiere la cualidad de empresario, no por la realización de actos con una regulación específica, independientemente de quien los realiza, sino por la explotación de una empresa organizada.

El concepto de empresario supone, por lo tanto :

a) Una organización de factores de producción.

b) Fin de producción o cambio de bienes o de servicios dirigidos al mercado general (de no ser así, nos encontraríamos con la figura de la empresa por cuenta propia, como sucede, por ejemplo, con las fábricas de armamento del Estado).

c) Habitualidad o profesionalidad.

d) Riesgo. Esto supone un ejercicio en nombre propio de manera principal y directa, de carácter genérico (que lo distingue del riesgo de las personas que desarrollan una actividad en el círculo de la empresa), indeterminado, ilimitado y, sobre todo, no garantizado por ninguno (y cuando esto sucede, es en virtud de un especial contrato de seguros) (30). Que el riesgo sea elemento fundamental del empresario es admitido por casi toda la doctrina, no faltando quien considera que no es la causa, sino la consecuencia de la calidad de empresario, que se desume de otros caracteres, como la organización, etc. (31). El riesgo es elemento fundamental, pero no decisivo para la calificación de empresario. Este otro elemento no puede ser la dirección, ni el control, sino más bien el «impulso» que supone el decidir la marcha total de la empresa, cargando sobre sí los resultados de su decisión (32).

Este concepto de empresario (agrícola, civil o mercantil) puede aplicarse a la Administración. Se ha dicho que ésta no puede adquirir di-

---

(30) FRANCESCHELLI, *Corso*, 1944, págs. 43 y ss.; GRECCO, *Lezioni di Dir. Com.*, 41-43, pág. 33; FRANCESCHELLI, *L'Imprenditore*, 1944; FERRARA (J.), *Sulla nozione d'imprenditore nel novo C. C.*

(31) GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, pág. 26.

(32) FERRI, *Manuale di Dir. comm.*, 1950, habla de iniciativa-riesgo.

(33) *Profilo dell'impresa y Manuale*; ASCARELLI, *Appunti di Dir. Comm.*



cha cualidad porque su fin es público, siendo éste incompatible con el lucro inherente a toda actividad económica organizada. Esto lleva al planteamiento de si el lucro es o no requisito esencial al empresario. ASQUINI y SALANDRA (33) lo consideran elemento natural, pero no esencial.

También DE GREGORIO y FRANCESCHELLI (34) dicen que la especial disciplina del *status* de empresario se dicta teniendo en cuenta la particular organización económico-social, cualquiera que sea la intención del empresario. No entrarían, por lo tanto, los fines subjetivos del organizador. Esta opinión es excesivamente amplia. Aceptándola, no ofrece dificultad la cualificación de empresario de la Administración pública. Pero, como acertadamente se ha dicho, es preciso el fin de lucro o, al menos, el fin «abstractamente lucrativo», es decir, que pueda producir lucro (35); lo que es necesario es que el lucro no resulte expresamente excluido por un fin altruístico. En efecto, dos son los fines que se pueden perseguir mediante una actividad económica organizada: altruistas y egoístas. Si se aceptase la opinión estrictamente objetiva, se caería en el absurdo de considerar cualquier fin habitual como comercial (por ejemplo., un hospital adquiriría la cualificación empresarial por desarrollar una actividad económica organizada, no limitada a la sola cura de los enfermos, según la especialidad, sino también a su manutención). La misma actividad, desarrollada por un particular con un fin egoístico, da lugar a una empresa. En el primer caso, el fin altruístico excluye dicha cualificación, y por ello precisa rechazar el concepto puramente objetivo. Esto no supone, por otra parte, que la Administración no pueda ser empresario; algunos lo han admitido siempre que el ente público desarrolle la actividad económica como fin exclusivo. LA LUMIA (36) dice que el hecho de que los entes públicos sean titulares de empresa no quiere decir que sean empresarios necesariamente; «en realidad—dice—, la locución empresario público presenta una *contradictio in adiecto*, ya que, teniendo el concepto de empresario comercial naturaleza *ius privatística* y el concepto de ente público naturaleza *ius publicística*, es claro que dogmáticamente un empresario no puede ser a la vez privado y público, y por otro lado, falta orgánicamente el elemento del lucro y, por lo tanto, la profesiona-

(34) *Lezioni*, pág. 16, y *Corso*, pág. 84.

(35) BIGIAMI, *La professionalità de l'imprenditore*, 1948, pág. 58.

(36) *Corso, Dir. Comm.*, 1950, pág. 160.

lidad, no pudiendo en ningún caso ser empresarios comerciales, sino sujetos jurídicos públicos de empresas comerciales».

Esta es otra opinión extrema inaceptable; no falta quien sostiene que el lucro en la Administración se encontraría en el fin de tener un ahorro de gastos y no una ganancia estrictamente considerada, cosa que sería cierta si fuese el único móvil de la intervención.

Pero es cierto que se puede llegar a la cualificación de empresario de la Administración sin perder de vista el fin de lucro, y ello por dos razones fundamentalmente: porque la Administración gestiona organizada empresas mercantiles, siendo imposible la existencia de éstas sin empresario, y porque el riesgo de la explotación tiene que imputarse a un sujeto de derecho que no puede ser la propia empresa por carecer de personalidad. El fin de lucro no es incompatible con la cualidad de la Administración pública. Cuando lo relevante en la persona jurídica era su fin institucional y fuera de éste se consideraba inexistente para el Derecho, se podía mantener la opinión contraria. Pero precisa reconocer que todas las personas jurídicas, sociedades o no, pueden ser empresarios: la diferencia entre una asociación y una sociedad que desarrollan actividades comerciales se encuentra en que en la primera las utilidades no vienen repartidas entre los asociados miembros por inexistencia de un título de participación, sucediendo lo contrario en el segundo caso (37). Lo contrario es confundir profesión comercial con profesión exclusiva; ni siquiera la persona física nace «exclusivamente» para el comercio, siendo esto un simple medio dentro de su amplia actividad humana; lo mismo sucede con las personas jurídicas no sociales (asociaciones, fundaciones), las cuales, aun teniendo una finalidad altruística en muchos casos, pueden desarrollar una empresa con el fin de conseguir utilidades que en un segundo momento vendrán empleadas en su finalidad institucional: esto sucede, por ejemplo, con las asociaciones deportivas, que si bien no son sociedades, sino asociaciones, sin embargo, explotan una verdadera empresa mercantil de espectáculo público, ya que, para no hacerlo así, deberían reducir su actividad a los miembros de dichas asociaciones, que, por otra parte, es el fin fundamental de la misma (en la asociación los miembros se valen de ella, mientras que en la sociedad es ésta la que se sirve de los socios).

---

(37) Así, ESCARRA, SALANDRA, MESSINEO, etc.

La Administración entra de lleno dentro de este concepto de persona jurídica. Es perfectamente posible que un ente público pueda perseguir un fin de lucro en sentido estricto de ganancia, o incluso en el amplio de fin egoístico, pero lo que en todo caso habrá que deslindar será dos momentos: consecución y devolución del lucro. De la misma manera que al Derecho no interesa normalmente el empleo que de los dividendos y utilidades hagan los accionistas una vez obtenidos, pudiendo ser devueltos íntegramente a fines benéficos (esto incluso obligatoriamente, siempre que no se haga constar en pacto estatutario, en cuyo caso desaparecería propiamente el fin de lucro), no puede tomar en consideración lo que vendrá hecho por la Administración pública una vez obtenidos, utilidades que, naturalmente, serán empleadas en fines públicos, pues ésta es la razón de ser de la propia Administración.

En este sentido, distingue TREVES (38):

- a) Entes cuyos beneficios se dirigen a la utilidad general.
- b) Entes que conservan las utilidades para la mejora del servicio.
- c) Entes que devuelven las utilidades al Estado.
- d) Entes cuyas utilidades van a los miembros, o sea entes en forma societaria.

Es evidente que la Administración tiene un fin público altruístico, pero conviene distinguir el momento de su actuación, en el que desarrolla una actividad económica organizada con un fin de lucro y un segundo momento en el que lo obtenido será devuelto a la sociedad en las formas variadas (bienes y servicios), sin que este segundo momento pueda desnaturalizar jurídicamente el primero. Por ello se habla en semejantes casos de un lucro como medio y no como fin (es el caso precisamente inverso del concesionario de un servicio público que, teniendo un fin privado (lucro), lo actúa a través de un medio público (el servicio)).

Es necesario que la actividad del ente no persiga un fin directamente altruístico; si éste es sólo indirecto (y lo será siempre en la actividad económica), existe el fin directamente lucrativo.

Admitida la cualificación de empresario de la Administración pública, conviene distinguir varios supuestos: a) Actividades no profesionales o habituales. En éstas no existe propiamente empresa; por ejemplo, una edición ocasional llevada a cabo por un ente público. b) Actividades

(38) *L'op. cit.* *pubbliche*, 1950.

desarrolladas por entes institucionalmente creados para dicha finalidad. Son los llamados entes públicos económicos, que adquieren dicha cualificación desde el momento mismo de su constitución, ya que en ella va implícita su finalidad. c) Actividades desarrolladas como accesorias por entes públicos con pluralidad de fines (entes territoriales). En este caso, el estatuto del empresario se tiene que aplicar «limitadamente» a la empresa ejercitada; ello no quiere decir, como se ha dicho alguna vez, que el empresario sea el órgano gestor, porque, aun gozando de cierta autonomía (es el caso de las haciendas especiales estudiadas más adelante), no es nunca persona; empresario es siempre el ente; pero comoquiera que tiene otros fines genéricos, su cualidad empresarial queda dominada o absorbida por éstos. Un Municipio que ejercite una empresa de tranvías no será solamente empresario, sino, ante todo y sobre todo, Administración: estas dos facetas adquieren cierta autonomía entre ellas, pero sin llegar a una total independencia. Mientras que en el caso de entes institucionalmente creados para la actividad económica toda esta actividad cae en el campo del Derecho privado (pero no necesariamente su organización), en el caso de entes con actividad económica accesorias, ni la reglamentación privada absorbe a la pública, ni viceversa, sino que ambas viven paralelas, regulando su propia esfera; esto se explica fácilmente teniendo en cuenta la compleja organización de la Administración territorial, sobre todo del Estado, que le lleva a actuar y manifestarse parcialmente, sin que sea necesario caer en la posición de otorgar personalidad a los órganos estatales.

Las intervenciones actuales tienden más a la distribución que a la producción. No se trata de no ganar, sino de no emplear en fines privados-egoísticos las ganancias. Y por ello precisa distinguir entre «el fin de lucro y el fin para el que se quiere el lucro», siendo este segundo elemento el que diferencia al ente público de los otros empresarios. En la medida que esto sea realizado, se podrá hablar de una justicia o injusticia de la intervención. No es cierto que el Estado deba perder en la gestión de empresas; lo que obtenga por medio de precios podrá ser la causa y el motivo de una descarga en los demás medios de financiamiento. Lo cual no quiere decir, por otra parte, que muchas veces no se deban utilizar precios políticos sin remuneración, e incluso deficitarios, pero esto no es porque se trate de la Administración empresario, sino por tratarse de servicios públicos económicos de los que no se puede

prescindir, y en cuyo caso es imposible la gestión por un concesionario que, buscando sobre todo la ganancia de la empresa, no puede soportar precios inferiores a los costes: estos servicios deberán ser gestionados por el Estado, aun perdiendo, sin que esto influya en la cualificación de empresario, de la misma manera que lo sería cualquier particular que, sabiendo con seguridad que por su inexperiencia o por otras razones acabará en la quiebra, inicia, sin embargo, la explotación de una empresa.

Que el Estado adquiera la cualidad de empresario no quiere decir que se le deba aplicar todo el estatuto del mismo. La Administración pública no podrá, por ejemplo, quebrar.

El hecho de no quebrar, además de su fundamento lógico, tiene un apoyo general: hay personas que, sin ser empresarios, pueden quebrar (por ejemplo, los socios de una sociedad colectiva, según la opinión más probable), y puede admitirse, por tanto, el caso contrario. La cualidad de empresario no va unida indefectiblemente a todas las consecuencias de ella. Problema aparte es de la relevancia registral de tal cualidad, que tropieza en nuestro derecho con el concepto restringido del Código de Comercio, al englobar a individuos y sociedades.

## V

### LA INTERVENCION Y EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURIDICA

Uno de los conceptos que ha sufrido más las consecuencias de la actual Administración es el de la personalidad jurídica. Cuando se trasplantó el concepto de persona jurídica del campo privado al público, se quiso llevar también su clasificación, en una época en la que no existían casi personas públicas, limitándose a los tipos de entes territoriales. Con las primeras intervenciones no económicas aparecen los primeros entes tradicionales en la doctrina francesa: los establecimientos públicos. Hoy el concepto de personalidad jurídica está en crisis desde el momento que se pueden conseguir los mismos resultados sin llegar al expediente de la personificación: es el caso de las autonomías financieras y contables, que hacen pensar si al concepto de personalidad jurídica no se le antepone el de personalidad económica.

Por ello precisa estudiar detenidamente los conceptos tradicionales.

tratando de encuadrarlos en las nuevas formas actuales. Hemos de partir, por lo tanto, de los conceptos de corporación y fundación. La primera, *universitas personarum*, con miembros, medios económicos de los mismos mediante cuotas periódicas, voluntad inmanente, y, sobre todo, con la finalidad de actuar hacia sus propios miembros y no con terceros. La segunda, a base patrimonial, con beneficiarios en lugar de miembros y con voluntad integral y dominante trascendente (no, en cambio, la voluntad formada caso por caso en vida de la misma, que corresponde a sus propios órganos). Esta aparente claridad en la diferencia se oscurece en el Derecho público, por varias razones: por la existencia de un término ambiguo, cual es la «institución», que plantea el problema de si es una tercera forma o es la fundación en el campo público, porque existen corporaciones (se toma esta palabra englobando todo ente asociativo) que actúan con terceros (ejemplo, las asociaciones benéficas), porque algunas carecen de voluntad inmanente (incluso esto se ha negado totalmente en el Derecho público por entender que su voluntad está guiada por el Estado: es excesiva esta apreciación, que confunde la dirigibilidad dominante con la normal en la vida del ente): ello quiere decir que existen Corporaciones-institucionales y viceversa, pero siempre será posible clasificarlas en una u otra categoría, según dominen elementos de una u otra.

Lo mismo que respecto de la corporación, en la fundación se ha sostenido la inexistencia de una voluntad propia en el Derecho público. Sin embargo, la voluntad del Estado es diversa en la corporación y en la fundación. En las corporaciones emana una voluntad en cuanto soberano y porque viven dentro de su ordenamiento total, mientras que respecto a los entes por él fundados su voluntad es de fundador y, sólo en segundo momento, de imperio.

El concepto tradicional de establecimiento público tiene caracteres de fundación que se encuentra «ligada» a un ente territorial o, a veces, institucional (tomando la palabra en el sentido de no territorial): esta ligazón demuestra su dependencia de un ente madre fundador. Esta dependencia lleva a su creación, por acto volitivo del fundador, su control, pudiendo llegar no sólo al nombramiento de sus órganos, cosa corriente, sino a conducir la propia Administración. Esta forma de establecimiento

público tipo francés se trasplantará hoy día a las intervenciones, llegando a una crisis de su viejo concepto (39).

Pero precisa, ante de pasar adelante, tratar de encontrar un criterio que permita deslindar los conceptos de ente público y privado. Las teorías al respecto son numerosas, teniendo todas sólidos fundamentos, pero no sirviendo normalmente solas para una construcción teórica satisfactoria.

El fin fué considerado como el requisito más lógico de la diferencia. Ante todo, ha de tratarse de un fin institucionalmente público; caso contrario, caeríamos en el concesionario, que persigue, al menos, mediatamente un fin público: se han opuesto dos serios reparos a la teoría: en primer lugar, la dificultad de determinar lo que por él se entiende si se le compara con el concepto de «interés público», y porque una persona jurídica, una vez creada, tiene fines propios suyos, con titularidad normalmente propia abdicada por el Estado.

Abandonada esta teoría, se refugió parte de la doctrina en el *ius-imperium* del ente en cuestión. También este imperio debería ser *nomine proprio* y no delegado. Se le opuso una objeción interesante: qué se entiende por *imperium*, si una actuación coactiva o la simple posibilidad de emanar actos administrativos. Según se piense de una manera o de otra, los resultados son diversos. El control es otra de las teorías al respecto. Quizás éste sea un concepto aún más volátil que los anteriores, debido a la constante intervención del Estado en toda la economía. Se ha dicho que el control sobre un ente público incide sobre él mismo para que consiga sus fines, mientras que el control sobre los particulares se refiere a la buena marcha de la gestión respecto a terceros. Control jurídico el primero, y económico el segundo. Las cualificaciones que se dan a las empresas privadas de interés nacional, etc., desvirtúan esta teoría: la concesión de interés nacional se le da a una determinada empresa cuyo empresario puede ser una persona física o jurídica; la Administración pública es siempre una persona jurídica. Ocurre que, al encontrarnos con empresas de ingentes dimensiones, se piensa en un empresario también potente; por ejemplo, una sociedad anónima, pero esto es probable, mas nunca cierto, jurídicamente. Por otro lado, el cualificativo se le da a la

(39) DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, 1950; DEMICHFLI, *Los entes autónomos*, pág. 16; FERRARA, *Trattato di Dir. civ. it.*, 1921; VITTA, *Les personnes morales de droit public en France et en Italie*, Mélanges HAURIOU, 1929.

«empresa» y no al empresario, de modo que, si el mismo explota diversas empresas con diversos objetos, solamente se aplicarán los beneficios de dicha concesión a la que la ley considere merece tenerlos porque entren dentro de un ordenamiento seccional determinado: es claro que, de reflejo, beneficia al empresario, que es el sujeto de derecho, ya que la empresa carece de personalidad (y esto se ve aún más claro en las empresas explotadas por sociedades), pero es lo contrario de lo que sucede con los entes públicos, en los que la «publicización» se refiere al empresario: la publicidad de la empresa (ya se dijo anteriormente lo desgraciado del vocablo) sólo será posible por su referibilidad a aquél.

Ni siquiera el origen de la persona es un índice seguro de publicidad. Ni todas las personas jurídicas creadas por el Estado son públicas (por ejemplo, la sociedad anónima de ente público), ni todas las personas públicas son creadas por iniciativa estatal (conviene no confundir la iniciativa y la creación propiamente dicha). Muchas veces el Estado se encuentra con un *substratum* personal o patrimonial, pero la cualificación jurídica la da siempre él: podrá adoptar un sistema normativo o de reglamentación, o uno concesional, pero los resultados serán idénticos, sólo que en el primero el nacimiento tendrá lugar jurídicamente a través de declaraciones de conocimiento o de juicio, y en el segundo revestirá los caracteres del negocio jurídico de Derecho público. Lo que importa tener en cuenta, por lo tanto, es la «iniciativa» y no la creación, ya que ésta es siempre un acto de autoridad.

Esta diferencia entre ente público y privado afecta a la naturaleza, pero no necesariamente a la actuación; es más: los entes públicos económicos actúan normalmente en el campo privado frente a terceros, emando actos administrativos en su propia organización interna.

Después del cúmulo de opiniones sobre la cuestión, no hay más remedio que adoptar una posición: la cualidad de ente público vendrá de la especial situación frente al Estado: será ente público el que se encuentre en una relación de Derecho público, desarrollando a su servicio una actividad que debe retenerse propia del mismo ente, tanto en cuanto a su titularidad como en cuanto a su ejercicio (40). La cuestión viene

(40) M. ELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, «Riv. Dir. Comm.», 1942; DE FRANCESCO, *Personne giuridiche pubbliche e loro classificazione*, Studi in onore di G. VACCHELLI, 1938, pág. 18; DE CAPRARIS, *Ancora sulla distinzione fra enti pubblici ed enti privati*, «For. it.», 1938, III; LESSONA, S., *Amministrazione di patrimoni*



así desviada, porque ahora conviene indagar los índices que demuestren dicha incrustación en la organización general del Estado, índices que pueden ser el control *a priori* o *a posteriori*, sustitutivo, instrumentalidad respecto al Estado, nombramiento de sus órganos, defensa por la Abogacía del Estado, etc., pero siempre y en todo caso el ente público tiene ciertos derechos públicos subjetivos frente al Estado (derecho al nombre, a su patrimonio, a su propia existencia...). La naturaleza del ente, sin embargo, conviene separarla de la actividad. Ambas pueden pertenecer a campos diversos, y de esta bifurcación nacen consecuencias importantes, entre las cuales se encuentra, por no citar sino una de ellas, la naturaleza de la relación de empleo en los entes económicos.

Con el encuadramiento del ente en la organización estatal no se ha llegado todavía a su total cualificación de público. Aquí conviene retornar a las formas de la persona jurídica: corporativa y fundacional, desgajando de la primera la forma societaria. Mientras que las dos primeras salen del todo de la esfera de los miembros y del fundador, las cuotas y patrimonio se dan a título gratuito sin contraprestación, si bien en la corporación se tiene derecho a los servicios estatutarios, no existiendo un derecho a los beneficios ni a los bienes en el caso de extinción por inexistencia de un título de participación (la cuestión es debatida en cuanto al último punto respecto a las corporaciones. En ellas, al existir una asamblea de miembros, se sostiene la posibilidad de una deliberación que acuerde el reparto, cayéndose, sin embargo, en un caso semejante a la sociedad. En el proyecto de Código civil italiano se negaba dicha posibilidad, que no ha pasado al texto actual. En sentido afirmativo, GASCA, *Le associazioni civili*). En la sociedad, en cambio, el negocio constitutivo es a título oneroso: la finalidad del negocio se apoya en la consecución de ventajas económicas consistentes en la participación en las utilidades y cuota de reparto, haciendo un empleo rediticio de los propios bienes (41). El contratante (aún no socio) que aporta el capital o la industria, recibe, en contraprestación, cuota o acciones de dicha sociedad nascitura. Las utilidades y cuota de reparto no son por ello actos gra-

---

*destinati a «fondazioni»*. «Nuova Rassegna», 1949; LEHMAN, *Les fondations en droit allemand*; PALMEBINI, *Sulla distinzione tra ente pubblico e privato e sulla responsabilità degli enti pubblici per danni cagionati dai loro dipendenti*, «Riv. Dir. Pubbl.», 1946.

(41) FRE, *Commento all'articolo 2.328 del C. civile in Scialoja-Branca*.

tuitos. El fin de lucro es aquí de la sociedad y de los socios, mientras que en las demás personas jurídicas, aun pudiendo tenerlo, les falta a los miembros o destinatarios. Ante esta diferencia neta, puede lanzarse la pregunta de si la «forma» puede o no influir en la naturaleza de un ente. Las tres formas son adoptadas por el Estado. Es creencia bastante común el no considerar la estructura con relevancia para cualificar la naturaleza. Sin embargo, creemos sea la única salida posible para salvaguardar los principios del Derecho privado. Es la estructura formal la que hoy día nos tiene que dar la relevancia jurídica de muchas instituciones que en el fondo han perdido su adscripción al Derecho privado. MESSINEO entiende que entre la finalidad y el medio empleado debe prevalecer el segundo (42), y en el mismo sentido se pronuncia COLAGROSSO (*Dir Bancario*, 1948). Es verdad que en la mayor parte de las veces son sociedades anómalas por ser la Administración el único accionista, pero aun en este caso extremo, debe mantenerse el principio de la irrelevancia de la figura del socio en la organización de la sociedad (43).

Con esto se quiere decir que ninguna persona jurídica con forma de sociedad puede adquirir jurídicamente la naturaleza pública. Cuando el Estado adopta la forma social es por evidentes signos de «privatización y comercialidad»; la sociedad se destaca netamente de aquél, no impregnando el socio a la sociedad de su misma naturaleza, que permanece diversa.

Es cierto que entre un ente fundado por el Estado directamente y una sociedad creada igualmente por él (como único socio), no hay aparentemente diferencia; pero existe una participación al capital, inexistente en aquélla. Ello es sin duda alguna un acercamiento entre las formas corporativas y fundacionales, acercamiento demostrado con la existencia de la sociedad de *comodo*, pero permanecerá siempre corporación, pues ésta no precisa la existencia de miembros, sino la «posibilidad» de que existan.

Con ello queda fijada la naturaleza de un ente: forma de corpora-

---

(42) *Postille sulla nuova legislazione bancaria. Istituti di Crédito e Banche di Diritto pubblico*, Banca, Borsa e titoli di crédito, 1937.

(43) FRE, op. cit., art. 2.458; GIROLA, *Enti parastatali*, Studi urbinati, II, 1929, pág. 19; MAURO, *Sul concetto di ente parastatale*, «Riv. Dir. Pubbl.», 1934; VASALÁ, *L'ente parastatale nell'ordinamento giuridico italiano*, 1931.

ción o fundación y no de sociedad, y encuadramiento en la organización del Estado mediante una relación de Derecho público.

Estas categorías de entes públicos y privados abarcan toda la posible clasificación; no queda lugar, en principio, para un *tertium genus*, como lo serían los entes de utilidad pública (no es nuestra intención estudiar el problema de su posible existencia, que queda en el campo del Derecho positivo; en teoría no puede admitirse por la inexistencia de un derecho mixto que no fuera público ni privado, y la importancia de la distinción estriba en el régimen jurídico aplicable).

La importancia que ha adquirido en los últimos tiempos la forma fundacional en el Derecho público ha enriquecido su lenguaje con un vocablo nuevo: el de ente paraestatal. Concepto ampliable a toda la Administración y que da lugar a entes paramunicipales, paraprovinciales, parauniversitarios, parasindicales, etc. Los caracteres de dichos entes, que forman parte de los públicos, son:

a) Nacen por «iniciativa» de la Administración, en virtud de un acto volitivo propio que crea la propia unidad de hecho y concede al mismo tiempo la personalidad. Se trata de un acto formal que engloba dos jurídicos: la constitución y la concesión de personalidad jurídica.

b) Son de tipo fundacional. Suponen, por lo tanto, una dación gratuita de la Administración sin adquisición de una participación.

c) Extienden su acción a todo el territorio del ente creador; esta extensión se refiere al «fin» y a la actividad. En ésta va implícito normalmente aquél, pero no basta por sí sola la actividad: sería el caso, si no, de las sucursales y sedes secundarias de entes comerciales, que, aun extendiendo la actividad, circunscriben el fin.

Se trata, por lo tanto, de fundaciones públicas directas, a diferencia de las indirectas, que se deben a iniciativa privada.

De este tipo fundacional conviene separar, por último, el concepto de «instituto» en el Derecho administrativo. Por instituto se entienden aquellos órganos (y, a veces, personas) que reducen a unidad un conjunto de elementos personales y reales, teniendo prevalentemente fines de cultura, arte, asistencia, etc. El concepto clásico de establecimiento público se adapta a este género de órganos-institutos (hospitales, museos, bibliotecas...).

La diferencia entre fundación e instituto es clara: ambos tienen base

fundacional (44), pero la primera carece de un conjunto de diversas partes constituidas en técnica unidad, mientras que el segundo supone ese conjunto ordenado como unidad bajo el aspecto técnico (45). De esta diferencia se infiere que los llamados entes paraestatales pertenecen a la primera categoría (por ejemplo, los Institutos Nacionales), descentralizando la función misma, o sea cambiando el titular, mientras que el segundo, aun manteniendo la titularidad en el ente-madre, puede llegar a personificar donde se lleva a cabo dicha función (sin que se llegue al absurdo de la personificación material, sino al instituto espiritualmente considerado, o sea en el desarrollo de su actividad, cualquiera que sea el título en virtud del que goce de los bienes constituidos en unidad). La fundación descentraliza la función, y el instituto el «momento» espiritual de la misma (46).

Con esto es posible entrar en un estudio rápido de las formas adoptadas por la Administración para sus intervenciones; los conceptos tratados anteriormente nos servirán en su desarrollo: servicio público, servicio de interés público, entes públicos económicos, sociedades creadas y administradas por la Administración pública. De ello se ha sacado una consecuencia, y es la imposibilidad de mantener una línea continuada que permita someter a la misma normatividad el servicio público, la persona de Derecho público y la actividad desarrollada. Aquél, porque se ve desbordado por el concepto del interés público, y ésta, porque escinde las ideas de naturaleza y de actividad: la intervención económica se lleva a cabo a través de medios privados y públicos, permaneciendo en este segundo caso el ejercicio en el campo del Derecho privado, y sometiéndose la organización al del Derecho público.

## VI) LAS FORMAS SINGULARES DE INTERVENCION

Los métodos de actuación de la Administración en el campo económico se refieren tanto a los servicios públicos como a los de interés público. Se empezará por la concesión de servicios públicos, y no siendo nuestro

(44) JORODJU ODA, *Principes de Droit administratif du Japon*, 1928, pág. 178.

(45) PETRIN, *Osterreichisches Verwaltungsrecht*, pág. 14, 1951.

(46) En este sentido, GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*; GIROLA, *Teoría del decentramiento amm.*, 1929, pág. 20; SANTI ROMANO, *Il decentramento amministrativo en Scritti minori*, 1950.

propósito estudiarla a fondo, se expondrá su aspecto mercantil, ya que consta de dos vertientes la posibilidad de su desarrollo: como *derecho*, es la única manera de poder explotar lícitamente una actividad industrial que tenga la categoría de servicio público, y como *función*, es el vínculo que une al concesionario y la Administración, sin que dicha unión cree ningún género de asociación entre ambos.

La concesión se utiliza sólo en los servicios reeditivos y no gratuitos, porque el concesionario, por su carácter de empresario, no puede someterse a una pérdida absoluta; si el servicio es gratuito y la Administración paga al que lo explota un precio determinado, no estamos ante una concesión, porque no se recibe el precio del usuario.

La concesión es un requisito necesario para el ejercicio legal de una actividad económica—servicio público. Pero si se viniese a ejercitar sin ella, desde el punto de vista comercial se adquiriría la cualidad de empresario, sometiéndose a todo su *status*, sufriendose las sanciones correspondientes por la no petición u obtención.

La concesión es, por lo tanto, una gran limitación a la iniciativa privada pura. Ha sido la forma liberal por excelencia, pero ya en 1911 se declaraba por HAURIUO la crisis de su concepto, que desde entonces ha venido acentuándose por la práctica de nuevas formas que señalan el desarrollo gradual de la intervención, como la concesión de gestión, la gestión interesada, economía mixta, el ente público económico, la sociedad de ente público.

Todo ello demuestra que el Estado, aun admitiendo la intervención, busca afanosamente encontrar formas «flexibles» que acerquen su actividad a la privada. Si una empresa que carece de autonomía debe someterse a los controles generales de la Administración, no vivirá mucho tiempo; el presupuesto preventivo, la contabilidad pública, las autorizaciones y aprobaciones previas, el sistema rígido de contratación (nos referimos a los contratos instrumentales y no a los finales, según distinción de CAMMEO, en su op. cit.), la burocratización, la falta de tecnicismo, la baja remuneración de los empleados públicos, la carencia de interés en los dirigentes... son todos males imputables al aparato administrativo. Por ello precisa la flexibilización de las empresas. Las empresas autónomas (Haciendas especiales), sin gozar de personalidad independiente del ente, tienen, no obstante, una desconcentración limitada para dotarlas de esta privatización; la fundación pública directa, que supone un salir

fuera del ente gozando de plena personalidad (aunque frente a él resulte limitada), y, en fin, la forma social, que, empezando por una participación en el capital (accionariado), llega hasta la total posesión del entero paquete de acciones (con la característica de la transformación generalmente de las acciones en cuota) (46 bis).

## VII

### LA CONCESION PURA

Es la intervención más liberal, que supone como requisito necesario la existencia de un servicio público, el cual, a su vez, precisa de un monopolio de derecho.

Se diferencia de la concesión demanial porque recae sobre la «actividad» y no sobre la cosa. Asimismo es diferente de la concesión «industrial», suponiendo su existencia, concesión aplicable a los servicios de interés público seccionales. Desde nuestro punto de vista, nos interesa destacar los siguientes caracteres:

a) El concesionario actúa en nombre propio, o sea que asume el riesgo de la empresa, siendo, por tanto, el empresario. Como tal se somete a las normas mercantiles, pudiendo, consecuentemente, quebrar: su quiebra supondrá la extinción de la concesión, pudiendo los acreedores proceder al embargo de dicha concesión (considerada en su contenido económico), o podrán obligar a la Administración a adquirir la empresa concesionaria, o a conceder de nuevo, con la obligación para el nuevo concesionario de la adquisición de la misma, viniendo el precio a la masa de la quiebra. Todo ello es consecuencia natural de la armonización de los legítimos intereses de los acreedores con los caracteres del servicio al que está afectada dicha empresa (regular y continuo) (dejamos aparte las normas que dicta el Código de Comercio sobre quiebra de Compañías de obras públicas con un régimen transitorio de armoniza-

(46 bis) BVE, op. cit.; DIMOK, *Nouvelles formes d'entreprises des services publ.*, Etudes en l'honneur d'Edouard LAMBERT, 1938; DRAGO, op. cit.; KATZANOV, *L'Etat commerçant et les nationalisations*, «Revue trimestrielle de Droit commer.», 1950; KUNZ, *Les problèmes de l'organisation des entreprises de service public*; RICARD, *La nationalisation des Assurances*, 1948; RIVERO, op. cit.; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951; THOMAS, *La nationalisation des Banques*, 1948; ZAPPA, *La nazionalizzazione delle imprese*, 1946.

ción). En el caso de embargo de la concesión, deberá solicitarse y obtenerse autorización previa del concedente para la venta de la misma (es necesaria para la venta, pero no para el embargo) (47). Los acreedores tienen un derecho sobre los bienes que, constituyendo la empresa del concesionario, están afectos al servicio.

El concesionario no es un industrial cualquiera, porque su actividad está totalmente regulada por la ley, reglamentos, por el mismo acto concesional y por las constantes órdenes del concedente referentes al servicio. Pero es un particular, persona física o jurídica, que podrá tener privilegios excepcionales (expropiación, exenciones fiscales...), pero privilegios que le vienen en razón a la actividad ejercitada y no a la persona ejerciente. A menudo el concesionario estará organizado en forma de sociedad, e incluso de sociedad de capitales, pero siempre sigue siendo un particular y no un ente público, porque su fin inmediato es el lucro, obtenido y devuelto a fines también lucrativos, además de adoptar una forma privatística. Ocurre, sin embargo, que la imaginación se representa como concesionarios a grandes sociedades anónimas; la envergadura no es índice de naturaleza jurídica. Puede darse el caso de que el concesionario sea un ente público (por ejemplo, un Municipio); pero aquí la naturaleza del ente antecede a la concesión y es independiente de ella; esta figura puede dar lugar a una interesante forma poco estudiada en la doctrina: es la «subconcesión», concepto diverso de la cesión de concesión, del arrendamiento, etc.; solamente puede proceder de un ente público concesionario, el cual, a su vez, «concede» de nuevo el servicio, sin romper sus obligaciones con el primer concedente. Que no es un arrendamiento ni cesión de concesión, se deduce del hecho de que el subconcedente actúa en cuanto autoridad pública, siendo imposible que en esta

(47) CARAYON, *La cession des Concessions et des permissions*, Paris, 1934; ALBERT, *Obligations et responsabilités des distributeurs d'énergie électrique*; Idem, *L'imprevision dans les concessions de service public*; BLONDEAU, *La concession de service public*, 1933; BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*; CARNELUTTI, *Equa indennità per il riscatto dei servizi pubblici affidati ad imprese private*, 1918; CASSETTA, *Vigilanza e tutela dello Stato sulle società concessionarie di servizi pubblici*, «Riv. Dir. pubbl.», II; COMPTE, *Essai d'une théorie de ensemble de la concession de service public*, 1934; EULA, *Le concessioni amm. bilaterali nella giurisprudenza del Supremo Collegio*, For., 1933; GANDUCHEAU, *Concessionaire de service public et autorité concedant*, 1912; GUILLOUARD, *Notion juridique des autorisations des concessions adm.*, 1903; MINOZZI, *Le questioni di proprietà nelle concessioni di opere pubbliche*; MONTANARI, *Delle concessioni amm.*; PUGLIESE, *Compendio di diritto telefonico*, 1936; REDUHL, *Nature de la concession de service public*, 1925; SIMONCELLI, *Concessioni governative en Nuovo Digesto it.*; ZANOBINI, *L'esercizio*, etc.

situación se instauren contratos de Derecho privado, y si solamente actos unilaterales (o contratos de Derecho público): es una figura típica de Derecho público, de la misma naturaleza que la concesión. Esta subconcesión podrá ser pura o de ejercicio.

b) El concesionario debe crear la empresa, es decir, organizar los medios materiales y técnicos para la explotación del servicio. Esto lo puede hacer *ex novo*, o adquiriendo de un anterior concesionario decaído, o del ente concedente. Estos medios materiales le pertenecen en propiedad. Ha sido una cuestión muy debatida el saber la situación jurídica de los bienes de concesión. O bien se le niega la propiedad al concesionario, o se le atribuye un derecho de goce sobre bienes del concedente, o, en fin, se le admite una plena propiedad. Admitiendo esta última postura, debe, sin embargo, advertirse su carácter de propiedad especial y *sui generis* (48), en cuanto que no pueden desafectarse de su destino, y por estar sometidos a la revocación y rescate por el concedente.

A veces los bienes, individualmente considerados, pertenecen a un tercero, siendo, sin embargo, el concesionario el que los ha unificado creando la empresa, e incluso ésta puede haberse tomado en arriendo; pero estos casos producen efectos interpartes, no frente al concedente.

Son distintos, además, los términos concesión y empresa; el mismo empresario puede explotar varias concesiones con la misma empresa o con diversas. En la primera hipótesis, cada concesión sigue su vida independiente. Aun en el caso de que se explote una concesión, es preciso distinguir entre la «propiedad de concesión» y la «propiedad de empresa o industrial» (e incluso los bienes privados no incluidos ni en la empresa ni en la concesión) (49): la primera es el conjunto de elementos necesarios al servicio; en caso de reversión, pasan *ipso jure* y gratuitamente al concedente (o al beneficiario de la misma, que puede no ser el mismo concedente) (50). La segunda es el conjunto de elementos que cooperan indirectamente al servicio y que pasan onerosamente, salvo caso en contrario expreso en el acto de concesión. Por ello los bienes de concesión no son demaniales; mejor sería configurarlos como privados, si bien sometidos a una servidumbre pública o a un derecho de uso pú-

(48) PUGLIESE, *Compendio di Diritto telefonico*, 1936.

(49) PIVATO, *Le imprese di servizi pubblici*, 1939.

(50) GARCÍA DE ENTEHRÍA, *El servicio público de los transportes urbanos*, REV. DE ADMÓN. PÚBLICA, 1953, núm. 10.



blico, según sean inmuebles o muebles (derecho real a beneficio de la colectividad), que desdibujan constantemente su verdadera naturaleza (en muchos casos la ley dice expresamente que las obras realizadas son de dominio público, aun antes de su reversión; en estos casos, el concesionario tiene un uso excepcional de dichos bienes, a consecuencia del servicio).

Esta concesión, dibujada anteriormente, ya sea onerosa (pago de canon como reconocimiento por la traslación del ejercicio del servicio en cuestión, y por tanto, con su naturaleza de ingreso de derecho público a efectos fiscales como recurso del Tesoro), ya subvencionada, ya gratuita, puede ofrecer dos variantes: o incluye la construcción de una obra y la explotación del servicio (concesión de obras y servicios), o solamente lo segundo. La primera ha sido históricamente la que prevaleció, hasta el extremo de que el concepto de concesión ha nacido por una constante revalorización del servicio en perjuicio de la obra, y hoy, cuando ésta existe, es una carga del concesionario: el servicio es lo más importante, y la obra es el medio para desarrollarlo (51). En la segunda no existen inmovilizaciones, pero en ambas la concesión es pura, en el sentido de que el concesionario debe crear la empresa, sin importar que deban o no existir aquéllos.

## VIII

### LA CONCESION DE EJERCICIO

Supone una atenuación de la concesión pura. En esta nueva forma, el concesionario se encuentra frente a una «empresa» ya creada y solamente debe hacerla funcionar. El concesionario soporta las pérdidas y gastos. Suele utilizarse cuando termina una concesión por caducidad, reversión, rescate, etc., pasando las instalaciones al concedente, quien no cree oportuno ni gestionar directamente, adoptando alguna forma de las que más adelante se estudian, ni renovar la concesión pura, haciéndole al concesionario una nueva (en el caso de reversión, puede ser el mismo concesionario el que adopte la nueva forma; si se trata de revocación y rescate, la renovación de la concesión pura podría dar lugar al exceso de poder frente al primitivo concesionario).

(51) BLONDEAU, *La concession de service public*, 1933.

En esta nueva forma, el concesionario sigue siendo el empresario; a él se referirán los efectos de su condición, pudiendo, por lo tanto, quebrar, si bien con la particularidad de que la «concesión», en su contenido económico, no entra a formar parte de la masa de la quiebra, ya que no es propiedad del concesionario, que tiene solamente el goce especial, no asimilable al arrendamiento (aunque así se le llama normalmente), por tratarse de una verdadera concesión no parangonable a ningún contrato privado. El nacimiento puede proceder, o de transformación, como se dijo, o *ex novo*, mediante la creación por la Administración de la empresa de concesión.

Por ello hay que distinguir las diversas situaciones que se pueden presentar :

a) La Administración concede la construcción de la obra y formación de empresa, y su ejercicio.

b) La Administración contrata la construcción de la obra, reservándose el desarrollo del servicio.

c) La Administración construye la obra o la empresa y explota el servicio.

d) La Administración crea la empresa o construye la obra, y concede el ejercicio.

El primer caso es una concesión pura de obras y servicios o de servicio solamente. El segundo, es un simple contrato de obra pública. El tercero es una gestión directa en la construcción y en la explotación, y el último es la concesión de ejercicio, en la que la Administración ha integrado la empresa, no importa si directa o indirectamente mediante contratos, ya que esto es un momento no relevante frente al servicio, y después, en lugar de explotar directamente, o acudir a la concesión pura obligando al concesionario a adquirir dicha empresa, concede el ejercicio simplemente. Pero dicha forma concesional se encuentra en el mismo plano que la pura, en ambas es igual la relación de Derecho público que liga al concesionario a la Administración: adquiere él la cualidad de empresario, actuando en nombre propio, sustituyendo (y no representando) al concedente, que, por lo tanto, permanece fuera del campo económico. La concesión, en todas estas formas rápidamente esbozadas, es un medio de buscar la irresponsabilidad los entes públicos, que solamente estarán obligados al cumplimiento de los compromisos voluntariamente

asumidos en el acto de la concesión (aunque este principio se encuentra desmentido en parte por la doctrina de la imprevisión y del hecho de príncipe).

## IX

## LA «REGIE INTERESSÉ»

Nueva corrección de la concesión anterior, aparece esta forma, que ha sido descuidada por la doctrina (52).

Hemos visto cómo el concesionario *strictu sensu* creaba la empresa de concesión, y desembolsaba los fondos necesarios para conseguirlo; después explotaba el servicio, en nombre propio y obteniendo la contraprestación de los usuarios según un rígido sistema de tarificación, precio que debía procurar un beneficio neto después de la amortización del capital, que pasará al concedente al llegar el plazo de reversión. También en la concesión de ejercicio era el concesionario quien arriesgaba su actuación, y en ambas era la Administración la que transfería el áleas a terceras personas.

Pero el principio de que la Administración concedente sólo se obligaba a lo expresamente pactado en el acto concesional, ha sufrido constantes innovaciones a consecuencia de la teoría de la imprevisión, según la cual la Administración debe ayudar al concesionario en los eventos exteriores, anormales e imprevisibles, por medio de una indemnización de imprevisión.

El Consejo de Estado francés viene creando una doctrina de Derecho público sobre la materia, a partir de 1916; después de 1932 ha afirmado que la situación de imprevisión debe ser temporal, y si por cualquier circunstancia fuera duradera, el servicio debe desaparecer, no estando

(52) WALINE, *La notion de régie intéressé*. «Revue du Droit Public», 1948.

DÍAZ FERREIRA, en el *Tratado de Finanzas Públicas*, Lisboa, 1949, pág. 170, da una definición equivocada de esta institución al decir que el «Estado no sólo concede el exclusivo derecho de explotación, sino que da los elementos para esa explotación, mediante una participación en los beneficios» (es *régie* porque los capitales son del Estado (?), e *intéressé* porque se reserva participación en beneficios de la empresa). Supone, pues, que la Administración es la que se interesa: lo cierto es que ocurre lo contrario, siendo aquélla el empresario. Hay que separar de esta figura (como de las anteriores) los casos en que la Administración se «interesa» en las empresas privadas detrayendo parte de los beneficios sin más. Estas formas de «cointeresamiento» quedan fuera de nuestro estudio.

obligado el concesionario a ejercitarlo; entre las medidas a adoptar en materia de revisiones concesionales, están la indemnización, el aumento de tarifas, la subvención (aunque no supone esto el admitir la revisión de subvención: aquí se trata de la subvención nacida a causa de la imprevisión), el rescate, etc.; en España el Decreto de 6 de febrero de 1952 permite establecer el equilibrio económico a los concesionarios de líneas de tranvías por los medios indicados (el problema de la revisión se plantea en tema de contratos y de concesiones: en los primeros no admite más que la modificación del precio establecido de forma alzada; la Ley de 17 de julio de 1945 constituye la legislación aplicable en materia de contratos); la revisión actúa sobre las *tarifas* en las concesiones de servicio, ya que no hay pago de la obra al terminar su construcción. Junto a la imprevisión *strictu sensu* está el llamado *factum principis* (el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en numerosos dictámenes a raíz de la Ley de 17 de julio de 1945, estableciendo diferencias entre la cláusula *rebus sic stantibus*, el *factum principis* y la responsabilidad por actos propios y legítimos), que realmente no debiera dar lugar a la imprevisión al proceder de la economía planificada, aunque el Consejo de Estado francés tiene declarado lo contrario (15 de julio de 1949). El fin perseguido por el sistema de concesión quiebra por las consideraciones anteriores, y es así como se empieza a pensar que, si de todas formas la Administración debe responder aun sin gestionar, es preferible abandonar las dos formas hoy caducadas.

En la gestión interesada, la empresa pertenece a la Administración, que la crea *ex novo*, por rescate, reversión, renuncia, etc., y de la misma manera que puede conceder (puramente o transfiriendo sólo el ejercicio), puede adoptar esta nueva forma, que consiste en que un gestor (*regisseur*) se compromete a hacer funcionar un servicio, soportando la Administración el riesgo de la explotación (déficit, gastos materiales...). El gestor (normalmente, una sociedad) explota también una empresa en el sentido de que debe organizar medios personales necesarios para el funcionamiento, pero el hecho de gravar los riesgos sobre la Administración demuestra que es ella quien adquiere la condición de «empresario».

El gestor puede recibir una remuneración de distintas maneras (pero siempre la recibe de la Administración y no de los usuarios): puede percibir un tanto fijo, o un tanto fijo y una participación en los beneficios, o solamente una participación utilitaria, o, en fin, según variados módulos

(por ejemplo, por unidad de prestación, por kilómetros, tiempo...). En el primer caso, el gestor adquiere la cualificación de «obrero» de la Administración, si bien este concepto es aplicable sólo a las personas físicas, siendo una figura *sui generis* si de personas jurídicas se trata.

Pero el problema nace cuando el gestor participa en las utilidades de manera totalitaria, es decir, según la cuenta de «ganancias y pérdidas».

Las figuras a que puede dar lugar dicha situación son variadas:

a) Si percibe dicha remuneración, participando en las pérdidas (en el sentido de «perder» y no de «no ganar»); en efecto, la participación totalitaria en las utilidades supone que, si no existen éstas, tampoco debe existir tal remuneración, excluido, naturalmente, que el trabajador deba de participar en las pérdidas; en este sentido, el Tribunal de Rávena, en 17 de septiembre de 1951, se pronunció, ya que si se participa en dichas pérdidas la figura será la de la sociedad (*de facto*), encontraremos una sociedad en la que el gestor ha aportado el trabajo.

b) Pero si no soporta dichas pérdidas, las posibles figuras serían las siguientes: 1) Si existe total subordinación, habrá un contrato de trabajo (con la advertencia hecha anteriormente respecto a las personas jurídicas). 2) Si ésta no existe en los términos laborales, existirá una asociación en participación (admitiendo que en ésta se pueda aportar por el gestor el trabajo), no respondiendo de más que de lo aportado, que es trabajo (pérdida en el sentido de no ganancia).

De lo dicho se desprende que la *régie intéressé* plantea una posición interesante en la figura del gestor, máxime si tenemos en cuenta que normalmente será una persona jurídica que tendrá su propia empresa. Se podría pensar en el caso de una persona jurídica titular de un órgano, admitido por diversos tratadistas (GIANNINI, RANALLETI), pero que hay que resistirse a aceptar, porque las personas jurídicas podrán entrar en relación con la Administración mediante contratos, concesiones, pero no por una relación de empleo público orgánico; por lo tanto, todos los intentos de reconducir la forma examinada a las ya conocidas resultan estériles, por tratarse de una figura *a sé* no parangonable a otra, perteneciente al Derecho público, y aplicable tanto a éste como al privado: aplicable a la actividad económica en general. Lo interesante es que el gestor, aun teniendo a veces una compleja organización, no es empresario, no puede quebrar, imputa sus actos a la Administración.

Actúa en nombre de la Administración (53), haciendo recaer sobre ella los resultados, buenos o malos, de la gestión. En Italia podriase configurar con esta figura la explotación de las empresas demaniales gestionadas por empresas privadas (54).

La gestión interesada se diferencia de la economía mixta porque la empresa pertenece a la Administración, mientras que en ésta es la sociedad el empresario, con todas las consecuencias normales; en la primera existen dos personas diferentes: la Administración (empresario) y el gestor. En la economía mixta, sólo la sociedad, ya que los socios permanecen neutros, siendo ella la que crea la empresa y la explota.

## X

### LA ECONOMÍA MIXTA

Pronto se dió cuenta la Administración de que el sistema de subvenciones no llevaba a ningún resultado práctico, porque los concesionarios, casi siempre grandes sociedades, olvidaban los servicios, debido a su impotencia económica. Entonces—se dijo—, si la Administración debe subvencionar, que es lo mismo que perder la cantidad dada (no se trata, por lo tanto, de anticipos reintegrables, sino de fondos dados sin ánimo de recuperación), y debe sufrir los riesgos de la imprevisión, es mejor que ella misma participe directamente en el capital; en vez de contribuir a fondo perdido.

Además, la intervención económica obligaba a controlar fuertemente las empresas, y el mejor medio era hacerse «miembro» de la sociedad empresaria. Este método de intervención se aplica, como los anteriores, a toda la actividad económica, se trate de servicios públicos o no; es cierto que fueron éstos los primeros que la conocieron (transportes regulares, distribución de agua, gas, electricidad...), pero luego se amplió a otras actividades, como la bancaria, las principales industrias (la siderúrgica). empresas que no admiten intervenciones extranjeras, y, en fin, las que requieren fuertes subvenciones.

La doctrina no está de acuerdo sobre el concepto de economía mixta.

(53) BOUVIER le llama mandatario interesado. *L'exploitation collective des services publics. Les Régies Municipales*, 1910.

(54) GANEMI, *Le aziende patrimoniali del Demanio dello Stato*, «Riv. Pol. Econ.», 1939. Pertenecen estas figuras a la actividad económica de servicios de interés público.

Opina MARIONÉ (55) que lo que caracteriza a la economía mixta es la participación en la gestión de la empresa, y por gestión entiende todo lo que determina la vida y el funcionamiento, no los simples actos de ejecución ni de control (que sólo condicionan dicha gestión); en cambio, la participación en el capital no lo considera elemento esencial. Distingue, según esto, entre economía mixta perfecta y parcial: la primera supone una participación de la Administración en la gestión (elemento esencial), y además la participación en el capital (elemento accesorio). La segunda, en cambio, supone una participación en la gestión, pero original, en cuanto que se efectúa a través de una comisión mixta con específica competencia, permaneciendo la gestión en manos de los particulares; lo que caracteriza la economía mixta parcial es la existencia de la «comisión mixta», compuesta por miembros del concedente, del concesionario y técnicos. Sus facultades son específicas, y consisten, sobre todo, en el control, en actividad consultiva, de aprobación...; pero, fuera de ella, el Consejo de Administración es completamente libre entre los particulares.

También ZAPPA (56) opina que la economía mixta se caracteriza por un control sobre la gestión, independientemente de la participación en el capital; son —dice—empresas públicas por el control, configuradas en forma privada.

Estos conceptos no satisfacen; las consideraciones de MARIONÉ respecto a la comisión mixta nos demuestran tan sólo la existencia de un «órgano común»; en efecto, cuando una materia interesa a varias personas a la vez (personas jurídicas), se puede instituir una coordinación común de sus actividades sin llegar a la fusión (57); es un expediente mediante el cual, dentro de su específica competencia, actúan en modo idéntico y simultáneo todos los interesados, consiguiendo una unidad de conducta o unidad de control: la voluntad del órgano común es imputable a todos los sujetos a los que es común, porque forma parte de la organización de todos ellos. Por ello, con la comisión mixta se quiere equilibrar la intervención sin llegar a la economía mixta, siendo más bien un modo de evitarla (órganos comunes son también las comisiones autorizadas re-

(55) *Les sociétés d'économie mixte en Belgique*, 1947.

(56) *La nazionalizzazione delle imprese*, 1946.

(57) El concepto de órgano común lo desarrolla sobre todo PERASSI en el campo internacional, *Lezioni di Diritto internazionale*, 1952.

cientemente para procurar la solución de algunas Compañías concesionarias de tranvías: órgano común del Estado, del concedente y de la propia concesionaria).

En cuanto a la apreciación de ZAPPA, de que se trata de empresa pública con forma privada, basta lo dicho anteriormente sobre la impropiedad de dicho término: la empresa es neutra para el derecho, y la sociedad está sometida al Derecho privado, como veremos.

Los caracteres, por lo tanto, de las sociedades de economía mixta son:

a) La participación en el capital social.

b) Participación en la administración de la misma, con normas especiales y excepcionales. Si la Administración recibe, por cualquier medio privado (herencia, contratos, etc.), cuotas o acciones de una sociedad, no nos encontraremos ante una sociedad de economía mixta, de la misma manera que si la Administración controla sin participar en el capital.

Ambos requisitos son esenciales para su caracterización: Por ello no se puede hablar de esta figura cuando la Administración sea obligacionista y no accionista (58): el obligacionista está frente a la sociedad y no en la sociedad, y si bien es un acreedor especial con un tratamiento de favor, no llega nunca a ser un accionista; las obligaciones, en cuanto títulos, no incorporan un *status* de socio. Puede haber acercamiento entre ambas figuras, como cuando el obligacionista participa en los beneficios, pero, así y todo, él es un prestamista de capital que recibe un título, no de participación. En esta rápida visión de la economía mixta, veamos algunos problemas importantes desde el punto de vista jurídico-administrativo.

Es principio general del Derecho administrativo el que los entes públicos se someten al principio de la especialidad, o sea que no pueden extender su actividad si no es en virtud de una ley; esto es aún más cierto en la actividad económica que siendo institucionalmente privada viene a sufrir un gran quebranto a consecuencia de la intervención; solamente una ley podrá autorizar dicha intervención de un modo general o casuístico. Normalmente, la ley autorizará de manera general (en Francia, por ejemplo, el decreto-ley de 28 de diciembre de 1936 autorizó, de una vez para siempre, a los Municipios a participar financieramente, después de la deliberación del Consejo Comunal y aprobación del Con-

(58) LAUBADÈRE, op. cit., pág. 227, en sentido contrario.



sejo de Estado). Este principio de la especialidad conviene mantenerlo, aunque sólo sea como teórica garantía. Al mismo tiempo, dicha autorización supone permiso al Gobierno para designar una suma presupuestaria a estos menesteres (59); una vez obtenida dicha autorización, precisa actualizar la voluntad administrativa.

La base de la sociedad es un contrato de organización, y por ello hay que tener en cuenta el *iter contracti* de la Administración. Pueden darse variantes: a veces es un ente público que se asocia a los particulares, o varios entes que, de común acuerdo, se asocian a ellos (la sociedad entre entes públicos solamente puede calificarse de economía mixta «impropia») (60), o entes públicos que forman entre ellos un consorcio (otro ente asociativo), el cual, en un segundo momento, formará la sociedad con los particulares. Es interesante deslindar esta última figura. En efecto, varios entes públicos pueden conceder un servicio a la misma persona, y pueden previamente formar un consorcio que asumirá después los caracteres de concedente: se producirán, naturalmente, todos los problemas de los consorcios administrativos en materia de modificación subjetiva (entrada y salida de miembros), de rescate de dichas concesiones en el marco del propio territorio de cada miembro (rescate a favor de un ente que no es el concedente), etc.; por ello, el ente consorcio puede conceder el servicio, utilizar la gestión interesada, la economía mixta o los demás medios estudiados más adelante: el consorcio sustituye en estos casos a los entes consorciados.

La parte contratante, por tanto, en la economía mixta es siempre un ente público (territorial o no, como sucede en el consorcio). Si la economía mixta nace de un contrato, habremos de aplicar las normas contractuales de la Administración. Esta, como persona jurídica y de Derecho público, debe de «formar su voluntad» a través de un complejo procedimiento (formación del proyecto, búsqueda del co-contratante, aprobación, etc.); este proceso, sin embargo, ha sido creado para los

(59) CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, pág. 28; DOMINÉDÓ, *Gestione straordinaria della società per azioni per motivi di pubblico interesse*. «Stato e Diritto», 1942; G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica del ente*. «Foro It.», 1941; GANCEMI, *I problemi della società di economia mista. Le società anonime miste*; LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise public. Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, v. II, 1950; LAVERGNE, *Les régies cooperatives. Leur divergence d'avec les sociétés d'économie mixte*, Mélanges offerts à E. MAHAIM, 1935.

(60) RAVÁ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*. «Riv. Dir. Comm.», 1933.

típicos contratos de cambio, pero existen además los llamados contratos de organización o plurilaterales (61); la formación será la misma, trátase de cualquiera de ambas formas, pudiendo resumirse su proceso en las siguientes fases:

a) Formación de un proyecto (técnico y económico) y su aprobación, que aquí será el estatuto del ente.

b) Busca del co-contratante: tratándose normalmente de sociedades por acciones, podrá ser sucesiva o simultáneamente.

c) Estipulación del contrato según el estatuto aprobado.

Es decir, que, aun siendo el efecto final un contrato privado, el *iter* es público, por caer esta fase de formación en el campo del Derecho público. La sociedad nace sólo cuando se han cumplido todos los requisitos legales, como es el otorgamiento de la escritura y consiguiente inscripción registral: adquiere su personalidad por el sistema normativo y no por el concesional; lo que hace pensar en lo contrario es el hecho de la previa aprobación de los estatutos, pero esta aprobación es sólo un momento del proceso formativo, siendo conceptos diferentes el contrato y la persona (62).

La sociedad de economía mixta puede nacer *ex novo*, proceder de una sociedad limitada que se modifica aumentando el capital que es suscrito por la Administración, o de una transformación de sociedad personal existente que supone un cambio de tipo con aumento de capital suscrito por la Administración, o expropiación de cuotas, expropiación de acciones, por transformación de empresas individuales en sociedades limitadas, lo que puede a su vez hacerse, o aportando el empresario su empresa y la Administración otros elementos, o por expropiación de parte de la empresa y consiguiente aportación de ambos a la nueva Sociedad.

Aun tratándose de sociedades existentes, puede crearse *ex novo*, siempre que no se utilicen los procedimientos descritos, o sea en que la sociedad aporte su empresa a la nueva sociedad de economía mixta, y en este caso la sociedad vive sin «empresa»: son sociedades de administración no empresaria, y a la hora de su disolución se reparten entre sus socios las acciones de la otra sociedad. Tenemos el caso de la Société National des Chemins de Fer francesa: las cinco sociedades concesiona-

(61) Sobre su diferencia fundamentalmente. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*.

(62) L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, «Riv. It. Sc. Giur.», 1938; DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, 1937.

rias aportan sus bienes de concesión, y la Administración aporta el derecho de explotación (concesión); aquéllas reciben acciones de la nueva sociedad que tienen «bloqueadas» hasta el 31 de diciembre de 1955, y entonces las sociedades dejan de existir, pasando los títulos a los accionistas suyos hasta 1982, en que serán reembolsados a los socios, transformándose el Estado en único accionista.

Cuestión debatida es la naturaleza jurídica de la sociedad de economía mixta. Según ZAPPA, es una ilusión creer que el Estado se despoja de sus dotes de imperio cuando entra a formar parte de estas sociedades; son —dice—empresas públicas con forma privada, o empresas de forma privada en el Derecho público. Verdaderamente, el Estado no puede dejar su carácter totalmente, pero esto es verdad siempre que actúa a través de su esfera privada, porque, como se dijo, la antigua división de actos de imperio y de gestión es verdadera en los momentos singulares de la relación jurídica. Un socio no puede nunca dejar de ser lo que es, aun sometándose a las normas generales. Por ello parece cierta la afirmación de FRANCESCHELLI (63), de que la intervención, si bien no es una varita mágica que transforma lo que toca, tiene el efecto de «variar» en algunos puntos la disciplina privada de las instituciones.

El Estado adopta la forma social por ser la más apta para contener la acción intervencionista y por ser la que permite la flexibilidad comercial sin las lentitudes burocráticas. Lo que no hay que confundir es el aspecto económico y el jurídico; desde el primer punto de vista, no hay duda de que el Derecho público predomina, pero no así en el segundo. Por ello las sociedades de economía mixta son personas jurídicas de Derecho privado, y por esto sometidas al mismo, a la quiebra, etcétera (64). Es claro que todas las normas de las sociedades no se les podrá aplicar, pero estas derogaciones no desnaturalizan a las instituciones (CAMMEO, op. cit., hablando de la sociedad italiana A. G. I. P., dice que la sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tiene un fin privado de utilidad). Las derogaciones vienen por la naturaleza de uno de sus socios: la Administración pública.

También importante en esta materia es la medida de participación de la Administración en el capital social, ya que en este equilibrio consiste

(63) *Diritto pubblico e Diritto commerciale*.

(64) ESCARRA, *Cours de Droit commercial*, 1952; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 1948.

la buena marcha de la institución. Ni dominio total del capital privado, ni del público, que produciría una evasión de los primeros a otras zonas menos afectadas. La Administración podrá aportar dinero, créditos (cuando ha financiado la empresa y transforma su expectativa en acciones o cuotas), bienes *in natura* (con una valoración puramente administrativa), e incluso la propia concesión (considerada como bien inmaterial y no en su contenido económico).

Los órganos de la sociedad de economía mixta son los normales de toda sociedad de responsabilidad limitada. De la Asamblea o Junta general forman parte los socios, o sea los privados, y la Administración; como ésta es siempre una persona jurídica, deberá participar mediante uno de sus órganos (y a veces a través de un representante); este órgano será en la Administración del Estado un Ministro (con la posible delegación), y en las demás su órgano representativo o su delegado. El funcionamiento de la Junta general sufre numerosas derogaciones de la disciplina común, debido a la naturaleza de uno de sus socios. La Administración debe tener siempre asegurada la dirección de la empresa, aun participando en minoría, y por ello se han ideado diversos expedientes para conseguirlo: conseguir este predominio sin excluir totalmente al capital privado. Entre los medios utilizados están el derecho de veto de las deliberaciones, la necesidad de una mayoría cualificada que la haga imposible sin el voto de la Administración, acciones de voto plural.

La persona que actúa en dichas deliberaciones a nombre de la Administración es un órgano de la misma (o un representante), y sus acciones son imputables a aquélla directa o indirectamente (según si es órgano o representante). Por tanto, en las deliberaciones está la Administración; pero ello no quiere decir que todas las materias puedan ser decididas por las personas físicas que, como titulares de órganos, las hacen querer en dichas Juntas; la Administración no se despoja totalmente de sus prerrogativas, y las materias más importantes para la vida social y de la empresa deben ser decididas por la persona jurídica *in totum* como socio; por ejemplo, para la modificación de los estatutos requiere nueva formación de voluntad del ente-socio y no de su órgano en la sociedad, voluntad que conducirá a su consentimiento: éste caerá en el Derecho privado; aquélla, en el Derecho público.

Si se trata de aumentos o disminuciones de capital, ocurre lo mismo.

Allí precisará una contracción del crédito llevada a efecto por la Administración según su peculiar manera de obrar.

La administración de la sociedad plantea los problemas más graves por su continuidad de actuación. En el Consejo de Administración de la sociedad, cada accionista podrá obtener un puesto a lo sumo, pero la Administración puede ocupar varios, según los estatutos de cada sociedad. Esta diferencia se produce en cuanto al número y en cuanto al modo de nombramiento, que puede producirse directamente y no a través de la Junta general.

La primera cuestión interesante es el determinar quién es realmente el administrador, si la persona física o el ente público.

Admitido que administrador de una sociedad puede serlo otra sociedad a través de su órgano-representativo, aunque no presidir el Consejo de Administración (65), se plantea el problema en el caso de la economía mixta. En Francia es opinión prevalente que el administrador es el ente público, quien actúa a través de sus órganos (66). De aquí derivan que sólo se puede nombrar administradores entre sus funcionarios, con el inconveniente de su incompetencia técnica. Consecuencia lógica es que la Administración responderá de la actuación de sus «representantes», siempre que actúen en servicio y se trate de actos referibles según la teoría general (no penales). Expresamente lo sostiene TRUCKY (citado por CHERON): «El Estado administrador es responsable, pero su responsabilidad no es la normal de Derecho común, ni general ni absoluta. No existe un derecho a indemnización contra el Estado. Indemniza cuando y porque es equitativo; es un recurso gracioso y no contencioso.»

También GARCIN («Revue des Sociétés», 1924) dice que «dos son las clases de administradores en las sociedades de economía mixta: los simples particulares, que responden según las normas del Derecho común y ante los Tribunales ordinarios, y los representantes de la Administración pública, que comprometen a su mandante ante el Consejo de Estado; así que el mismo acto cumplido por un Consejo de Administración tiene sanciones diversas... «La responsabilidad ante el Consejo de Estado se basaba en el concepto de servicio público de esta clase de socieda-

(65) RIPERT, op. cit.; WAHL, *Une société peut être gérante au administrateur d'une autre société?*, 1905.

(66) CHERON, *De l'actionariat des collectivités publiques*, 1928; LAUDABÈRE, op. cit., y en este sentido contrario, RIPERT, op. cit.

des; después se varió de idea, pero manteniendo el principio de responsabilidad ante la autoridad judicial (así, ROLLAND dice que «es una responsabilidad de Derecho común, como cualquier otro administrador, aun cuando haga funcionar un servicio público, si emplea medios privados). Por este camino de considerar que administrador es el ente público se llega irremisiblemente a su responsabilidad (hecho de servicio, cúmulo de responsabilidad, Tribunales competentes...); en idéntico sentido se manifiesta ZAPPA al considerar que los administradores son meros «vigilantes» y la responsabilidad económica recae sobre el ente.

Conviene, sin embargo, distinguir entre la Administración como accionista en la Junta general, en el momento de la creación, etc., y la Administración durante la vida de la sociedad. En los primeros casos, es la Administración quien actúa; sus órganos sí que imputan sobre ella su actividad, pero en el segundo caso las cosas varían: 1) Porque administradores pueden ser socios o no socios (cosa que no ocurre en Francia). 2) Porque, aun nombrados fuera de la Junta, son solamente administradores y, como tales, «órganos» de la sociedad y no mandatarios de los accionistas; hay aquí algo de común con la representación de los diputados, concejales, la representación sindical, etc., que no son representaciones jurídicas, ni mandatarios; es más bien una relación de «dirección» la que liga al socio y el administrador. Este no es ni órgano, ni representante, ni delegado de la Administración; es verdad que se encuentra frente a dos deberes, uno frente al ente y otro frente a la sociedad, pero sus responsabilidades son diferentes: frente a la sociedad, a los terceros y a los socios, son administradores normales; frente al ente responden como representantes de intereses: representación diversa de la jurídica y de carácter político (67); el ente y el administrador se encuentran ligados por una relación de dirección y no orgánico ni representativo. Consecuencia de no ser administrador el ente público, es su irresponsabilidad, ya que ningún socio, por el hecho de serlo y de escoger los administradores, tiene una responsabilidad específica (*in eligendo*).

Sucede a veces que el ente puede nombrar administradores aun sin participación en el capital. Se ha dicho que en estos casos el ente no actúa como socio, sino como tal ente público, y los administradores

(67) ZANOBINI, *Corso di Dir. corp.*, 1942.

«controlan» la actividad social (68) y no «administran», respondiendo frente al ente y no frente a la sociedad. Pero, aun en este caso, la cosa es discutible teniendo en cuenta que lo que el ente hace es nombrar el titular de un órgano de otra persona jurídica, y la naturaleza jurídica del órgano lleva implícita la de su titular.

Las consecuencias de estas apreciaciones nos conducen a lo siguiente :

a) La sociedad de economía mixta es una persona jurídica de Derecho privado sometida a sus normas.

b) No obstante, su normación sufre derogaciones, debido a la cualidad excepcional de la Administración-socio.

c) Administrador de dicha sociedad no es el ente público; puede serlo si el nombramiento recae expresamente en él, quien a su vez actuará a través de un órgano o un representante.

d) Los administradores nombrados sin participación al capital o con ella (directa o indirectamente a través de la Junta), son administradores normales.

e) Responden frente a la sociedad, los terceros y los socios, pero frente al ente su responsabilidad es especial.

f) En cuanto tales administradores, no tienen ninguna relación jurídica con el ente; no son órganos, ni aun excepcionales, porque no manifiestan la voluntad del Estado, ni se encuentran dentro de su específica organización; no son representantes, porque actúan por la sociedad y no por el ente, siendo su actividad imputable a aquélla y no a éste. Esto, naturalmente, en cuanto administradores; puede darse, y es corriente, que los administradores sean a la vez funcionarios, pero su relación orgánica es anterior y diversa. Son órganos sociales nombrados por un socio especial o por un ente público no accionista en virtud de un especial privilegio, pero que no desnaturaliza su posición.

---

(68) ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, «Riv. Dir. Comm.», 1933, I.

## XI

### LA GESTION DIRECTA: FORMAS

Hasta aquí, las formas estudiadas suponen una comprensión entre lo público y lo privado. Ahora entramos en medios utilizados cuando el Estado quiere quitar de en medio cualquier participación privada. Pueden hacerse las siguientes variantes:

a) A veces la Administración explota una actividad económica de manera indiferenciada, a través de sus órganos.

b) Otras, crea un ente público *ad hoc* (fundación directa), institucionalmente creado para ello.

c) Otras, en fin, adopta la forma de sociedad mercantil.

Bajo la nomenclatura común de gestión directa se han conocido estas distintas formas, pero este término debe reducirse a dos casos: la gestión en economía y la gestión por medio de Hacienda especial.

Estas dos formas se utilizan, sobre todo, en la esfera local. La asunción y ejercicio directo de una actividad económica varía según que se trate de un servicio público ya ejercitado mediante concesión, o de actividad libre. La implantación del monopolio prohíbe su ejercicio privado, y en el primer caso será preciso el rescate, mientras que en el segundo la cesación de la actividad por parte de los empresarios privados plantea el problema de su derecho a indemnización. La solución afirmativa se defiende aplicando por analogía lo sucedido en Francia con motivo de la ley de 2 de agosto de 1872, que produjo la expropiación de las fábricas de cerillas como consecuencia de la implantación de dicho monopolio. Pero realmente la figura examinada, de implantación *ex novo* de un monopolio que trae como consecuencia la existencia del servicio público, no es una expropiación, ya que las industrias no pasan a la Administración; no es tampoco un rescate, que supone una previa concesión. Por ello se ha buscado el fundamento a dicha indemnización en la responsabilidad por acto legítimo, o en la conversión del derecho individual (el derecho al ejercicio se transforma en derecho a la indemnización). La Ley de Régimen local admite el derecho a indemnización a causa de rescate de concesiones o de «expropiación» de empresas; es decir, toda la industria ejercitada en ese ramo concreto, con o sin concesión, tiene derecho. Pero no es propiamente expropiación lo que es simple



prohibición de ejercicio. Puede buscarse el fundamento en otras razones, como las citadas anteriormente, e incluso se llega a basar en el enriquecimiento sin causa (solución muy discutible).

La Administración puede, por tanto, «atraer» a su esfera las actividades que la ley de modo general le ha facultado para hacer. La ley menciona casos generales de municipalización, provincialización, etc., y es la Administración concreta en cada caso la que, en un segundo momento, y tras un estudiado procedimiento administrativo, va actualizando dicha facultad legal. El término municipalización (por referirnos a la esfera local, especialmente en esta materia) tiene por esto dos significados no siempre suficientemente deslindados: uno *genérico* y otro *específico*. En el primer sentido, es la posibilidad de atraer una determinada actividad que es servicio público a su esfera; en el segundo, quiere decir que esta actividad, ya atraída a dicha esfera mediante la municipalización genérica, es asumida directamente por la Administración. Por ejemplo, supongamos la existencia de una actividad libre (y lo es igualmente si para su ejercicio precisan autorización de policía o incluso existen monopolios *de facto*) que la Administración municipaliza (genéricamente), es decir, asume con monopolio (la municipalización sin tal monopolio no es propiamente tal), y una vez hecho esto, puede utilizar cualquiera de los medios anteriormente estudiados (concesión, gestión interesada, economía mixta, etc.), y entre ellos está, naturalmente, la municipalización específica, que, en sentido estricto, comprende: la gestión en economía y la Hacienda especial.

A) *La gestión en economía*. Consiste en el ejercicio de una actividad económica a través de los órganos propios del ente en cuestión. Ha sido la primera forma adoptada para la gestión directa, debido a la debilidad de los primitivos servicios y a su carácter no industrial. Hoy suelen dividirse los servicios atendiendo a su volumen y organización, limitándose esta forma a los pequeños y de poco carácter industrial.

Los empleados son los normales del ente, la contabilidad común; la jerarquía existe en los mismos términos generales. Estas indicaciones demuestran cómo una empresa de carácter económico industrial no puede vivir mucho tiempo bajo la lentitud administrativa. Para salvar este inconveniente se ideó el sistema de la

B) *Hacienda especial*: Es un paso hacia el Derecho mercantil. La Hacienda especial supone una desconcentración jerárquica que no llega

a la personificación total. La Administración crea un órgano al cual dota patrimonialmente con los medios necesarios y con un capital inicial. Tiene una independencia de movimientos, pero sin total autonomía. Son gestionadas a través de un Consejo de Administración que tiene bajo su competencia las principales materias, y un director-gerente que es propiamente sobre quien recae el peso de la empresa, reservándose algunas materias a la Administración a la que pertenece. Tienen un presupuesto preventivo y un patrimonio «distinto», pero no «separado» del ente; pueden contratar, nombrar y sancionar a sus empleados, estar en juicio, etc. Todos estos caracteres plantean el problema de si son o no verdaderas personas jurídicas. Se ha hablado de un reconocimiento indirecto de dicha personalidad (69). FORTI las llama personas «embrionales». Se ha hablado asimismo de *sujetos de derecho* no personificados como un *tertium genus* entre la persona física y la jurídica. No cabe duda de que están en el umbral de la personificación. La autonomía financiera, sin embargo, no implica personalidad (jurídica, aunque sí económica); un presupuesto distinto no es un presupuesto autónomo; en el primer caso no se refiere a un patrimonio autónomo, siendo una subdivisión del presupuesto general del ente; esta autonomía financiera se concede por razones administrativas y para saber si una determinada actividad es o no rentable. En Francia, el decreto de 28 de diciembre de 1926, en su artículo 4.º, establecía que las *régies* tenían autonomía financiera, pero no personalidad diferente del Municipio, siendo sometidas al alcalde o al Consejo. La personalidad de estas Haciendas llevaría consigo la creación, en el seno de la organización del ente, de otros entes independientes que romperían su unidad administrativa (70).

Verdaderamente, no gozan de personalidad en cuanto que se trata de desconcentrar en el seno de la Administración y dotar de una cierta flexibilidad las empresas directas. Es el ente quien asume el servicio, organizando los medios de producción, asumiendo los riesgos de la em-

---

(69) PUCCHETTI, *La personalità giuridica dell Azienda autonoma per l'esercizio dei servizi pubblici*, «Riv. Dir. Pubbl.», 1939.

(70) TÉTREAU, *Les régies municipales*, 1935, pág. 34; AMODEO, op. cit.; BOSSI, *Municipalizzazione e socialismo municipal nel diritto italiano*, 1910; Idem, *La mancanza di personalità giuridica nelle aziende speciali dei servizi direttamente assunti dai Comuni e provincie*, 1931; MONTEMARTINI, *Municipalizzazione di servizi pub-*

presa; por lo tanto, la Hacienda especial, no teniendo personalidad jurídica, no adquiere la cualidad de empresario; empresario es el ente organizador.

Un reciente proyecto italiano trató del problema de la personalidad de estos órganos desconcentrados. De dos formas se le puede conceder: rompiendo el vínculo jerárquico que existe con el ente (por ser sólo un órgano), y fundando un ente nuevo que pasa de la jerarquía a la tutela, o creando incluso una nueva forma: la sociedad comercial.

En el primer caso, aun con personalidad, no habría total separación: serían entes paraestatales, paramunicipales, etc., y en el segundo, la forma llevaría a someterse al Derecho privado. En este segundo modo se redactó el proyecto citado (71).

Careciendo de personalidad, no tienen derechos frente al ente; para éste serán las ganancias, y de éste serán los gastos. Lo que ocurre es que hoy se pueden conseguir fines sin necesidad de dotar de personalidad, mientras que antes era expediente obligado. Existen nuevos instrumentos de consecución diferentes de la personalidad, que siempre supone un gran inconveniente. La característica de estos órganos es el gozar de un derecho excepcional respecto a los demás órganos del ente: tienen un presupuesto distinto (colgado del general), patrimonio distinto, mayor libertad de acción en el campo privado, en el que desarrollan su actividad, y, en fin, tienen órganos técnicamente adecuados a sus propias funciones (72). La flexibilidad mercantil de las Haciendas especiales no es completa, en cuanto que deben tener un presupuesto (preventivo), o sea un complejo de previsiones coordinadas para un entero ejercicio, que verdaderamente sólo puede existir en las empresas no mercantiles. La Administración pública debe tener siempre un presupuesto, porque es la única manera de igualar gastos e ingresos que

blici; MILITELLO, *La municipalizzazione nel Dir. pubb. fascista*, 1941. Existen modernas doctrinas que, separándose de conceptos tradicionales, encuentran un sentido amplio de la palabra «sujeto de derecho» (lo que no es persona física): estas teorías, llamadas *normativas*, se oponen a las sociológicas, teniendo un fundamento, sobre todo positivo. Se llega así a afirmar que «basta una relación jurídica para que haya sujeto». Vid. CARNELUTTI, *Per. giuridica e autonom. patrim. nella società en nella comunione*. (DOSSEIO). *Teoria della Comunione*, 1948.

(71) GELPI, *Comuni e aziende municipalizzate*, «Corriere Amm.», 1951, enero; MAGNANI, *I servizi pubblici municipalizzati*; ídem, *La modifica delle norme sulla municipalizzazione dei servizi pubblici*; GAMBERINI, *Municipalizzazione e società p. a. miste*, 1951.

(72) GIANNINI, M. S., *Lez. di Dir. Amm.*, 1950, pág. 148.

deben sufrir los administrados, porque su actividad reposa en la *pre-determinación de su órgano volitivo*; pero las empresas mercantiles dependen del mercado y de las posibles oscilaciones de la oferta y demanda. Estas empresas no tienen fines benéficos, y por ello no deben someterse a este conjunto de previsiones, sino a un balance *ex post*, a una libertad de movimientos dentro de su específica competencia y a la existencia de unos controles y tutelas distintas de las normales, excesivamente rígidas.

Si se quiere mantener dentro de lo posible la flexibilidad (que es el problema planteado a la administración económica) comercial, precisa que las empresas gestionadas directamente tengan una libertad de acción que no llegue a una total independencia, pero lo suficiente para igualarse a las privadas con completa disposición de atender todas las eventuales demandas del mercado.

## XII

### LA FUNDACION PUBLICA DIRECTA

La Administración puede utilizar esta forma cuando quiere dotar de autonomía particular a una determinada actividad frente a los demás órganos: crea una persona jurídica de manera directa, con caracteres de fundación, que tiene como fin el desarrollo de dicha actividad. Esta forma pretende liberar a las empresas de las ingerencias directas ministeriales y de los órganos desconcentrados, sin romper, por otro lado, totalmente el vínculo de dependencia que debe siempre existir. La experiencia de las nacionalizaciones francesas pone a prueba esta nueva forma, por otra parte, bastante utilizada en todos los países. La fuerza intervencionista del Estado se ha agudizado profundamente después de la última guerra. Empezando por Rusia, en donde las empresas de Estado son numerosas, con propia personalidad o utilizando formas típicamente capitalistas (sociedad anónima), por toda Europa encontramos la nueva política. Bulgaria crea empresas con personalidad (su estatuto es de 18 de septiembre de 1948); Checoslovaquia organiza las empresas nacionales, cuyo estatuto es de 15 de enero de 1946, gozando también de personalidad, con la obligación de inscripción como cualquier comerciante, al ser sometidas al mismo régimen fiscal, a la misma

responsabilidad; Yugoslavia funda las empresas económicas del Estado en 2 de agosto de 1946, con propia personalidad; Polonia emana el decreto de creación de las mismas en 3 de junio de 1947, con empresas que adquieren la personalidad al inscribirse en el registro comercial (sistema normativo); también en Hungría y Rumania se crean personas jurídicas, y en Francia dichas nacionalizaciones dan lugar a dos formas utilizadas indistintamente: la fundación (electricidad y gas) y la social (hancos, seguros).

El vínculo jerárquico que veíamos existía en las Haciendas especiales se rompe en la fundación directa: existirá un control, pero tutelar y no jerárquico.

La publicidad del ente creado *ad hoc* para el desenvolvimiento de una actividad económica procede de los dos caracteres anteriormente señalados: la forma y el encuadramiento en la organización general del Estado. Se trata de entes paraestatales, con una fuerte unión al ente fundador. También en la esfera local pueden existir. El decreto francés de 26 de junio de 1915 se refería a los servicios de los ferrocarriles locales, y el decreto de 8 de octubre de 1917 a la distribución de la electricidad, y en ambos casos las *régies* gozaban de personalidad jurídica.

Si bien es verdad que la personalidad jurídica está en crisis ante las nuevas formas, sin embargo, entre este caso de fundación y el anterior de autonomía financiera existen importantes diferencias: la primera tiene un patrimonio propio, un presupuesto propio y no solamente distinto, derechos contra el fundador, hace suyos los ingresos, y de ella parten los gastos; tiene, en fin, una sola responsabilidad, no imputable al ente fundador. Es una personificación formal la de los entes públicos económicos, sin carácter liberal, sino solamente por razones técnicas y de comodidad.

La relación entre estos entes y la Administración fundadora es a veces muy fuerte, hasta el extremo de que los titulares de sus órganos rectores son nombrados por ésta, existiendo un control constante. Por ello se ha dicho (ZAPPA, op. cit.) que son órganos sustancialmente, que actúan como partes destacadas de la Administración; su fuerte control les hace hijos de la propia Administración. Pero también aquí el problema económico es diverso del jurídico: desde el primer punto de vista, no tienen una verdadera individualidad frente al ente dominante,

pero no así desde el segundo, del que nacen consecuencias interesantes. Su sometimiento no lleva a negarle su individualidad; ni siquiera será posible hablar de una responsabilidad del ente fundador por negligencia en la tutela (*culpa in vigilando*), ya que existe separación total entre ambos sujetos de derecho.

¿Qué carácter adquieren estos entes al explotar el servicio? En las nacionalizaciones francesas se ha hablado de que son «concesionarios». Otros sostienen que no es sino una forma de gestión directa.

Esto lleva a establecer una distinción importante entre el concesionario de servicio público y el ente público económico, creado expresamente para su desarrollo. Esta diferencia es la siguiente (73): en la concesión, la «titularidad» es siempre del concedente, transfiriéndose al concesionario solamente el «ejercicio»; la base de la concesión es el concepto, desarrollado sobre todo en el Derecho procesal, de «sustitución». Esta supone actuar en nombre propio, pero por cuenta ajena. El concesionario es un sustituto de la Administración y no un órgano ni un representante. Sus acciones recaen sobre él solo. En el caso de los entes públicos, las cosas son diferentes porque el ente público desarrolla su propia competencia, es decir, que la Administración crea una fundación para desarrollar una determinada actividad, transfiriendo la titularidad de ella, quien la ejerce en nombre propio porque con ello desarrolla su propio fin institucional, no siendo jamás un sustituto; en el caso de que se haga una concesión a un ente público ya creado (un Municipio, por ejemplo), las cosas son distintas por no tratarse de un ente público nacido exclusivamente para ese fin especial. En el último caso sí que se trata de un concesionario corriente, si bien la naturaleza propia del mismo obligue a ciertas derogaciones.

Por lo tanto, los entes públicos económicos no son «concesionarios», porque a él le pertenece la titularidad, que es intrínseca a su propia existencia.

---

(73) MIELE, *Ente pubblico e concessionario di pubbl. servizio en Foro amm.*, pág. 36; ASQUINI, *Gli enti pubblici economici nella riforma del Codice di Comm.*, en «Riv. Bancaria», 1940; AUBY, *La nationalisation du Gaz et d'Electricité*, 1948; BERRI, *Gli enti pubblici economici e il rapporto di impiego loro dipendenti*, en «Riv. Dir. Fallimentare», 1946; ROCCHI, *L'inquadramento sindacale degli enti pubblici*, 1942; ROVELLI, *Osservazioni sugli enti pubblici economici*, «Jus.», 1951; SCAGNETTI, *Gli enti di privilegio nell'economia italiana*, 1942; ZANELLI, *Problemi dell'inquadramento sindacale degli enti pubblici economici*, 1938.

El régimen de estos entes es el siguiente, en términos generales :

Su actividad es privada; sus órganos elevados son nombrados por el Estado o por el fundador, existiendo a veces unión real de órganos (un Ministro u otro órgano estatal ejercita la titularidad de algún órgano del ente) (figura que no supone existencia de un órgano común, sino de dos órganos con el mismo titular, pero con imputaciones distintas, según por quien actúe); se someten al Derecho privado; sus empleados se rigen por las normas del Derecho social, y la competencia pertenece en el desarrollo de su actividad a los Tribunales ordinarios. Sobre todo, la preocupación que domina este nuevo tipo de empresario es conseguir sustraerlo a las exigencias de la contabilidad pública, con el fin de permitirle un funcionamiento rediticio como cualquier empresa privada: por ello deben omitir la existencia del presupuesto, que ya se vió anteriormente no concuerda con la actividad mercantil.

A pesar de todo, la forma fundacional no es la más apta para someterse al Derecho comercial, porque, quiérase o no, siempre será un ente público con los controles necesarios. Cuándo deberá adoptarse una forma fundacional y cuándo una forma social, es problema de hecho. Sin embargo, parece lógico pensar que cuando la Administración emplea este último medio es porque quiere una total comercialización de la actividad, lo cual a su vez tiene una causa anterior, es decir, según la naturaleza de dicha actividad.

La personificación de estos entes demuestra el carácter puramente formal que tiene hoy día dicha concesión. Razones técnicas y de comodidad, y no razones políticas, son las causas de ello.

### XIII

#### LA SOCIEDAD DE ENTE PÚBLICO

La última figura de este estudio es la sociedad de ente público, concepto más amplio que sociedad de Estado, como a veces se la denomina, ya que es utilizada no sólo por la Administración general del Estado, sino por los entes menores, territoriales y aun institucionales (sobre todo, fundacionales; por ejemplo, el I. N. I.). Si la Administración quiere y precisa encontrar formas comerciales y flexibles, nada como la utilización de esta forma. El problema es doble: en primer lugar, se trata

de sociedad con un solo socio, y en segundo lugar, este socio es la Administración; se ha dicho (74) que, aun en este caso, hay pluralidad de socios, porque cada acción representa potencialmente a uno, o sea que no tiene importancia el hecho de encontrarse reunidas en un momento en la misma mano. Asimismo, escribía MOSSA (75) que el socio único debía responder ilimitadamente, debido a la plena soberanía sobre la sociedad, que, «aun en este caso, representaba un sujeto de derecho autónomo». ASCARELLI, que se ha ocupado del tema ampliamente (76), dice que sigue la sociedad sujeta a las normas generales, y FERRI (77) sostenía que existe una organización, si bien más débil, y consiguientemente, una autonomía jurídica de la sociedad.

Pues bien, este tipo social lo vemos empleado en las modernas intervenciones estatales, y ello, aunque paradójico, es consecuencia de su misma perfección. Se busca a la vez la flexibilidad comercial, el sometimiento al Derecho común y la limitación de responsabilidad (que puede ser atajada por el legislador ante el fraude que encierra: por ejemplo, el artículo 2.362 del C. c. italiano, al extender la responsabilidad al socio). No existe una norma que nos diga cuándo el Estado adoptará esta forma y cuándo la fundacional, pero se puede sostener que utilizará la primera siempre que quiera dar rapidez a su actividad, desembarazándola de la lentitud administrativa. Verdaderamente, no existe una gran diferencia entre la fundación directa y una sociedad de este tipo: ello demuestra el acercamiento entre el tipo corporativo y fundacional, que a través de estas sociedades establecen su puente de unión, pero siempre permanecerá la existencia en una, y la inexistencia en la otra, del título de participación; el fundador es totalmente independiente de su obra, no teniendo ningún derecho sobre la misma; en cambio, en la sociedad, aun creada directamente por la Administración, exis-

---

(74) SOPRANO en el comentario al *Libro del Lavoro del C. c. italiano*, pág. 38: ARENA, *La società comm. pubbliche*, 1942; ASCARELLI, *Simulazione e nuova funzione dell'anonima*, «Giur. It.»; Idem, *Anonima di Stato*; BONELLI, *A proposito della società con un solo socio*, 1912; MANARA, *Una crisi dottrinale della società anonima: società, corporazione o fondazione?*, «Riv. Dir. Comm.», 1930; MONACO, *La società di proprietà pubblica nell'allegato XIV al Trattato di pace*, en «Riv. Dir. Comm.», 1947.

(75) *Responsabilità dell'unico socio di un'anonima*, en «Riv. Dir. Comm.», 1931.

(76) *Il negozio indiretto. Società di unico azionista*, en «For. It.», 1950.

(77) *Responsabilità dell'unico socio di un'anonima*, 1932.



te una unión entre ambos sujetos, socio y sociedad, resultante de la participación en su capital.

Estas sociedades pueden crearse por la Administración *ex novo*, o ser el producto de sociedades existentes que pasan a las manos públicas por expropiación de acciones o cuotas. De todas formas, la creación *ex novo* sigue el procedimiento de la economía mixta, con la salvedad importante de la inexistencia de capital privado. La personalidad será adquirida una vez se hayan cumplido los requisitos legales (escritura e inscripción), es decir, que sigue el sistema normativo de las sociedades en general.

El sometimiento al Derecho privado sufre numerosas derogaciones, que deben, sin embargo, tomarse como excepciones. No existe Junta general por carencia de socios, no existe *affectio societatis*, nace normalmente por acto unilateral (acto que crea además el substrato de hecho de la misma). La Junta general suele sustituirse por un órgano del ente socio, que puede ser órgano de todas las sociedades de la misma materia y objeto: es un caso de unión de órganos. Los administradores suelen también representar a los diversos intereses que en ella se conjugan: Administración, personal dependiente y usuarios, y no faltan casos de técnicos especializados. El nombramiento de los altos puestos (Director general, por ejemplo), si se hace por el mismo Consejo de Administración, recibe la aprobación del ente.

La Junta general (o el órgano que la sustituye) no tiene poderes absolutos; existen también aquí, y aun con mayor razón, materias reservadas al ente-socio, y es éste quien, formando su voluntad, hace posible la realización (por ejemplo, aumento de capital).

Los administradores son normales, son titulares de órganos sociales y coadyuvan unidos a la formación de una voluntad social. Las apreciaciones anteriores respecto a los administradores de sociedades mixtas sirven en el caso presente. La sociedad es, pues, una persona jurídica de Derecho privado, sometida a las contingencias naturales de toda actividad comercial, y así es posible su quiebra. Esto jurídicamente es indiscutible, aunque económicamente no suceda o no pueda suceder; pero que el socio evite la quiebra de la sociedad, que él utiliza para sus fines de planificación económica, no desvirtúa lo dicho.

Los perfiles tradicionales entre corporación y fundación se ven re-

ducidos prácticamente a la nada con la admisión de esta figura anómala. De todas formas, la incógnita que tiene ante sí la Administración, de llegar a conseguir un estatuto de empresas en mano pública puede tener una solución bastante acertada con la reglamentación de este tipo de organización.

Los aspectos jurídicos y económicos de los actuales fenómenos intervencionistas van entrecruzándose, difuminando muchas veces la naturaleza de las instituciones.

A la vista de las consideraciones anteriores, se podría preguntar si es cierta la afirmación de que el Derecho público atenaza y mata al privado. Más bien ocurre lo contrario. Por un lado, el sujeto de la relación jurídica privada es un ente público, y ello fuerza a reconocer la existencia de numerosas derogaciones a la teoría común. Pero, por otro, el Estado, y con él los entes menores, sin pararse en su política económica, trata de conservar, sobre todo en cuanto a terceros, los principios de las empresas privadas. Quizás esto sea una nueva armonía entre lo público y lo privado. La forma exterior pone un freno a la expansión, siempre mayor, del Derecho público pero dejando vivir al privado atrincherado en la estructura de las instituciones.