

LAS COMUNICACIONES MARITIMAS NACIONALES: CALIFICACION JURIDICO-ADMINISTRATIVA DE LOS «SERVICIOS DE SOBERANIA»

POR

JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Santiago

«Servicios marítimos de soberanía son los específicamente destinados a facilitar el ejercicio de la soberanía del Estado mediante el establecimiento entre los puertos respectivos de las líneas de navegación que el Gobierno estime conveniente.»

(Art. 3.º, 5.º de la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante Española de 12 de mayo de 1956.)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. *Definición legal; nuevas circunstancias; interés del tema; el «porqué» del análisis del contrato de 1952.*—2. PUNTO DE PARTIDA: CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO «VERSUS» ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. *Calificación del Tribunal Económico-Administrativo Central; postura del Tribunal Supremo; elementos del contrato analizados.*—3. EL CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL DE LA CONCESIÓN. *Jurisprudencia contradictoria; la concesión como contrato; la concesión sin transmisión demanial; posición del Consejo de Estado sobre los servicios de soberanía; recapitulación; conclusión.*—4. SIGNIFICADO DE LA SUBVENCIÓN. *Necesidad de conceptualización técnica; los artículos 74 y 77 del contrato; la subvención como dotación de servicios; conclusión.*—5. EL SERVICIO PÚBLICO DE COMUNICACIONES MARÍTIMAS NACIONALES. *Calificación doctrinal de los servicios de soberanía; dictamen del Consejo de Estado; contenido del contrato; criterios de reconocimiento de un servicio público; los servicios de soberanía como servicio público.*—6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

«Soberanía» es un término utilizado por el Derecho público como un valor entendido, representativo de una cualidad preeminente que rechaza toda injerencia de un poder ajeno y que justifica la imposición de una sola voluntad en las comunidades socialmente estructuradas. Puede decirse que la organización política a lo largo de toda la historia humana—aunque técnicamente a partir de Bodino—ha girado en torno a esta fundamental cualidad, señalando sus diferentes posiciones las grandes etapas de la evolución social: las características fundamentales de la edad moderna y edad contemporánea son aportadas por el «Estado soberano» y la «Soberanía nacional».

Este concepto hay que situarlo, por su naturaleza, en la entraña misma de la vida de los pueblos, no ya a nivel dogmático (1), sino enraizado en las más hondas aspiraciones humanas (2). Pues bien, si su lugar se encuentra entre los grandes temas de la vida colectiva, resulta muy extraño que en nuestra legislación administrativa se aplique a algo tan concreto y particular como son unos servicios marítimos. Servicios que, además, aunque según el texto legal están destinados a «facilitar el ejercicio de la soberanía», se encuentran muy alejados del término que se evoca, si se contemplan los buques y naviera que los sirven, la actividad que se realiza o el carácter con que actúa dicha empresa. Son mercantes mixtos de carga y pasaje, con los que una compañía naviera privada mantiene líneas regulares comerciales y cuyas relaciones con el Estado se rigen por un contrato.

Todo ello hace pensar que en realidad el término «servicios marítimos de soberanía» (3) o «líneas de comunicaciones marítimas rápidas y regulares de soberanía» (4) está destinado a justificar conceptualmente, en el ámbito del último periodo colonizador —colonización africana—, el establecimiento con medios nacionales y bajo control del Gobierno del necesario enlace marítimo entre España, sus islas y sus colonias (5).

Servicios de comunicaciones regulares, establecimiento y control estatal: son elementos estudiados por el Derecho administrativo, a los que aplica conceptos, técnicas y un régimen jurídico propio. Resulta

(1) Doctrinal o constitucional. Piénsese en la importancia que en las sucesivas constituciones del conflictivo siglo XIX español tenía la referencia a los detentadores de la soberanía o en las solemnes declaraciones de los artículos 1.º, 2.º y 6.º de la actual Ley Orgánica del Estado, por ejemplo.

(2) El viejo dogma «cada nación, un Estado», con el que se intentaron resolver los seculares conflictos de las nacionalidades, no significa otra cosa que «cada nación un Estado soberano». La dificultad de su pacífico reconocimiento se hace patente tanto en los cambiantes mapas de geografía política como en la prensa diaria.

(3) Utilizado en la definición legal que encabeza este trabajo, recogida del artículo 3.º de la ley, que contiene una de esas tablas de definiciones legales («A los efectos de esta ley se entenderá por...»), tan útiles —y escasas— en nuestra normativa.

(4) Delimitación del objeto del contrato contenida en el pliego de condiciones por el que se convocaron a concurso, por primera vez en conjunto, las líneas marítimas con las posesiones españolas insulares y africanas: Real Decreto de 4 de diciembre de 1930 (*Ar.* núm. 1.576), repetida en el contrato actualmente vigente. En ambos casos se expresa en su artículo 1.º

(5) Esto es lógico si se tiene en cuenta que en la denominación utilizada se está aludiendo a una de las características básicas de la soberanía, conocida tanto por la Teoría del Estado, el Derecho internacional o el Derecho marítimo: la necesidad de que sea ejercida de hecho. Recuérdese la vieja definición del límite del mar territorial «Imperium terrae finitur ubi armorum potestas».

taria excesivo afirmar que en el ámbito en que dichos elementos se mueven, servicios públicos, todo está perfectamente delimitado (pocas cosas son definitivas en este campo), pero hay que entender, en aras del principio de economía jurídica, que si su aplicación es técnicamente posible debe tener preferencia sobre algo tan inaprehensible como es la soberanía.

Esta es la hipótesis de trabajo. Creo que por sí sola es suficiente para despertar el interés del investigador. Pero hay más: el lapso de tiempo transcurrido desde 1952, fecha en que se firmó el contrato entre el Estado y la Compañía Trasmediterránea, o desde la Ley de 1958, ha provocado importantes fenómenos que deben llevar a la reconsideración de todo el tema. Estos son:

a) El proceso descolonizador, que arranca ya de bastante atrás (6), se encuentra en la actualidad en su punto culminante, al proceder España a la delicada operación de «descolonizar» el Sahara occidental, entre las tensiones y conflictos surgidos en la zona.

b) Las nuevas circunstancias económicas y la actual crisis, tanto en el mercado de fletes como en la construcción naval, han hecho surgir en diversos sectores marítimos voces que demandan una nueva normativa, más adaptada a los objetivos que la existente resulta ya incapaz de alcanzar.

c) El periodo de vigencia del actual contrato regulador de los servicios de soberanía está próximo a su fin (7). La Administración, por imperativo legal (8), deberá sustituirlo por uno nuevo, que habrá

(6) Marruecos se independizó, configurándose como reino, en 1956; los «territorios españoles del golfo de Guinea», tras ser constituidos en las provincias de Río Muni y Fernando Poo (1960), pasaron por un período de autonomía (1964-1968), hasta que en esta última fecha se independizaron, constituyendo un solo Estado; las colonias de Ifni y Sahara fueron divididas en dos provincias por Decreto de 10 de enero de 1958, regulándose por Ley de 19 de abril de 1961 las especiales características del Sahara. Ifni fue incorporado a Marruecos en 1969, y con la Ley de 19 de noviembre de 1975 («Boletín Oficial del Estado» del 20) el Gobierno procederá a la descolonización definitiva del Sahara occidental.

(7) De veinticinco años de duración, debería vencer el 31 de marzo de 1977, pero para ello requería ser denunciado por alguna de las partes con dos años de antelación. Dado que, según mis noticias, esto no ha sucedido, entrará en funcionamiento la prórroga automática por otros dos años prevista en el mismo texto contractual (art. 4.º, 2.º).

(8) Artículo 21 de la Ley de Protección y Renovación de la Flota: «Los servicios de soberanía se adjudicarán mediante concurso entre las empresas navieras nacionales, ajustado a las condiciones que el Gobierno acuerde establecer en cada caso y en atención a la importancia de estas concesiones. Durante la vigencia de las mismas no se otorgarán subvenciones económicas de ninguna clase a líneas de navegación paralelas o coincidentes con los servicios adjudicados que puedan hacer competencia a sus concesionarios.»

de modularse según las nuevas circunstancias. La importancia de dicha sustitución en una actividad que maneja un presupuesto anual de gastos superior a los 2.500 millones de pesetas, con una subvención estatal a su vez superior a los 1.000 millones, no necesita ser resaltada (9).

En tales condiciones se hace necesario conocer con exactitud el significado real de las líneas de comunicaciones marítimas que conocemos bajo la denominación de «soberanía».

Este conocimiento sólo lo puede aportar la perspectiva jurídico-administrativa, pero las escasísimas referencias bibliográficas existentes (10), a pesar del indudable interés que representa su integración en la problemática general de los transportes, y las dispares posiciones mantenidas por el Consejo de Estado y el Tribunal Económico - Administrativo Central (en adelante TEAC), de un lado, y el Tribunal Supremo, de otro, demuestran que en este campo se produce una de esas lagunas de estudio, tan frecuentes en el movedizo terreno del denominado Derecho administrativo especial. Mi propósito en el presente trabajo es contribuir en alguna manera a colmar dicha laguna, y para ello centraré mi examen en el análisis del contrato entre el Estado y la naviera que sirve las líneas.

En múltiples ocasiones se ha reiterado el valor del estudio de lo

(9) Concretamente, y según datos de 1971, eran 2.737 y 1.062 millones de pesetas, respectivamente.

(10) Reducido a ligeras exposiciones en los tratados de Derecho administrativo especial (GUAITA) o económico (MANZANEDO, HERNÁNDEZ y GÓMEZ REINO), frente a lo que sucede con otro tipo de transportes, como los mecánicos por carretera o urbanos, que, señalando tan sólo libros recientes en español, han sido estudiados: A) Monográficamente: MONCADA: *El transporte por carretera en el Derecho español*, Madrid, 1963; BAENA: *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1970; JANE SOLA (edición preparada por): *El transporte colectivo urbano en España*, Barcelona, 1972, y VALERO CALVETE: *Transportes urbanos*, Madrid, 1970. B) Pragmáticamente: HAP y DUBOIS: *El transporte colectivo de viajeros urbano y metropolitano*, II Symposium de experiencias y proyectos, Madrid, 1973. C) Jurisprudencialmente: CABAL: *Manual de reclamaciones sobre transportes por ferrocarril y carretera, con sus formularios*, Madrid, 1950; SÁNCHEZ GAMBORINO: *Doctrina contencioso-administrativa del Tribunal Supremo en materia de transportes y comunicaciones*, Madrid, 1961 (aunque aquí también se incluye jurisprudencia de transportes marítimos), SÁNCHEZ GAMBORINO: *Las concesiones de servicios regulares de transportes por carretera según el Tribunal Supremo*, Madrid, 1964. D) Económicamente: RAMOS TORRES y MARTÍN BLANCO: *El transporte en España*, Madrid, 1968; LANE, POWELL y PRESTWOOD: *Planificación analítica del transporte*, Madrid, 1973. E) Incluso históricamente: RINGROSE: *Los transportes y el estancamiento económico de España (1750-1850)*, Madrid, 1972. Los ferrocarriles también han sido objeto de atención actual, con las monografías de José Bermejo Vera *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Tecnos, Madrid, 1975, o de Anibal Casares Alonso: *Estudio histórico-económico de las construcciones ferroviarias españolas en el siglo XIX*, I. D. E., Madrid, 1973.

concreto, buscando ese «contraste con la realidad que sirve para valorar las construcciones teóricas» (11), en nuestra disciplina. Mi adhesión a esta idea me lleva a creer que el análisis de un simple contrato administrativo celebrado en su momento no debe estar reservado a un «abogado de parte» o a un técnico de la Administración, preocupados por solventar el problema del momento, sino incluirse por derecho propio entre los objetos de la investigación jurídica.

La meta final es la calificación jurídico-administrativa de los servicios de soberanía. En este caso, es útil el enfoque propuesto porque, en primer lugar, cuando la ley dispone que estos servicios se contratarán con navieras privadas no sólo está respondiendo al principio de subsidiariedad de la empresa pública (12), sino también a una amplísima tradición histórica que conoce este tipo de contratos (13). En ellos se estipulan las relaciones entre la empresa y el Estado, las características de los buques, las líneas que se han de mantener, su periodicidad, tarifas, controles y en general todo el complicado mecanismo de las líneas marítimas (14). Todas estas reglas son las que definirán concretamente el régimen jurídico del servicio.

En segundo lugar, la Ley de protección y renovación de la flota prácticamente se remite *in toto* a la regulación que realice el Go-

(11) MEILÁN GIL: *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)*, núm. 71 de esta REVISTA, 1973, p. 50. El autor recoge la sugerente referencia a las «baladies, inatractivas, inquietantes y asistemáticas minucias» del profesor VILLAR PALASÍ.

(12) No es este lugar para extenderse sobre dicho principio. Sobre él pueden consultarse los clásicos trabajos de SÁNCHEZ AGESTA: *El principio de función subsidiaria*, «REP» núm. 121, 1962, pp. 5 y ss. (visión política general desde la óptica de la ideología cristiana) o MONCADA: *El principio de subsidiariedad del Estado y el régimen jurídico-administrativo* (más técnico), «RGLJ» núm. 212, 1962, pp. 179 y siguientes. Más centrado sobre la empresa pública, en un análisis tanto teórico como de aplicación real en España, MEILÁN GIL: *Empresas públicas y turismo*, «ENAP», Madrid, 1967, pp. 44 y ss. Finalmente, no pueden dejar de citarse los diversos trabajos recogidos en el volumen colectivo *La empresa pública*, «Studia Albornotiana», núm. 10, 2 vols. Publicaciones del R. Colegio de España en Bolonia, 1970.

(13) Contratos de tipo similar al que se va a analizar en el presente trabajo, *servata servanda*, puede decirse que existen desde 1887, cuando se adjudicó a la Compañía Transatlántica el servicio de América y Filipinas: su texto fue ratificado por las Cortes por Ley de 26 de junio de 1887; pero ya antes del advenimiento del vapor se contrataba el «transporte de la correspondencia» a las colonias con diversas compañías de veleros, obteniéndose el mismo resultado, es decir, el establecimiento de líneas regulares.

(14) Sin ir más lejos, pueden verse algunos de los derivados de la Ley de Comunicaciones Marítimas, cuyos pliegos de condiciones se adjuntan a la convocatoria de los diversos concursos: América y Filipinas, de 14 de junio de 1909; África, de 8 de abril de 1910; interinsulares canarios, de 24 de febrero de 1911, o el de los servicios de soberanía, precursor al vigente, de 4 de diciembre de 1930, por ejemplo.

bierno a través del concurso para la contratación de los servicios (15), siendo la única cláusula forzosa que se establece la de la exclusividad de la subvención (16). Aparte de esto, le afectan también, al recibir una subvención, los límites y privilegios de la navegación subvencionada (17), pero nada más (18). Esta discrecionalidad remite al estudioso directamente a la norma contractual.

En consecuencia, la calificación jurídica de los elementos fundamentales del contrato por el que, previo concurso convocado por Decreto de 23 de noviembre de 1951, se adjudicaron los servicios marítimos de soberanía a la Compañía Trasmediterránea (19), nos dará la clave de su auténtico significado. Este contrato, realizado en virtud del Decreto de resolución del concurso y adjudicación de los servicios, de 22 de febrero de 1952 (20), se compone de 110 artículos que, como es lógico, no van a ser analizados aquí exhaustivamente. Son cláusulas muy diversas e, incluso, con distintos efectos jurídico-administrativos (21).

(15) Previa a la celebración del contrato y salvo raras excepciones de contratación directa, apoyadas en la legislación vigente, se ha celebrado siempre la convocatoria del concurso con su pliego de condiciones. Sobre el carácter normativo o simplemente contractual (elemento preparatorio del contrato) de estos pliegos existe una vieja discusión, en la que creo que hay que pronunciarse a favor del primero, aunque sin llegar al extremo de considerar que lo normativo «no puede involucrarse en un proceso licitatorio más que con una coincidencia puramente material y externa», como hace ALBI (*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 520), ya que se incluye en el contrato como explicitación de su contenido y afecta a la ecuación financiera en la que, en última instancia, puede considerarse que se resuelve todo contrato administrativo.

Una rápida exposición de este problema puede verse en: VILLAR PALASI, *Apuntes de Derecho Administrativo*, UNED, Madrid, 1974, II, pp. 260 y ss.; un buen tratamiento, más específico, en IVES MADROT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en Droit Public français*, Paris, LGDJ, 1971, pp. 145 y ss.

(16) Artículo 21 de la ley: «No se otorgarán subvenciones ni auxilios económicos de ninguna clase a las líneas de navegación paralelas o coincidentes con los servicios adjudicados...» (vid. su texto íntegro en nota 8).

(17) Como pueden ser que sus buques habrán de ser de fabricación nacional o que podrán disfrutar de una prima de construcción especial, por ejemplo.

(18) Este sistema se aparta del establecido en la precedente ley de comunicaciones marítimas de 1909 que regulaba detalladamente las condiciones de los contratos. El cambio puede deberse al distinto carácter de ambas leyes (comunicaciones marítimas y fomento de la flota, básica y respectivamente), a que en 1956 quedaban todavía muchos años de vigencia del contrato realizado cuatro años antes, lo que eliminaba la urgencia de su regulación, o a un distinto planteamiento de las relaciones Cortes-Gobierno.

(19) De cuyo carácter administrativo no se puede dudar. Vid. PONTAVICE, Emmanuel du: *Droit Maritime et contrats administratifs*, «Rev. du Droit Maritime Français», 1964, t. 16, pp. 643 y ss., para la óptica del Derecho Marítimo.

(20) Cuyo texto puede consultarse en cualquier recopilación legislativa a continuación del Decreto citado.

(21) El planteamiento categorial del presente trabajo impide entrar en este interesantísimo tema.

de las cuales aquí sólo interesan las que pueden llevar a la caracterización de los servicios de soberanía, que, como se verá, hasta ahora no ha sido ciertamente pacífica.

2. PUNTO DE PARTIDA: CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO «VERSUS»
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

La liquidación de los derechos reales y del impuesto del timbre del contrato, al tener que resolverse en sede jurisdiccional, ha dado lugar a una interesante jurisprudencia en la que se contienen distintas calificaciones, según los pronunciamientos favorecen a una u otra de las partes. Para el Estado, el contrato era una concesión, con lo que la liquidación de los derechos debía ser hecha al concesionario; para la compañía, se trataba de un arrendamiento de servicios, con lo que correspondería al arrendador. Ambas pretensiones recibieron, en las diversas instancias, el correspondiente asenso judicial.

La radical oposición de las calificaciones de concesión y arrendamiento no necesita ser resaltada. Se enfrentan dos mundos distintos, dos sistemas de equilibrio social (eso es, en última instancia, el Derecho), cada uno con sus propias armas y bagajes. El objeto de litigio, una liquidación fiscal, ha de dejar forzosamente paso a consideraciones de tanta trascendencia como el interés y el servicio público, las llamadas «relaciones especiales de sujeción» (22) o de «supremacía especial» (23), la aplicación de los artículos 1.542 y siguientes del Código Civil a las relaciones administrativas, etc. En toda tarea calificadora entre lo público y lo privado se ponen en juego las más honradas convicciones de un jurista y, aunque la solución judicial se da, por esencia, para el problema concreto, debe ser, como aquí se hace, el punto de partida de cualquier análisis ulterior.

La tesis del contrato como concesión, recogida por el TEAC ya en

(22) Sobre el alcance de este concepto —derivado, como es sabido, de la doctrina alemana— vid. el conocido trabajo de GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, páginas 11 y siguientes.

(23) Terminología que parecen preferir GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, pp. 133 y ss.). Otra denominación es la de «relaciones especiales de poder», utilizada por GARRIDO FALLA, autor que señala la falta de acuerdo en la terminología en: *Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas*, núm. 28 de esta REVISTA, 1959, páginas 16-17, en nota.

la primera de sus resoluciones (24), se basa en que «la concesión existe cuando es uno de los medios en virtud de los cuales el Estado u otras Corporaciones públicas mediante la cooperación e intervención de personas o entidades de Derecho privado, realiza servicios públicos, cual lo es en el caso de este expediente el transporte marítimo de personas y mercancías otorgado temporalmente en régimen de exclusiva subvencionada».

El juzgador entiende que el objeto del contrato es algo más que los servicios «al Estado» (lo que sería el objeto del arrendamiento de servicios), pues «la compañía reclamante, por virtud del contrato objeto de este estudio, no sólo debe prestar determinados servicios a la Administración del Estado, con quien contrata, sino también, en general, los transportes de personas y mercancías a cualquier otra persona, si bien con sujeción a determinadas condiciones, establecidas precisamente en atención a que dicho transporte constituye el ejercicio de un verdadero servicio público». Con esto la subvención, pactada también en el contrato, pierde el significado que le quiere dar la compañía de contrapartida de unos servicios efectivamente prestados bajo el concepto de arrendamiento: «si la subvención fuese realmente la contraprestación debida por los servicios prestados al Estado como sujeto patrimonial debería regularse por la cuantía y clase de éstos, y no, como se convino, en función del resultado que arroje cada año la contabilidad social».

Los elementos analizados por el TEAC fueron la concesión y la subvención, como datos previos para determinar el carácter de servicio público, estudiando para ello los capítulos primero (objeto del contrato) y décimo (las fianzas, subvenciones y normas de revisión) fundamentalmente (25).

El Tribunal Económico Administrativo Central se reafirmó en esta postura al calificar la siguiente liquidación, la de los derechos del timbre (26), recogiendo textualmente los términos de la resolución anterior y declarando la no existencia de un servicio determinado prestado por un precio cierto al Estado, sino la de un auténtico servicio abstracto de comunicaciones.

(24) Resolución de 14 de mayo de 1957 (en el «Repertorio» de Aranzadi figura como de 11 de mayo de 1957) en la que se dilucidaba la liquidación del impuesto de derechos reales.

(25) Para su calificación utiliza, en detalle, los artículos 1.º, 3.º y 74 del contrato, que comentaré más adelante.

(26) Resolución de 9 de julio de 1957, Ar. núm. 2.883.

Al recurrir la compañía, el Tribunal Supremo, en las dos sentencias correspondientes, se pronunció por la tesis opuesta, la de arrendamiento de servicios (27). En sus considerandos establece, en primer lugar, que la concesión «en el orden administrativo es un acto mediante el que la Administración unilateral y discrecionalmente otorga la explotación de una propiedad de su pertenencia o de un servicio de sus propios fines a una persona física o jurídica» (28), con lo que, al no aparecer en el contrato este carácter unilateral exigido, no debe ser calificado como tal.

En cuanto a la subvención, y con base en la cláusula del artículo 74 del contrato que establece que «la subvención a efectos fiscales y otros procedentes se entiende como precio de la prestación de los servicios comprendidos en este contrato», declara que es, efectivamente, el precio de un arrendamiento de servicios.

De esta manera, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo es que «toda vez que a virtud de las estipulaciones consignadas en la mencionada escritura, la Compañía Trasmediterránea se obliga a prestar con los buques de su propiedad o por ella arrendados los servicios de comunicaciones marítimas de soberanía especificados en la tabla aneja a dicha escritura, y el Estado se obliga a satisfacer por el servicio prestado una subvención anual que se fijará en armonía con los resultados de la contabilidad de la compañía, es forzoso reconocer, atendiendo a los artículos 1.542 y 1.544 del Código Civil que las aludidas estipulaciones integran un contrato de arrendamiento de servicios».

Planteado así el problema, es claro que la calificación depende de los elementos analizados por ambas instancias: la concesión, la subvención y el carácter de servicio público. La evolución del sistema de comunicaciones marítimas nacionales creo que aporta indicios suficientes (29) como para no conformarnos con la simple extensión de la respuesta dada por el Tribunal Supremo a un conflicto muy concreto. Se hace necesario, pues, profundizar en la categorización jurídico-administrativa de todos y cada uno de los elementos señalados, y a ello se dedicarán las páginas siguientes.

(27) Sentencias de 28 de mayo de 1958, Ar. núm. 2.297, y de 11 de octubre de 1960, Ar. núm. 3.123

(28) Cita como jurisprudencia precedente las sentencias de 17 de junio de 1950 y de 20 de junio de 1951.

(29) El presente trabajo se integra en el contexto de otro de mayor envergadura que, sobre «subvenciones y primas a la navegación», estoy preparando para su publicación. En él se verá con detalle esa evolución a que ahora me refiero.

3. EL CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL DE LA CONCESIÓN

El primer argumento que se maneja para negar la existencia de una concesión es la necesidad de su otorgamiento por acto administrativo, no teniendo cabida, en consecuencia, en una relación bilateral. El Tribunal Supremo cita, a estos efectos, dos sentencias en que así lo establece (30).

Una primera crítica de esta postura podría apoyarse en que dichas sentencias se refieren a concesiones de dominio público, supuesto en cierto modo distinto del que estamos contemplando; efectivamente, desde la perspectiva del traspaso de competencias existe un único concepto de concesión, pero, desde la perspectiva del objeto, las diferencias saltan a la vista, ya que no solo es mucho más fácil contemplar como acto unilateral la concesión de dominio público (31), sino también es diferente el modo de satisfacer el interés público (32). Los nuevos tipos de concesión aportados por la doctrina, como la industrial (33), son, a su vez, consecuencia de esta perspectiva, cuya importancia no puede ser desdeñada (34), aunque tampoco debe sobrevalorarse.

(30) Recogidas *supra*, nota 28.

(31) Las concesiones de dominio y servicio público no resultan intrínsecamente diferentes, como categoría unitaria, pero, en la primera el papel del concesionario como colaborador (colaboración que necesita el acuerdo de voluntades) es mucho menor que en la segunda, con lo que las posibilidades de modulación, negociación y pacto aparecen con mucho mayor relieve en esta última; esto es también aplicable a otros tipos de concesión, cuyo objeto sería una actividad incluida entre los fines de la Administración (v. g., concesión industrial). Para la consideración de unilateralidad y bilateralidad, respectivamente, en las concesiones de dominio y de servicio, *vid.* FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, «Studi di Diritto Pubblico», I, Roma, 1937, pp. 378 y ss.

(32) Si bien en ambas se traspasa una esfera de poder (dominio o actividad) controlada por la Administración, a través de un negocio jurídico específico, la satisfacción del interés público se alcanza indirectamente (explotación óptima de los recursos) a través del uso privativo del dominio público y directamente (atención continuada y regular de una necesidad sentida como pública) en el servicio público.

(33) Para el entendimiento de todo el tema, resulta fundamental el artículo *Concesiones administrativas*, del profesor VILLAR PALASÍ, contenido en la NEJ, Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, pp. 684 y ss. Concretamente para la concesión industrial, *vid.* las pp. 691 y ss. Sobre aspectos concretos, véase la bibliografía que se cita en las páginas siguientes de este trabajo.

(34) Aunque pueda parecer que en el texto se abusa del «perspectivismo» y del enfoque multilateral—relativo, por lo tanto—de los problemas, considero que este tipo de pensamiento es esencial al mundo del Derecho. Una norma o concepto jurídico alcanzan vida efectiva siempre a través de una interpretación y todo intérprete se sitúa en un determinado punto de vista. Admitir varios es un «modus operandi» abierto, tendente a captar la realidad tal como es en su interacción observador-observado.

A efectos de una argumentación concreta, más importante es el hecho de que, junto a la jurisprudencia en que se afirma radicalmente la unilateralidad, en otras ocasiones el Tribunal Supremo se pronunció por el carácter bilateral:

«Las concesiones administrativas se regulan primera y principalmente por los propios términos cláusulas y condiciones con los que la concesión se otorga, que es la ley reguladora de las relaciones de orden contractual que de ella surgen entre la Administración otorgante y la persona individual o jurídica concesionaria» (35).

«En la relación jurídica concesional la Administración interviene como poder y no como persona jurídica, tanto en las concesiones de realización de servicios como en las dimanantes de bienes de dominio público que otorga a los particulares bajo condiciones que al ser aceptadas crean una vinculación contractual de índole específicamente administrativa, generativa de derechos para los concesionarios» (36).

«La paridad de las concesiones con los contratos administrativos es patente, dándose las mismas reglas de Derecho respecto a su acumulación, caducidad, rescisión o modificación (37).

Esta jurisprudencia contradictoria relativiza totalmente el valor de la citada en sentido contrario.

En buena doctrina, y en Derecho positivo español, la argumentación con base en el carácter necesariamente unilateral de la concesión no puede ser de recibo en el caso que aquí se estudia, en que se trata inequívocamente de un servicio—más adelante se analizará en detalle su carácter—, por cuanto en nuestra legislación dicha técnica se encuentra perfectamente admitida como uno de los modos de gestión o

(35) Sentencia de 14 de marzo de 1936, *Ar.* núm. 649.

(36) Sentencia de 29 de enero de 1953, *Ar.* núm. 306.

(37) Sentencia de 4 de mayo de 1956, *Ar.* núm. 2.251.

formas de prestación de servicios y configurada precisamente como contrato. En la legislación de Régimen local [donde está regulada con cierto detenimiento esta figura (37 bis)], al enumerarse los contratos que pueden ser celebrados por concurso, se comprenden los de «concesión de servicios y los de explotación de servicios municipalizados en régimen de empresa mixta» (38), y en la Ley de Contratos del Estado, al tratar de la contratación de los servicios públicos, una de sus modalidades es la concesión, por la que «el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura» (39). Si la posibilidad existe y está taxativamente señalada en nuestra legislación, no es posible negar la calificación de concesión so pretexto de su incompatibilidad con el régimen contractual.

Por otra parte, y como es sabido, ésta no implica siempre transmisión de dominio público (40), lo que, caso de exigirse, impediría su aplicación a los servicios de transportes marítimos. En la teoría clásica del Derecho administrativo se concede tanto el aprovechamiento privativo del dominio público, como la realización de obras públicas —que implica un soporte real de dominio público, por independización del cual puede convertirse en concesión de actividad-servicio público, como fue el caso de los ferrocarriles (41)— y como la realización de servicios al Estado que, por su apertura al público y regulación es-

(37 bis) Artículos 157, 160, 162 y 163 de la LRL de 1955, y artículos 114 a 137 del reglamento de servicios. Un buen estudio de la concesión en el ámbito local en ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 514 y ss. Véase también la reciente monografía de LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, IEAL, Madrid, 1976, sobre sus distintas clases.

(38) Artículo 310 de la Ley de Régimen Local y 37 del Reglamento de contratación.

(39) Artículo 69 de la Ley de Contratos del Estado.

(40) La necesidad de ligar la potestad administrativa sobre un servicio a la titularidad del dominio público constituiría «un paso atrás en la evolución del Derecho administrativo» (ENTERRÍA) y «una supervivencia de la teoría del dominio eminente» inaceptable. ENTRENA, *El servicio público de taxis*, núm. 27 de esta REVISTA, 1958, p. 36.

(41) «En los comienzos de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo.» VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, UNED, Madrid, 1974, página 99 (también en sus anteriores, *Tratado y Curso de Derecho administrativo*, tomo I). Sobre este aspecto de los ferrocarriles puede verse, como obra de la época, la de Mariano MIGUEL DE REYNOSO, *Política administrativa de Gabinete de Bravo Murillo en el ramo de Fomento, y demostración de la legalidad y conveniencia de las concesiones de ferrocarril de aquella época*, Imp. de Tejado, Madrid, 1857 y, en general, VILLAR PALASÍ, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, núm. 14 de esta REVISTA, 1954, pp. 31 y ss.

tatutaria pueden convertirse, a su vez, en servicios públicos (caso paradigmático de lo último es el servicio de Correos (42)).

Todas ellas constituyen auténticas concesiones cuyos aspectos bilaterales se reflejan en la tradicional rúbrica «contratos de obras y servicios públicos», dentro de la que forzosamente tienen que englobarse.

Solventada la calificación de la concesión de servicios como contrato, deben hacerse todavía unas consideraciones en torno a dos problemas surgidos al hilo del estudio: la unilateralidad o bilateralidad de la concesión en general y, base y fundamento de éste, la admisión o no de la misma como categoría unitaria.

El planteamiento del primer problema deriva de la posibilidad de contemplarlo bajo distintos enfoques. Por un lado, bajo una estricta concepción jurídica, dado que al otorgarlas la Administración actúa dentro de su esfera propia de poder, habría que entender que lo hace unilateralmente, por cuanto no puede pactar sobre sus potestades públicas y todo lo que realice dentro de esta esfera constituirá el sometimiento de los particulares a una decisión imperativa, nunca paccionada; por otro lado, en la concesión aparece el particular como «colaborador en las misiones encomendadas a la Administración», para cuya colaboración es necesario, al ser voluntaria, y con múltiples matizaciones posibles, alcanzar un acuerdo de voluntades del que surja una auténtica *lex inter partes*.

Este problema divide a la doctrina, española o extranjera, que, o bien deja este punto todavía confuso (43), o bien oscila, en general, entre la teoría contractual y la de acto complejo o mixto (44). La posibilidad de un contrato en las concesiones es admitida de antiguo (45)

(42) El término «servicios públicos» fue utilizado en la segunda mitad del siglo XIX como sinónimo de «servicios de la Administración civil», es decir, refiriéndose a los «medios de gestión de los intereses colectivos propios del Gobierno». COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 4.^a ed., 1876, tomo II, p. 95. *Vid.* también J. L. MEILAN, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968. Sobre los orígenes del Correo, *vid.* MONTAÑEZ MATILLA, *El Correo en la España de los Austrias*, Madrid, 1883, pp. 15 y ss.

(43) ALESSI: *Instituciones de Derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, tomo I, 1970, p. 169.

(44) BLONDEAU: *La concession de service public*, Dalloz, Paris, 1930, p. 143; SUVESTRI, ENZO: *Voz concessione amministrativa*, «Enciclopedia del Diritto», Giuffrè, tomo VIII, p. 374.

(45) COMTE, Philippe: *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public*, Sirey, Paris, 1934, pp. 59 y ss.

y perdura hoy día (46), pero parte de los esfuerzos doctrinales se han dirigido a compatibilizar la rigidez típica de un texto contractual con las necesidades de flexibilidad inherentes a la gestión de los servicios públicos, y los derechos del concesionario con las potestades administrativas (47), extendiéndose entonces la teoría del acto mixto como única superación posible de la antinomia: la explicación de por qué algunos principios básicos de todo contrato no se dan en la concesión, únicamente se puede conseguir admitiendo una parte reglamentaria y otra contractual (48).

En nuestro país, GARRIDO FALLA expone que cuando se usa la técnica contractual, entre otras posibles, «el acto administrativo de concesión viene a ser, entonces, cabalmente la prestación a que una de las partes contratantes (la Administración) se obliga» (49), y, en este mismo sentido, LÓPEZ PELLICER aplica la teoría general del contrato administrativo, formado a través de una serie de actos que le sirven de soporte, para explicar la integración del «acto de adjudicación de la concesión» en el seno del contrato, acto al que también se le puede aplicar el término «concesión», entendido en su sentido más estricto (49 bis).

Esta configuración contractual resultaría técnicamente irreprochable si no encontrara el obstáculo de su incapacidad para absorber la concesión de dominio público, de la que reiteradamente se ha mantenido su carácter de acto administrativo unilateral—aunque necesitado de aceptación por el particular—. El mismo LÓPEZ PELLICER así lo admite a continuación de sus consideraciones reseñadas y, en general, parece existir una cierta línea doctrinal y jurisprudencial tendente a la diferenciación progresiva de los dos grandes tipos de concesión que conoce nuestro Ordenamiento, las de dominio y servicio público, que se puede resumir en la afirmación de que «las concesiones demaniales

(46) BUTTGEBACH: *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruselas, 1952, p. 419; ORIANNE, Paul, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, 1961, p. 84; ROMANO, Alberto, *In tema de concessioni-contrato*, F. A., 1958, I, 2.º, pp. 333 y ss.

(47) COMTE, obra y lugar citados.

(48) YVES MADIOT: *Aux frontières...*, cit., pp. 151 y ss.

(49) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1971, p. 394. En general, véase VILLAR PALASÍ, artículo *Concesiones administrativas*, citado en la nota 33.

(49 bis) LÓPEZ PELLICER-SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa...*, citado, páginas 26-27.

siguen considerándose actos administrativos unilaterales necesitados de aceptación, en tanto que las concesiones de servicio público se han contractualizado por la LCE» (50).

El problema así planteado viene a complicarse con los nuevos tipos de concesión aparecidos en nuestro Ordenamiento jurídico: aparte de la concesión industrial ya citada, y la de obras públicas, señalaré las de «tierras destinadas a constituir explotaciones familiares o comunitarias» (arts. 29 y ss. de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973) o las de «ejecución de planes urbanísticos» (art. 102 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Reforma de 2 de mayo de 1975), por no referirme a las más discutibles concesiones de cultivos o de pesquerías en aguas no territoriales (¿qué jurisdicción puede tener ahí el Estado?).

El objeto de la concesión, determinante de ese diferente carácter unilateral o bilateral, según se trate de dominio o servicio público, pierde totalmente sus perfiles al ser aplicable esta técnica a nuevos y diferentes supuestos: un patrimonio del IRYDA en la concesión de explotaciones agrarias o una actividad privada—de interés público suficiente—en la industrial. De esta forma se llega al segundo problema antes mencionado: ¿Existe una categoría única «concesión»?

A mi entender, la respuesta debe ser afirmativa, ya que es un concepto que opera con gran intensidad en el tráfico jurídico, dato fundamental para el reconocimiento de la vida de instituciones y categorías en el mundo del Derecho. Técnicamente, debe ser configurado con un elevado grado de abstracción, es decir, como género y no como especie, a partir de ese binomio «publicatio-sujeción especial» señalado por MEILÁN y recogido también por LÓPEZ PELLICER (50 bis) y no del objeto que, tras la ampliación experimentada, resulta menos indicativo. Por otra parte, la consolidación progresiva de la figura concesional le ha otorgado un cierto carácter de tipicidad, de funcionamiento autónomo, que puede permitir abandonar el problema de la unilateralidad o bilateralidad como característica radicalmente diferencial. En este sen-

(50) ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1975, p. 344. Citan a estos efectos la sentencia de 23 de marzo de 1972, en la que así se declara, aunque al mismo tiempo se reconoce que ambos tipos de concesión «ofrecen una cierta estructura contractual, como consecuencia de su contenido sinalagmático, donde se insertan derechos y deberes recíprocos».

(50 bis) MEILÁN GIL: *Sobre la determinación conceptual de la autorización y concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)*, núm. 71 de esta REVISTA, 1973, pp. 96-97. LÓPEZ PELLICER, *op. cit.*, pp. 242-243.

tido, el Consejo de Estado, como más adelante se verá, la considera un *tertium genus* entre el contrato y la mera situación unilateral.

Estas notas parecen suficientes para justificar la existencia de un único concepto de concesión, algo más preciso que esa «transmisión de una esfera de actuación originariamente administrativa» que tradicionalmente se acepta, pero que, sin embargo, está obligado a admitir las diferentes especies que han ido cuajando a lo largo del tiempo o las nuevas que puedan surgir.

Admitido esto, la unilateralidad de la concesión de dominio público pasa a ser un problema del ámbito interno de la categoría estudiada, que no es este el momento de tratar. En principio, la concesión como negocio jurídico tiende a la bilateralidad, pero hay que entender con GUAITA que ésta es ya una cuestión técnica y de derecho positivo (51).

En resumen, en el Derecho administrativo actual, el objeto clásico de la concesión resulta tan difuminado que lo que queda es: a) la presencia de dos personas jurídicas, una de las cuales es la Administración. Esta dualidad de núcleos de imputación determina la existencia de un negocio jurídico; b) una actividad en cuya realización está interesada una Administración pública; c) la posibilidad de modulación de dicha actividad en forma de relación especial de sujeción.

Hace ya más de un cuarto de siglo se dijo, ante el desbordamiento de la óptica iusprivatista aplicada a esta institución, que «la concesión no es ya tan solo un elemento propulsor de la actividad económica, sino también una pieza en el engranaje de la política económica del Estado» (52). Esta frase, que conserva hoy su validez, señala con justa certeza el nudo gordiano de la cuestión, ya que a la política económica no le preocupan tanto los moldes jurídicos cuanto la efectividad de la acción emprendida. Recuérdese, como sintomático, el conocido principio de la intercambiabilidad de las técnicas administrativas (53).

El actual uso, progresivamente creciente, de la técnica concesional creo que debe llevar a contemplarla como un negocio administrativo típico—aunque esta tipicidad no excluye el desarrollo por los par-

(51) GUAITA: *Derecho administrativo especial*, tomo IV, Zaragoza, 1970, p. 344.

(52) GAVILÁN PLA: *La concesión administrativa como institución jurídica y como factor económico*, «R. D. Priv.», núm. 32, 1948, p. 499.

(53) Principio que se suele referir al profesor Entrena Cuesta, pero cuya paternidad, con el nombre de «principio de mutabilidad equivalente de las técnicas», es reclamada por VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964,, p. 93.

ticulares de una técnica similar (54)— con independencia de su objeto. La independización de una técnica del primitivo objeto sobre el que se concretó es un proceso que ya no puede extrañar en el Derecho administrativo. Sobre el demanio surge el servicio; sobre obras y servicios surgen los contratos administrativos; sobre los reglamentos de «policía y buen gobierno» surge la potestad reglamentaria autónoma. Creo que, hoy por hoy, la concesión tiene la suficiente entidad como para reconocer que este proceso ya se ha producido (o, cuando menos, se manifiesta claramente su dirección) en ella.

Desarrollar las ideas precedentes nos llevaría demasiado lejos, sobre todo si se intentara precisar esa «publicatio» previa necesaria para que la concesión recaiga sobre una actividad y sea posible la relación especial de sujeción. Esto nos llevaría a la problemática de los fines del Estado y, probablemente, a la confección de una «escala de publicación», lo que excede, con mucho, de los límites del presente trabajo.

A los efectos de este estudio, la calificación de «negocio jurídico» es suficiente y las notas ya señaladas proporcionan ese carácter de «tipicidad» que, de momento, interesa destacar.

Para finalizar, debe observarse que en la concesión de servicios existe un concepto amplio consistente en que por ella se habilita a un particular (y en casos a una entidad administrativa inferior) para que gestione un servicio cuya titularidad permanece en manos de la Administración concedente (55) y constituye «la cesión de una esfera de actuación originariamente administrativa» (56). Según este concepto, la concesión es la forma en que un particular deviene gestor del servicio. Pero existe también un concepto más estricto, el de nuestra legislación de contratos del Estado, según el cual la concesión es sólo una de las formas por las que se adquiere la cualidad de gestor del servicio, identificada por las características de «riesgo y ventura», como ya se ha dicho (57).

(54) Fenómeno que no es extraño en la gran empresa. Otros Institutos técnicos puramente administrativos han pasado, por su utilidad, a la administración privada: las oposiciones y situaciones funcionariales en la Banca; la utilización de los pliegos generales de contratación del Estado o de sus tablas de revisión de precios en las empresas constructoras, etc. El flujo y reflujo de técnicas es siempre fecundo en la vida social.

(55) GARRIDO FALLA: *Tratado...*, cit., p. 394.

(56) Dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 1950. *Recop. doc. legal*, 1950-1951, p. 275.

(57) Artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado. *La concession de service public est un contrat administratif par le quel les autorités publiques chargent temporairement un particulier de gerer un service public a ses frais, risques et*

Partiendo de todo lo expuesto, es ahora el momento de pronunciarse concretamente sobre este aspecto del contrato con la Trasmediterránea de 1952.

En primer lugar, nos encontramos con que precisamente sobre los servicios marítimos de soberanía, aun cuando se trate del contrato anterior al vigente, el Consejo de Estado sostuvo la tesis del contrato-concesión. Al analizar detenidamente la situación de la compañía Transmediterránea (también concesionaria en el anterior contrato) en un interesante dictamen, incluye un epígrafe titulado «la adjudicación de la concesión como contrato administrativo», que coloca como *tertium genus* entre el simple contrato y la situación reglamentaria, con lo que la calificación del «contrato con el Estado en virtud del cual la compañía se ha constituido en tal situación como un negocio típico de concesión administrativa» (58), queda radicalmente afirmada.

Nuestro alto organismo consultivo rechaza la idea de que la concesión implique siempre transmisión parcial del dominio público argumentando que, al lado de la típica concesión demanial en que esto así ocurre, existe la concesión de servicios, que se caracteriza, al igual que la anterior, por ser la «cesión de una esfera de actuación originariamente administrativa», esfera que en el primer caso es real, el dominio público, y en el segundo se refiere a una actividad independiente de su soporte real. La concesión, sin base demanial, y bajo técnicas bilaterales se configura como una realidad existente en nuestro Ordenamiento y el Consejo de Estado entiende, lo mismo que el TEAC, que ésta es la aplicada a la navegación de soberanía que gestiona la compañía Transmediterránea.

Pasando ahora a un estudio directo del contrato, puede observarse que en su artículo 1.º se dice que «es objeto del presente contrato la concesión de los servicios de comunicaciones marítimas rápidas y regulares de soberanía, determinadas en las tablas de servicios anejas al mismo y, en relación con ellos, los de carácter comercial, postal, de transportes del Estado, auxiliares de la Marina militar y extraordinarios de guerra que en este contrato se expresan», y, en su artículo 2.º, se presenta a la Compañía Trasmediterránea «que, como

perils sous leur contrôle et selon les modalités qu'elles déterminent, moyennant une rémunération qu'il doit en principe percevoir à charge des usagers. Paul ORIANNE: *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, 1961, p. 84.

(58) Dictamen de 11 de noviembre de 1950. Recop. doc. legal, 1950-1951, p. 235.

concesionaria, toma a su cargo estos servicios» aceptando todas las cláusulas del contrato (58 bis).

Creo que sobre este texto resulta fácil distinguir los servicios al Estado, que se pactan, de los servicios de comunicaciones que se conceden y sólo me obliga a insistir en este punto la tesis del Tribunal Supremo de que se trata de un arrendamiento de servicios. Los servicios de soberanía constituyen un auténtico servicio de comunicaciones entre territorios y ciudadanos españoles y su gestión por una empresa particular constituye una auténtica concesión, entendida en sentido amplio.

Si se toma la concesión en su sentido estricto de «gestión a riesgo y ventura», nos vemos obligados a calificar el contrato no como concesión, sino como «gestión interesada», que es aquella por la que «el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato» (59), también denominado «contrato de gestión o a resultas».

A esto lleva la forma de subvencionar el servicio, que al realizarse sobre los resultados de la contabilidad de la compañía con el fin de «equilibrar los conceptos de gastos e ingresos» (art. 77) eliminan el riesgo empresarial, al mismo tiempo que las posibilidades de beneficio características de la «gestión a riesgo y ventura». Según los resultados económicos aumentará o disminuirá la subvención, pudiendo llegar a eliminarse completamente, con lo que se convierte en el mecanismo a través del cual se consigue esa «participación en los resultados» entre el Estado y el gestor del servicio inherente a la gestión interesada.

Este papel de la subvención viene reforzado por el hecho de que el control de las tarifas y la experiencia del contrato anterior hicieron prever que el balance fuese siempre deficitario y que la subvención sería inevitablemente otorgada, con lo que su variación es suficiente para obtener la participación en los resultados.

(58 bis) Los términos «concesión» y «concesionario» se repiten en otros lugares del contrato e, incluso, en la misma Ley de Protección y Renovación de la Flota. Vid. su artículo 21, recogido en la nota 8.

(59) Artículo 66, 2.º, de la Ley de Contratos del Estado.

4. SIGNIFICADO DE LA SUBVENCIÓN

Según la tesis del Tribunal Supremo de que se trata de un arrendamiento de servicios, el Estado, al necesitar una determinada capacidad de transporte para la cobertura de sus necesidades en los territorios africanos e insulares que le están confiados, y al no disponer de los buques, se ve obligado a arrendar los servicios de una compañía privada, siendo entonces el precio de este arrendamiento la subvención. El Tribunal Supremo encuentra en el texto del contrato una cláusula que le sirve de apoyo para ello:

«La subvención a efectos fiscales y otros procedentes se entiende como precio de la prestación de los servicios comprendidos en este contrato» (art. 71, 3.º).

Saber bajo qué concepto deben tributar las cantidades que el Estado entrega a la compañía no es elemento suficiente para juzgar el verdadero significado de la subvención. El conocimiento de la esencia jurídica de esta figura exige una conceptualización más técnica, para lo que es necesario examinar con cierto detalle la afirmación realizada poco antes de que a través de la subvención el Estado y la empresa participan en los resultados económicos de la gestión.

En el artículo 74 se establece que la subvención «será fijada en armonía con los resultados que arroje la contabilidad de la empresa llevada de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 77 de este contrato»; a su vez, el artículo 77 se desarrolla en los siguientes términos: «El Estado subvencionará los servicios con una cantidad que podrá ser modificada en más o en menos e incluso anulada con arreglo a los resultados de la explotación. A estos efectos, la subvención tendrá por objeto equilibrar los conceptos de gastos e ingresos definidos en la forma siguiente...»: A continuación detalla los conceptos que pueden incluirse en el capítulo de gastos:

Los de tráfico y explotación; los de conservación y entretenimiento; un 4 por 100 en concepto de amortización de los buques; un 4 por 100 en concepto de las mejoras introducidas en ellos; el costo del seguro marítimo; las cargas fiscales de la empresa; los gastos generales de administración; los gastos derivados de la

inspección e intervención del Estado; un 5,5 por 100 como interés del capital circulante; un 3 por 100 como interés del crédito naval y un 4,5 por 100 del valor de los buques que no venga del crédito; el 4 por 100 del sobordo bruto como prima de gestión.

Y en el capítulo de ingresos:

Los de tráfico proporcionados por los buques propios y arrendados; la subvención líquida percibida; «Cualquier otro ingreso que dentro de los términos del contrato, provenga de la explotación de la flota».

Una vez totalizados los ingresos y los gastos, se procederá de la siguiente forma:

«Mientras el capítulo de ingresos supere el de los gastos en cantidad inferior al 2 por 100 del valor actual de la flota adscrita al contrato, del material auxiliar correspondiente y del capital circulante, en concepto de estímulo, la subvención permanecerá inalterable. Si rebasase dicho límite, será disminuida para el ejercicio siguiente en la cantidad correspondiente al exceso sobre dicho 2 por 100.

Cuando el capítulo de gastos supere al de ingresos deduciéndose una pérdida, se elevará la subvención al ejercicio siguiente en la pérdida registrada y aprobada, dividiéndose entre el concesionario y el Estado la del ejercicio transcurrido.»

Por otra parte, las variaciones sustanciales en el régimen económico del contrato (modificaciones de los servicios o alteraciones de precios aceptadas por el Gobierno) «serán compensadas por el Estado o irán a beneficio del mismo si fueran favorables», una vez determinados sus efectos por una contabilidad especial.

Como se ve, este sistema de fijar la subvención nada tiene que ver con el concepto de «precio cierto» inherente a cualquier arrendamiento de servicios.

En la doctrina administrativa de los servicios públicos, está perfectamente admitido, como un sistema de soporte de sus costes, la

subvención. Así, nuestro Consejo de Estado se ha pronunciado repetidamente por la subvención como verdadera dotación de servicios (60), afirmando que «dicha subvención constituye la compensación y el estímulo, por parte del Estado en su demanda de licitación, para la prestación del servicio. Incorporada al contrato no es el precio de éste, pero sí un sector importante de su esfera económica» (61). Esta dotación, a juicio del Consejo de Estado tiene un carácter estimativo, con lo que se diferencia claramente de la subvención general de fomento, de carácter global y limitativo (62). El Consejo de Estado reconoce esta naturaleza a la subvención que se entrega a la Compañía Trasmediterránea, ya que «la contrapartida de la gestión del servicio por la Compañía, está por una parte, en la percepción de tarifas sobre los usuarios del mismo y, además, en una subvención estatal» (63).

La doctrina acepta también este carácter de la subvención como dotación de servicios públicos, relacionándola con la imposición de precios políticos en las tarifas causantes del déficit que viene a cubrir la subvención. GARCÍA DE ENTERRÍA habla de que «la subvención con fondos generales en beneficio de servicios autónomos o de concesiones ha dado lugar al famoso sistema de los precios políticos» (64); PERICU dedica un epígrafe de su obra sobre la subvención a *sovvenzioni concesse per consentire ai soggetti esercenti pubblici servizi di sopportare gli oneri derivanti dall'esercizio del servizio stesso* (65); VILLAR PALASÍ expone que «el caso de las subvenciones concesionales puede significar en definitiva el caso más claro de subvención indemnización por la contrapartida que supone el poder de fijación de

(60) Vid., por ejemplo, el dictamen de 19 de noviembre de 1954. Recop. doc., 1954-1955, núm. 151.

(61) Dictamen de 24 de febrero de 1955. Recop., 1954-1955, núm. 152.

(62) Así lo afirma para los transportes por ferrocarril en los dictámenes de 27 de septiembre de 1950 y 18 de abril de 1951 (Recop., 1950-1951, núm. 48) y en el de 10 de abril de 1958 (Recop. 1957-1958, núm. 49), en el que reconoce que los únicos recursos económicos de la empresa son «los productos del ferrocarril y las cantidades que el Estado entrega como subvención» y que las tarifas no siguen el ritmo de ascenso de los costes, «pues el Gobierno estima que una subida importante de las mismas produciría perjudiciales efectos en el conjunto de la economía nacional», etc. De ahí el carácter estimativo de la subvención.

(63) Dictamen citado de 11 de noviembre de 1950. Recop. 1950-1951, núm. 278, página 278.

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la naturaleza de las tasas y las tarifas de los servicios públicos*, núm. 12 de esta REVISTA, 1953, p. 153.

(65) PERICU: *Le sovvenzione come strumento di azioni amministrativa*, Milán, tomo I, 1967, pp. 248 y ss.

tarifas a precios políticos» (66); algunos autores dan un paso más y, como hace ALBI, estudian la subvención como un modo de gestión de los servicios públicos (67). Admitido este tipo de subvención como soporte de costes de los servicios públicos deficitarios, tenemos que volver al tema que nos ocupa del contrato con la Trasmediterránea (68).

Si unimos lo expuesto sobre la forma de determinar la subvención en el contrato con las concepciones doctrinales, resulta inevitable calificar la que venimos estudiando como una dotación del servicio. En efecto, aparece como un «gasto de transferencia» incorporado al contenido económico del contrato; es uno de los dos únicos capítulos de ingresos de la empresa que, a través de su determinación flexible, permite compensar la rigidez de las tarifas (que deben permanecer estables en todo sistema de transportes en beneficio de la economía del país), cuya determinación corresponde a la Administración. La subvención permite, por un lado, el establecimiento de tarifas deficitarias (a precios políticos), y, por otro, el mantenimiento de aquellas líneas «no rentables» bajo una concepción puramente económica, pero que son imprescindibles para evitar el aislamiento de sus posibles usuarios.

Por otra parte, la fijación del precio de un arrendamiento de servicios nunca podría asignarse a una de las partes; en cambio, la subvención, integrada en la ecuación económica del contrato como una obligación (la fundamental desde el punto de vista económico) del Estado, permanece como decisión inherente a la Administración.

El artículo 80 dispone que el estado detallado de cuentas «será sometido por la Subsecretaría de la Marina Mercante a la resolución

(66) VILLAR PALASÍ: *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, núm. 14 de esta REVISTA, 1954, p. 84.

(67) ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 437 y ss.

(68) Este tema no puede ser tratado aquí con la extensión que se merece y quisiera darle, pues la subvención, por su importancia actual, bien debería ser objeto de un estudio monográfico. Entre la bibliografía existente puede señalarse: NIEVES BORREGO, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, núm. 42 de esta REVISTA, 1963 (la conclusión a que llega, configurando la subvención como «donación de Derecho administrativo» es, a mi juicio, errónea); el citado más arriba de PERICU (*Le sovvenzione come strumento...*), cuyo segundo tomo apareció en 1971; D'ALBERGO, *Sulla struttura della sovvenzione*, FA, 1957, I, 3.º, pp. 341 y ss.; BOULOUIS, *Essai sur la politique des subventions administratives*, Colin, París, 1951. Sobre la subvención como «medio de administración» son muy interesantes los trabajos presentados a las *Jornadas administrativas de Maestricht* y contenidos en el volumen de la «RISA», de 1952, 2.

ministerial, con la oportuna propuesta y previos los informes que estime oportunos, oyendo a la citada compañía si lo considera necesario, dictándose la correspondiente disposición en cuanto a la subvención que ha de regir para el año siguiente», frente a lo cual, «caso de no hallarse conforme el concesionario con las modificaciones que en la cuantía de la subvención fuesen acordadas, después de agotar los recursos de alzada ante el Ministerio de Comercio y Consejo de Ministros (69), podrá solicitar la rescisión del contrato, de acuerdo con las normas que se establecen en el artículo 6.º, utilizando a estos efectos, en su caso, las vías gubernativas y contenciosas» (art. 81).

En conclusión, la subvención no es el precio de ningún arrendamiento de servicios, pues como acertadamente señala la resolución del TEAC: «Si la subvención realmente fuese la contraprestación debida por los servicios prestados al Estado como sujeto patrimonial, debería regularse por la cuantía y clase de éstos y no, como se convino, en función del resultado que arroje cada año la contabilidad social», y viene a ser parte de la ecuación económica de soporte de un servicio.

5. EL SERVICIO PÚBLICO DE COMUNICACIONES MARÍTIMAS NACIONALES

Hasta aquí se ha venido partiendo del supuesto de que la navegación de soberanía es un servicio de comunicaciones entre territorios y ciudadanos españoles, punto final de la evolución de los «correos marítimos». Hora es ya de considerar este aspecto con mayor detenimiento, y tanto más cuanto que hemos visto que la calificación de «arrendamiento de servicios» es jurídicamente inaceptable, a no ser aferrándose a unas categorías iusprivatistas incompatibles con la realidad de nuestro Derecho administrativo (70).

Nuestra doctrina administrativa, en las escasas referencias que hace a los servicios de soberanía, los califica de concesión de servicios públicos. VILLAR PALASÍ habla del supuesto de que «el servicio público se presta a través de contrato y subvención para evitar la colisión entre

(69) Hoy habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

(70) La timidez de nuestra Jurisprudencia en el campo del Derecho público y el mayor progresismo en estos problemas de nuestra legislación administrativa lo subraya VILLAR PALASÍ en sus *Lecciones de contratación administrativa*, Madrid, 1969, p. 166.

publicatio y situaciones privadas» (71), refiriéndose ya a la vieja ley de comunicaciones marítimas; GARCÍA DE ENTERRÍA señala que los servicios regulares de comunicaciones marítimas de soberanía, «con objeto de evitar un aislamiento político y económico de las dependencias extrametropolitanas» son «ejemplo máximo en nuestro derecho de subvención a una concesión que se explota en régimen ordinario de precios políticos» (72); en recientes monografías se citan estos servicios como típicos servicios públicos (73). Otros autores tratan simplemente de concesiones otorgadas por contrato y subvencionadas, sin entrar en mayores precisiones (74). El Consejo de Estado, en el dictamen de 1950, al que ya he aludido, sienta tajantemente el criterio de que se trata de una concesión administrativa de servicio público y va recorriendo sus principales características para confirmar esta afirmación:

«La calificación como verdaderos servicios públicos de los servicios marítimos regulares erigidos por el Estado como tales parece natural, sin más. No habría más razón para calificar como tales los servicios regulares de transporte por carretera y aun los mismos ferroviarios. El Consejo de Estado mantuvo ya este criterio y el consiguiente de tener como concesionaria a la empresa puesta por el Estado para la realización industrial del servicio en el caso de las líneas exteriores transoceánicas, y mucho más debe sostenerlo en el presente caso al tratarse de los servicios de soberanía, en que el interés político de la organización y sostenimiento de los servicios se acusa de una manera más destacada y neta. No obstante, casuísticamente, disposiciones concretas lo revelan sin temor a duda:

(71) VILLAR PALASÍ: *Intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, p. 242.

(72) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, núm. 12 de esta REVISTA, 1953, p. 153.

(73) ARIÑO ORTIZ: *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, Madrid, 1973, pp. 48 ó 73; MARTÍN MATEO, *La ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1973, p. 296.

(74) Aurelio GUAITA: *Derecho administrativo especial*, tomo IV, Zaragoza, 1966, página 340; MANZANEDO, HERNANDO Y GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo económico*, IEAL, Madrid, 1970, p. 437.

- El establecimiento del servicio en régimen de monopolio ..., reserva de tráfico ...
- La organización unilateral del servicio por el Estado, impuesta como una de las condiciones inderogables de la concesión..., y la afirmación expresa de su señorío constante sobre el mismo, reservándose la posibilidad de modificarlo libremente en todo instante...

En tal sentido, el papel subordinado de la empresa que contrata la realización de los servicios cuya presencia puede incluso separar el Estado libremente ... y que en todo caso actúa bajo una constante fiscalización e intervención por agentes públicos propiamente tales o con poder de autoridad ... bajo sanciones penales...

- La realización por esta empresa, como funciones auxiliares de servicios públicos inequívocamente tales (servicios de correos ..., servicios auxiliares de la Armada de guerra, agencia de comercio exterior...).
- La afirmación del Derecho de los administrados al uso del servicio en condiciones exactamente iguales, prohibiéndose expresamente la posibilidad de rebajas o excepciones particulares...
- La definición de una primacía del servicio en cuestión sobre otros servicios de los particulares, traducible en privilegios concretos...
- Etcétera, etc.

La Compañía gestiona, pues, inequívocamente un servicio público. El contrato con el Estado en virtud del cual se ha constituido en tal situación constituye un negocio típico de concesión administrativa (75).

Aunque alguno de los argumentos que utiliza el Consejo de Estado sea muy discutible (los privilegios, la realización de servicios auxiliares y, sobre todo, la aplicación del mismo concepto a la navegación

(75) Dictamen de 11 de noviembre de 1950, repetidamente citado. Recop., 1950-1951, pp. 274-275.

transoceánica) como identificador de un servicio público, en general pueden hacerse propias sus conclusiones, que vienen a ser las mismas que las del TEAC vistas al comenzar este estudio.

La navegación de soberanía cumple los requisitos que exige nuestra legislación de contratos del Estado: tiene un contenido económico que la hace susceptible de explotación por empresarios particulares y no implica ejercicio de poderes soberanos. En su contrato se expresa claramente el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial; tiene un plazo de vigencia (veinticinco años) y prórroga tasada, menor de noventa y nueve años. Y ha sido aprobado por el Gobierno, conservando la Administración los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio. En la legislación, pues, no hay nada que se oponga a la calificación generalizada en la doctrina de «servicio público».

En el texto del contrato encontramos también las características básicas del servicio público, con potestades administrativas incrementadas en relación con el contrato anterior. La fijación de líneas e itinerarios corresponde íntegramente al Ministerio de Comercio «oyendo al concesionario» (76); la *potestas variandi* se afirma a través de la cláusula de que el Gobierno puede «disponer las alteraciones que requiere el interés del Estado o las necesidades del tráfico o servicio postal» (77), pero conservándose el equilibrio económico, ya que por las alteraciones que se acuerden será modificada la subvención para compensar los gastos o economías que se originen; la potestad tarifaria sobre el servicio se muestra ya unilateral totalmente (78). La posibilidad de rescisión unilateral («el Estado se reserva el derecho de anular la concesión por causa de utilidad pública debidamente justificada»; artículo 6.º), que se hace inmediatamente ejecutiva; el control sobre la contabilidad, que ahora se extiende a la «contabilidad general de la empresa»; la inspección y fiscalización constante por parte de la Administración, que a través del delegado del Estado afecta a «los servicios de todas clases» y a «todos los gastos, itinerarios, trato de pasaje-

(76) Artículo 11. En el contrato anterior esta fijación se hacía «de acuerdo con el contratista» (art. 12).

(77) Artículo 11.

(78) La cláusula del anterior contrato de que «el contratista someterá anualmente a la aprobación del Ministerio de Marina las tarifas máximas que hayan de regir sus transportes de pasajeros y mercancías, las cuales no podrá modificar elevándolas sin la previa autorización del citado Ministerio», pasa a convertirse en la actual, de que «la Subsecretaría de la Marina Mercante, oyendo al Ministerio de Hacienda, fijará las tarifas máximas que hayan de regir para los transportes de pasajeros y mercancías» (art. 31).

ros y servicios de todas clases» (art. 83); la regulación de las sanciones por incumplimiento, etc., etc., son todos datos que acreditan la existencia de un auténtico servicio público con carácter más acentuado aún que en el anterior contrato sobre el que había emitido su dictamen el Consejo de Estado.

El fin genérico de mantener líneas regulares entre los territorios españoles se contiene en la Ley de Protección y Renovación de la Flota (79) y se encomienda al Gobierno la determinación de las condiciones del mantenimiento de estas líneas. Con esto se cumple la necesaria asunción por el Estado del fin y la organización administrativa del procedimiento para cubrir el servicio, recogiéndose en estos preceptos la necesidad de «continuidad y regularidad» del servicio público. La «cláusula de progreso» (80) la encontramos asimismo en la regulación de los buques que se adscriben al contrato y en la obligación del concesionario de «desarrollar en la industria nacional, a lo largo de los veinticinco años de duración del contrato, un plan completo de renovación de la flota adscrita al mismo, plan que será sometido previamente a la aprobación del Gobierno» (art. 27).

El monopolio en los servicios públicos es una característica discutida, admitiéndose actualmente que no es necesaria la existencia de un único concesionario y ni siquiera la reserva total de la actividad para el Estado (81) y diferenciándose entre el monopolio y la exclusiva (82). Esta última existe en la navegación de soberanía, ya que la Trasmediterránea es la única contratante de estos servicios con el Estado, bajo el precepto legal y contractual de que no se subvencionarán líneas paralelas.

La contemplación casuística de las cláusulas del contrato (en una sistemática similar a la utilizada por el Consejo de Estado) lleva al reconocimiento del carácter de servicio público. Pero es más, si se contrasta el régimen del servicio con las diferentes elaboraciones doctrinales que han ido señalando notas peculiares del servicio público el resultado será el mismo. Citaré, por la doctrina extranjera, que cumple los requisitos exigidos por WALINE (quizá la formulación más cono-

(79) Artículo 2.º, 1.º de la Ley.

(80) Sobre este tema existe una buena monografía española: José Luis MENÉN, *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968.

(81) POTOTSCHNIK: *I pubblici servizi*, Padua, 1964, pp. 435 y ss.

(82) Así lo ha realizado, en nuestro país, GARCÍA-TREVIJANO.

cida) (83), y por la española, los de VILLAR PALASÍ (84), ALBI (85) o BAENA DEL ALCÁZAR (86), en su análisis realizado sobre los transportes por carretera.

Con todo lo expuesto, queda claro que las líneas de comunicaciones marítimas regidas por el contrato de 1952 y comprendidas en la Ley de Protección y Renovación de la Flota constituyen un servicio público prestado en régimen de concesión. Este servicio viene a ser el punto final de una evolución histórica, resultado de tres importantes procesos:

En primer lugar, el sistema de comunicación con las colonias que arranca de la época de los descubrimientos en el nuevo continente, fue abriéndose, por una parte, a las necesidades comerciales, y, por otra, reduciendo su ámbito al desaparecer aquéllas.

En segundo lugar, las diversas líneas marítimas que el Estado iba contratando por separado fueron fusionándose en manos de una sola empresa. Esto ocurrió tanto en las de América y Filipinas, primero, como en las de Baleares, Canarias y Africa, después; lo que muestra la tendencia al monopolio típica de los servicios públicos (87).

En tercer lugar, y lo que es más relevante jurídicamente, la Administración de la época moderna fue ensanchando el título de potestad que esgrimía para contratar y controlar los servicios. Partiendo del

(83) Estos son: a) una misión de interés general; b) derecho de vigilancia de la Administración sobre la forma de cumplimiento de dicha misión; c) prerrogativas del poder público; d) control de tutela. WALINE, MARCEL, *Critères auxquels on reconnaît un service public*, RDPSP, 1963, pp. 1186 y ss. (comentario del Arrêt Nancy de 28 de junio de 1963).

(84) a) Potestad o intervención administrativas como único camino para prestar el servicio; b) existencia de un control—y consecuentemente un *ius variandi*—de la Administración Pública. VILLAR PALASÍ, voz «concesiones administrativas», NEJ, Seix, t. IV, p. 662.

(85) a) Ley de la mutabilidad; b) ley de la continuidad y regularidad; c) ley de la igualdad. ALBI CHOLBI, «Tratado de los modos de gestión...», cit., páginas 529 y ss.

(86) a) Declaración de reserva (actividad configurada directamente por la Administración); b) propósito de otorgar la actividad en concesión; c) transferencia de facultades; d) reglamentación minuciosa de la actividad basada en la titularidad de la misma que conserva la Administración. BAENA, *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho Administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1970, p. 80.

(87) Esto puede comprobarse en que, cuando las líneas establecidas con las colonias pasan a serlo con países independientes se invierte la tendencia. Ya no puede tratarse de servicios públicos sino de actividad (aún contratada y subvencionada) de interés público o, si se prefiere, de interés nacional. Después de 1898 las líneas de América y Filipinas fueron: unas, suprimidas (Filipinas) y otras (Centro y Sudamérica), tras pasar por diversas vicisitudes, contratadas por separado con dos compañías, una de las cuales ha renunciado recientemente al contrato y la subvención que conlleva.

reducido de «contratos de transporte de la correspondencia» fue pasando por los «servicios de correos marítimos» y por las «necesidades del ejercicio de la soberanía», resultado final de todo lo cual es la existencia de un auténtico «servicio de comunicaciones marítimas nacionales», es decir, un servicio público (88).

Resuelto el problema de calificación, sería fácil cerrar estas páginas sin referirme a la difícil, imprecisa y politizada noción genérica de esa actividad que «una de las pocas cosas, tal vez la única, que sabe con certeza de sí misma es que se llama servicio público» (89). Sin embargo, las peculiares circunstancias del servicio marítimo aquí estudiado, que pronto deberá replantearse por completo, me impulsan a realizar algunas consideraciones en las que, sin pretender agotar el tema, quede reflejada una cierta posición de partida en torno a los elementos fundamentales en juego.

El servicio público se concreta en una sucesión de prestaciones, que constituye esa realidad técnico-social en la que hoy tiende a fijar su atención la doctrina (90). Efectivamente, lo más importante de un servicio público es que funcione, y a ello da respuesta el Derecho de dos maneras: legislativamente, admitiendo cada vez más «modos de gestión» a través de los cuales conseguir un más perfecto ensamblaje con la realidad (91); conceptualmente, estudiando los diversos servicios caso por caso, renunciando a la definición de validez única y de concreción suficiente (92).

(88) Todos estos procesos, en extenso, se recogen en la parte histórica de mi próxima obra sobre *Subvenciones y primas a la navegación* en la que, como ya he anunciado, se incardina este trabajo.

(89) VILLAR PALASÍ, prólogo a *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, de José Luis MEILÁN, IEA, Madrid, 1968, p. XVII.

(90) Por todos, DEMICHEL, *Grands services publics et entreprises nationales*, DALLOZ, París, 1974, que incluye epígrafes como *les fondements sociologiques* o *le contenu deologique*, de la noción.

(91) ¿Cómo puede ser la sociedad de economía mixta un «modo de gestión»? ¿por qué existen unos servicios públicos puramente nominales (alimentación) y otros formales, pero compartidos, sin concesión, con la actividad privada (educación)? Estas preguntas, surgidas al hilo de la reflexión, deben recibir respuestas jurídicas forzosamente ampliadoras de los viejos moldes.

(92) Ambas respuestas del Derecho están en la base de esa conocidísima, traída y llevada «crisis del servicio público». Sobre la evolución (esquemática) del concepto y el casuismo, en la doctrina española, *vid.* MANZANEDO MATEO, *Servicio público: aproximación a su línea evolutiva*, Est. Hom. López Rodó, Madrid, 1972, t. II, pp. 223 y ss. (en especial, sobre lo que el autor denomina «existencialismo jurídico», p. 236); en la francesa, CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence economique du Conseil d'Etat*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», París, 1950, pp. 77 y ss.

Por otra parte, el Derecho, a nivel instrumental (93), refleja y obedece a decisiones colectivas y, por lo tanto, políticas. Esto es especialmente claro en el campo de los servicios públicos donde tradicionalmente se han enfrentado los intereses de una burguesía activa y capitalista (concesionario interpuesto, servicio público «compartido», concesión como derecho negociable, etc.) y la tendencia a la socialización de las actividades básicas (igualdad del usuario, titularidad administrativa, nacionalización y municipalización, etc.) (94). La amplitud y extensión de los servicios públicos e incluso su misma configuración dependerá en cada momento de la composición de fuerzas, en una lucha que actualmente ya no se plantea con armas financieras (95), punto débil secular de la actividad del Estado (en este sentido los grandes negocios del capital van pasando del terreno de los servicios públicos al del urbanismo) (96), sino claramente políticas.

De esta forma, lo que se considere servicio público en cada momento responderá a las fluctuaciones políticas, inevitablemente más rápidas que la *publicatio* jurídica formal. No me refiero ahora a los servicios ya consolidados como públicos, sino a los situados en zonas fronterizas de imprecisa delimitación. Pero, incluso, el antiformalismo que las soluciones políticas y económicas exigen puede llevar a la utilización de técnicas en las que se elimina la misma calificación de «servicio público».

Si una empresa pública satisface una necesidad colectiva de una manera continuada y regular, su actividad se vincula directamente a los fines del Estado que la creó, sin necesidad de pasar por la figura intermedia que estamos considerando, encontrando en ellos su justificación última. En una economía socialista la noción «servicio público» carece de sentido precisamente por su omnipresencia, con lo que ésta sólo encuentra su utilidad, como excepción, en el ámbito de la economía de mercado.

(93) Añado esta precisión (nivel instrumental) para evitar posturas iusfilosóficas a nivel ontológico que no es mi propósito tomar aquí.

(94) Con un poco de sensibilidad política, resulta fácil ver este enfrentamiento en las posturas de Duguit y su «escuela de servicio público» y Hauriou, que sólo con reticencias y recortes fue aceptando este concepto en una lucha netamente conservadora.

(95) Sobre inmovilización de capital, costos y tarifas, PIVATO, GIORGIO, *L'imprese di servizi pubblici*, Giuffrè, Milán, 1939, pp. 79 y ss.

(96) La especulación del suelo y los grandes negocios urbanísticos logrados únicamente a base de capital parecen indicar una gran indefensión de las corporaciones locales en este terreno (mientras que el Estado ha conseguido equilibrar fuerzas en los servicios públicos). Solucionar esto es la gran tarea del Régimen Local.

Y ahí está la esencia última de esta figura: jurídicamente sirve de «título» para que la Administración pueda ejercer sus potestades sobre una determinada actividad. La aplicación de la idea de título jurídico, suficientemente conocida en el mundo del Derecho (97), se realiza también en nuestra rama del Ordenamiento, pero casi exclusivamente, a nivel de referencia genérica (98). Creo que este concepto posee virtualidad suficiente como para ser operativo a un nivel más concreto. Desde SANTI ROMANO se considera toda potestad como una especie del género «poderes jurídicos» (99), y como tal el ejercicio y la misma existencia del propio poder en que la potestad consiste vendrán a ser justificados, delimitados y conformados por el título en que se base, «razón jurídica» de todo ello.

Pues bien, la necesidad que satisface una actividad que se declara servicio público es precisamente ese hecho que por virtud de la convención social política se convierte en «norma primaria», a cuyo tenor se realiza el reparto entre el poder público y la actividad privada, se extrae la actividad de las reglas del juego del mercado y se justifica el ejercicio de las diversas potestades administrativas que el servicio público conlleva. Esta es la gran importancia jurídica de esta figura y la única nota capaz de salvarla de la crisis conceptual en que se ve sumergida (100).

(97) «Lo esencial es que, a partir de un cierto momento, un hecho deje de ser hecho, por virtud de alguna forma de convención social, y se transforme en la norma primaria a cuyo tenor ha de realizarse el reparto y se ha de juzgar en las dudas y conflictos que se susciten en torno a la concreta adjudicación.» LOIS ESTÉVEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Porto, Santiago de Compostela, 1959, pp. 233 y 234. Para la doctrina civil, *vid.*, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español Común y Foral*, t. I, vol. 2.º, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1963, p. 81, o DE BUEN, *voz «título»* Enc. Jur. Seix, t. XXX, pp. 1 y ss.

(98) La mejor aplicación de esta idea creo que es la de Villar Palasí, en la doctrina española, quien ha destacado la necesidad de entender la Administración sobre un basamento de potestades definibles por su título concreto: «la intervención administrativa en la industria», IEP, Madrid, 1964, p. 93, aunque posteriormente haya parecido reconsiderar esta postura.

(99) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa, Milán, 1953, pp. 152 y ss., en su cita más conocida.

(100) El desarrollo de las ideas precedentes debe quedar por las evidentes limitaciones de este artículo, pendiente de ulterior desarrollo, que espero tener pronto ocasión de llevar a cabo.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La conclusión obtenida sobre los servicios de soberanía, que deben ser calificados como servicios públicos, al menos mientras esté en vigor el actual contrato de 1952, hay que ponerla en relación con la multiplicidad de elementos y, sobre todo, aspectos valorativos ajenos a la pura técnica jurídica, que en estos servicios entran en juego.

El próximo replanteamiento a que llevará el fin de la vigencia del contrato será, sin duda, una decisión política de gran trascendencia. Recuérdese que la ley otorga la máxima discrecionalidad al Gobierno, que las comunicaciones marítimas con las islas Canarias o Baleares se desarrollan en zonas de intenso tráfico y que las navieras necesitan mucho tiempo para la preparación y establecimiento de una línea regular.

En este trabajo he pretendido contribuir a aclarar una calificación conflictiva desde el Derecho administrativo y, en cierto modo, recordar la urgente necesidad de decidir sobre la continuación o no y posible configuración de las líneas de navegación regulares que, con la financiación y control del Estado, enlazan la península con las provincias insulares españolas.

El *ius communicationis* de los habitantes de las islas debe ser, de una u otra manera, atendido; los intereses afectados deben ser oídos; los diversos organismos consultados. Pero lo más importante es que la decisión debe ser tomada cuanto antes.

