

LA EMPRESA PUBLICA COMO INSTRUMENTO DE LA INDUSTRIALIZACION ADMINISTRATIVA

Por ALVARO ALVAREZ-GENDIN
Y VALDES-HEVIA

338.98 : 338.924

Sumario: 1. Terminología y origen.—
2. Concepto: A) Consideraciones previas
acerca de la empresa privada. B) Perfil de
la noción de Empresa pública y criterio
adoptado.—3. Naturaleza jurídica.—4. El
problema de la finalidad de lucro: A) Li-
citud o ilicitud según los casos. B) ¿Precio
o tasa?—5. Clases de empresas públicas.
Especial mención de la de carácter mixto.

1. Terminología y origen

ES frecuente considerar a la palabra «empresa» nacida en el campo del Derecho privado, y más concretamente del Derecho mercantil. Sin embargo, como afirma Valetín Andrés Alvarez, dicho término nace en el terreno de las actividades colectivas (1). Fué Quesnay quien introdujo la palabra *entrepeneur* para designar al que *gobierna y dirige la empresa*, es decir, al que gobierna la empre-

(1) En «Introducción al estudio de la empresa pública» (*RAP* núm. 3, p. 42) *Empresas políticas*—dice—tituló SAAVEDRA FAJARDO el libro donde expone su idea de un príncipe político.

sa privada. Este sentido se mantuvo con carácter exclusivo, dentro de esta esfera, hasta que a finales del siglo XIX o principios del XX en que retorna al campo del Derecho público, chocando al ambiente liberal de la época la utilización del vocablo *empresa pública*, que parecía encerrar una contradicción.

Por el contrario, a menudo se utiliza hoy día esta última expresión para designar una determinada categoría de empresas que organiza o impulsa la Administración con un fin público.

En España se habla de ellas (2), aun cuando la denominación legal es la de *empresa nacional* (3) si pertenecen al Estado. En Francia suele emplearse el término *entreprise nationale, société nationale* o *régie nationale*. En Italia se utiliza el de *imprese pubbliche* (4), si bien es más amplio su sentido. En Inglaterra y en Norteamérica se las conoce como *public corporations*, y en Alemania se añade el calificativo *in öffentlicher Hand* (en mano pública) (5).

Como se observa la falta de unanimidad parte ya de su denominación; más importante es, sin embargo, la que afecta a su propio concepto y que vamos a ver seguidamente, no sin antes advertir que el recurso a las sociedades mercantiles para alcanzar fines públicos se inicia en Alemania con la municipalización del suministro de gas de la ciudad de Königsberg creando la «*Städtische Gasbetriebsgesellschaft*», según pone de manifiesto Broseta (6). El ejemplo lo sigue la ciudad de Berlín y surge así en Alemania lo que Delius denominó «gestión pública en forma de sociedad». Posteriormente aparecen en Inglaterra las «public management in Company form» y en Francia la «Sociétés d'Etat». El fenómeno, presente hasta en el orden inter-

(2) Ver GIRÓN TENA: «Las empresas públicas», en *Rev. Arbor* núm. 47.

(3) «Estas circunstancias —puede leerse en la EM de la LEEA— explican la denominación adoptada, pues si bien un amplio sector doctrinal las llama precisamente empresas públicas, tal apelativo resulta paradójico y perturbador cuando se aplica a empresas justamente regidas en su actuación fundamentalmente por normas jurídico-privadas. Por lo demás, el nombre de empresa nacional no hace sino reiterar el que ya ostentan muchas de las entidades españolas de esta naturaleza.» No compartimos nosotros esta opinión, pues el calificativo de público que se añade a este tipo de empresas administrativas, aun cuando aparentemente encierre una contradicción, como ya hemos indicado, no es tal, puesto que lo único que se quiere es su finalidad pública.

(4) Ver TREVES: *Le imprese pubbliche*. Turín, 1950.

(5) Algún autor italiano, como VERRUCCI, también las denomina así. Cfr. «Consideraciones jurídico-mercantiles sobre las empresas en mano pública», en *RAP* núm. 3.

(6) «La sociedad anónima unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado», ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho comparado. Uppsala, agosto 1966.

nacional, con lo que Adam ha denominado recientemente «établissements publics internationaux», se extiende hoy a todos los países occidentales.

2. Concepto

A) CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA EMPRESA PRIVADA

Para precisar el concepto de empresa pública, así como también su naturaleza jurídica, es necesario partir de la empresa privada tal como la entienden los modernos mercantilistas; es decir, como sujeto de las relaciones mercantiles.

Se tiende actualmente a considerar el Derecho mercantil como el Derecho de las empresas. El primero que lanzó la idea en España fué Polo, siguiendo a Mossa, que es uno de los más fervientes defensores de esta teoría. Garrigues se adscribe también a ella (7). También se muestran partidarios de este modo de concebir el Derecho mercantil Uria y Girón Tena, a diferencia de Vicente Gella, Langie y Javier Conde, que la rechazan.

De este modo define Mossa la empresa, como organización económica de fin lucrativo con forma comercial y proclama que toda empresa organizada en forma comercial debe estar regulada por el Derecho mercantil, *cualquiera que sea la naturaleza de la misma*. Importa tener esto en cuenta, para cuando hablemos de la naturaleza jurídica de la empresa pública, ya que la calificación de mercantil no depende, según él, de la sustancia, sino de la forma.

Para Garrigues (8) la empresa es una organización de actividades, bienes y relaciones de variada índole, que pese a su variedad, puede, en su conjunto, ser objeto de operaciones jurídicas. Lo que predomina en ella, es, por énde, la idea de organización, independientemente de que el sujeto de ella sea o no comerciante.

B) PERFIL DE LA NOCIÓN DE EMPRESA PÚBLICA Y CRITERIO ADOPTADO

Pero pasemos ya a estudiar el concepto jurídico de la empresa calificada como pública. En un sentido amplísimo se ha asignado este carácter al Estado, concibiéndolo como el organizador de todos

(7) «Tratado de Derecho mercantil» (1947), tomo, vol. I, p. 25 y ss, y «Hacia un nuevo Derecho mercantil», en *Rev. Est. Políticos*.

(8) Ob. cit., pp. 233-234. Esta definición ha sido recogida por la S. de 13 de marzo de 1945.

los servicios públicos; es la dirección seguida por la escuela realista francesa. Mas prescindimos del significado admitido por estos autores, para dar una noción más técnica acerca de lo que se entiende actualmente por empresa pública, no sin hacer constar—como hace S. Martín-Retortillo (9) que se trata de una determinación convencional, sin que el tema pueda afrontarse de otro modo.

En primer lugar, será necesario eliminar de tal noción todas aquellas actividades que están sometidas a un régimen jurídico de Derecho público, ya que lo que caracteriza a la empresa es precisamente el ser el centro alrededor del cual gira el Derecho mercantil moderno, como ya hemos indicado. No serán empresas públicas, según esto, ni las Corporaciones de Derecho público, ni los establecimientos administrativos (10).

Por otra parte, habrá que prescindir también de aquellas empresas que aun poseyendo una mayor o menor dosis—en ocasiones un alto grado—de finalidad pública no pertenecen a la Administración, es decir, su titular es un empresario particular; por ejemplo, las empresas concesionarias de servicios públicos (11) y las empresas de interés nacional o preferente.

(9) «Organización administrativa de las empresas públicas en España» (*RICA*, vol. XXXII, 1966, núm. 1).

(10) No participa de esta opinión GARRIDO FALLA para quien el concepto de empresa pública—sin duda por seguir la corriente italiana, a este respecto—abarca: 1) El establecimiento público (o servicio público personificado) de carácter industrial, 2) La empresa propia de la Administración pública sin personalidad jurídica diferenciada, 3) La empresa de propiedad estatal, pero constituida de acuerdo con las formas de Derecho mercantil. (*Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1960, nota de la p. 312.) Es un concepto más amplio en el que no se prejuzga el régimen jurídico a que están sometidas.

Para otros, como VILLAR PALASÍ, la empresa pública se circunscribe a aquella forma específica de actividad industrial del Estado, que se caracteriza por estar sometida a un régimen de Derecho público, aunque no debe confundirse con el *Establecimiento público intervencionista* («La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *RAP* núm. 3, 1950, pp. 76-77 y 88 y ss). Pero partir de este concepto técnico de empresas públicas—opina S. MARTÍN-RETORTILLO—, resulta, sin embargo, excesivamente restringido, ya que en base al mismo en ningún modo puede alcanzarse una representación real efectiva de la gestión industrial del sector público, que es lo que en definitiva se pretende. Excluye del concepto—éste último— a las denominadas empresas propias, que consisten en la dotación a ciertos servicios de determinada autonomía financiera, incluyendo en cambio al Instituto Nacional de Industria, así como también los monopolios fiscales (CATSA, CAMPSA, Telefónica) (Ob. cit. loc. cit.). Únicamente el caso de la Compañía Telefónica Nacional de España, S. A., podría ser defendido en base a que, aparte su carácter fiscal, constituye evidentemente un servicio público, añadimos nosotros.

(11) Ver TREVES: ob. cit., p. 23.

Pero la propia Administración para el ejercicio de sus fines utiliza indistintamente métodos públicos o privados, como sabemos. Estos últimos, a su vez, podrán ser civiles o mercantiles. Civiles, cuando actúa como titular de su patrimonio privado de la misma forma que lo haría un particular cualquiera; entonces el fin público no es inmediato, sólo de una manera remota aparece. Mercantiles, cuando actúa sometida a este Derecho, haciéndolo unas veces—las menos—con el carácter de empresario privado, así, por ejemplo, cuando es titular del llamado *accionariado fiscal* (si bien en estos casos disfruta de ciertas prerrogativas, siendo la principal el monopolio), de empresas tradicionalmente pertenecientes a ella, o de aquellas cuya titularidad pudiera ostentar ocasionalmente como consecuencia de una herencia *ab intestato* o de una sanción (12). Y otras, cuando de modo inmediato persigue un fin público, pero utilizando técnicas privadas, como es el caso de las empresas pertenecientes a la Administración, que gestionan un servicio público o realizan una actividad económica de producción, ambas encuadradas en la llamada *actividad industrial y mercantil de la Administración*, independientemente de la personalidad pública o privada del ente que la representa, siempre que en su actuación quede—insistimos en esto—sometida al Derecho mercantil.

Es entonces cuando la Administración actúa como *verdadero empresario público* y cuando esa organización puede ser concebida como *verdadera empresa pública*, en sentido amplio (13).

(12) «La ley de Administración local del Reich de 30 de enero de 1935 se basa claramente en la separación entre Administración y actividad económica. Puesto que la Administración puede moverse en la actividad económica dentro de las formas del Derecho privado, y puesto que ella misma puede dar origen a empresas económicas análogas a las privadas, puede justificarse la creencia de que se trata de actividades privadas, que deben de estimarse con criterio fiscal y que, por eso, no forman parte del Derecho administrativo, aunque más o menos casualmente sean realizadas por sujetos de Administración pública». (FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, traducción española 1958, página 477). Ver, también, WALINE: *Droit administratif*, 8.ª edic. París, 1959, p. 635.

(13) «Ante todo, la empresa nacionalizada debe ser puesta al servicio del interés general—dice Georges LASSERE, preguntándose ¿qué es el interés general? En el plan de la economía es el beneficio colectivo máximo. Es para cada producción particular, el aumento de rentas de los consumidores o la minimización o disminución de utilidades marginales, o dicho de otro modo, la abundancia, la baratura y la calidad; es, para el conjunto de producciones, el reparto de las fuerzas productivas de tal suerte que, para todos los consumidores, las utilidades marginales de los diversos consumos sean iguales.»

Podemos recordar la definición que Carlos GINE había hecho adoptar en 1920 en el Consejo de Economía del Trabajo: «Una empresa será nacionalizada cuando no sea explotada sino en vista de las necesidades de la comunidad, y

Mas aquí, surge el mismo problema que al calificar de público a un establecimiento institucional, ya que como acabamos de ver la Administración es titular de empresas que merecen el calificativo de públicas y otras que, por el contrario, no se distinguen de las puramente privadas.

Con relación a los establecimientos públicos, la doctrina ha propuesto distintos criterios, que estudia Garrido Falla (14):

a) Poseer prerrogativas de imperio; b) Perseguir un fin público inmediato; c) Disfrutar privilegios concedidos por el Estado; d) La fiscalización o intervención del Estado en la entidad; e) Su régimen de creación y extinción.

Pero observando con detenimiento estos criterios, vemos que el primero de ellos no es aplicable a las empresas públicas, ya que es supuesto previo el sometimiento al Derecho privado. Sin embargo, esto es sólo respecto a su régimen jurídico, mas no por lo que se refiere a las disposiciones creadoras de las mismas, las cuales serán en todo caso administrativas y por consiguiente imperativas. En ellas, es donde puede percibirse claramente que esta clase de actividad administrativa no está totalmente desprovista de un carácter público, por la razón que acabamos de decir y por los privilegios concedidos a esta clase de empresas, en tales normas.

Respecto al fin público, Girón Tena (15) opina que ha de descartarse de antemano como criterio exclusivo; no se considera ya decisivo para la calificación de las entidades, pues la concatenación es de tal naturaleza—según él—que la *mentalidad* de la referencia al bien común casi no se da, y en el terreno de la economía, el interés general de las actividades privadas no puede hoy desconocerse por nadie.

Pero es que además tanto los comentados caracteres distintivos como los restantes aparecen también en mayor o menor grado en las empresas concesionarias de servicios públicos, así como también en las empresas de interés nacional o preferente. De manera que no contamos con ningún criterio seguro, ya que la titularidad administrativa por sí sola tampoco basta para distinguirlas. Será necesario, por tanto, conjugar este último criterio con el del fin perseguido, para hacer la calificación jurídica de una empresa pú-

que no tiene otros fines que procurar a los consumidores el máximo de utilidad y economía». («Aspects économiques des nationalisations françaises», en *Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, 1956, p. 32).

(14) Ver *Administración indirecta y descentralización funcional*. Madrid, 1950, pp. 118 y ss.

(15) *Ob. cit., loc. cit.*

blica y, aún así, no podrá conocerse su verdadera naturaleza, como tendremos ocasión de comprobar.

Además todavía surge una cuestión respecto a su titularidad, porque puede ser mayor o menor, exclusiva o mínima. ¿Cuándo se dirá que pertenece a la Administración o que la Administración es titular de esa empresa, requisito sin el cual tampoco sería pública? La doctrina española opina que únicamente cuando la Administración posea el control de la empresa, y eso sólo ocurrirá cuando sea mayoritaria su participación. En otro caso, la acción de estas empresas escapará a su voluntad y en la finalidad de las mismas dominará el aspecto mercantil, al no poder ser mayor el control administrativo que el que pudiera ejercer sobre las empresas de interés nacional o preferente.

De ahí que nosotros consideremos como empresa pública *aquella que organiza la Administración bajo su dependencia o controla a través de su participación mayoritaria en el capital de la misma, por razones de interés público o social* (16).

En todos los demás casos en que la Administración participa de algún modo en una empresa mercantil, podrá considerarse a ésta como una empresa de la Administración o como una empresa con capital público sobre la que ejerce una cierta influencia, mas no como una verdadera empresa pública. Lo mismo podemos decir, cuando actúa a través de un establecimiento sometido al Derecho

(16) El concepto legal de las estatales expresado en la LEEA, que, como sabemos, las denomina «empresas nacionales», no es más amplio que el mantenido por la doctrina, ya que parece quedan excluidas de él las empresas en que la Administración es minoritaria. Se entienden por tales, las «creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas, de naturaleza y finalidades preponderantemente económicas» (artículo 4.º), lo cual exige un control de las mismas que no podría existir sin mayoría. Pero es que además en el artículo 92 se exige claramente la participación mayoritaria en esta categoría de empresas. A este respecto GARRIDO FALLA se pregunta si es una prohibición de participación minoritaria del Estado o simplemente una exigencia para que puedan considerarse empresas nacionales (ver *Tratado...*, nota p. 384). Estimamos que se trata simplemente de una condición *sine qua non* para considerarlas incluidas dentro de una determinada categoría que cae dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley, mas nunca una prohibición, ya que entonces se excluiría a la Administración de bienes procedentes de herencias *ab intestato*.

El RS de las CL es menos perfecto en este punto al admitir en su artículo 104, 1.º, como uno de los procedimientos de institución de empresas mixtas la «adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente *para compartir* la gestión social», cuando debiera decir *para controlar* la gestión social. Creemos que este tipo de sociedad constituye una forma muy imperfecta de empresa pública.

administrativo, éste podrá utilizar como instrumento la más variada gama de empresas públicas, pero él nunca lo será. Advertimos, no obstante, que esta es nuestra postura ante el fenómeno—ya hemos indicado que se trataba de una cuestión convencional—, bastante coincidente por cierto—salvando los términos—con el de la LEEA.

3. Naturaleza jurídica

Lo primero que se plantea en relación con la naturaleza jurídica de las empresas públicas es la determinación de si dichos entes pertenecen al campo del Derecho público o del Derecho privado. Porque ya hemos dicho que en cuanto a su régimen jurídico quedan sometidas a la legislación mercantil y además que la calificación de *públicas* respondía en un primer examen al hecho de ser titular de las mismas la Administración por razones de interés público.

Por ello el problema presenta algunas dificultades, ya que hay autores que consideran que el asignar a las empresas públicas un carácter mercantil repugna a los fines del Estado y entonces las consideran como personas integrantes de la Administración, si bien gozando de una gran autonomía, como ocurre con los establecimientos públicos, pero sometidas al Derecho mercantil, por lo que prefieren denominarlas *empresas públicas de Derecho privado*. En cambio para otros el carácter de estas empresas es totalmente opuesto, defendiendo su semejanza con las sociedades mercantiles. En esta apreciación predomina, según Girón Tena (17), la faceta formal, derivada del aprovechamiento de una contextura jurídica que se ha elaborado en el tráfico de las empresas privadas.

Además hay que tener en cuenta que en algunos países se admite que el Estado realice actos de naturaleza mercantil.

El artículo 1.º del proyecto gubernamental del estatuto general de las Empresas públicas francesas afirma que *la empresa pública tiene la cualidad de comerciante*. El Derecho positivo es menos claro (18); sin embargo, tanto las empresas mixtas que son sociedades

(17) Cit. *supra*, p. 212.

(18) Roger HAURIU: «La gestion commerciale des entreprises nationalisées et le Droit privé», en *Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, pp. 222 y ss. Sobre todo por lo que respecta a la situación de los establecimientos públicos comerciales. Por lo general, la ley los califica de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial y prevé que se obliguen, para su gestión financiera y contable, a las reglas en uso de las sociedades industriales y comerciales. Así para la *Régie Renault*, artículos 7.º y 9.º, orden de 16 de enero de 1946. Ante estas fórmulas hay que sostener que los establecimientos públicos no son comerciantes, sino simplemente asimilados.

anónimas como las sociedades de banca y seguros han conservado su cualidad de comerciantes. Se podrá agregar en este sentido que el decreto de 9 de agosto de 1953, dictado en el vecino país, relativo al Registro Mercantil, ha previsto expresamente la inscripción de estas empresas públicas, y que al mismo tiempo el decreto de 3 de septiembre de 1953 las extiende el beneficio de la legislación de arrendamientos de locales de negocio.

Tal parece ser también el parecer de la jurisprudencia, que atribuye a los Tribunales de Comercio o a los Consejos de *prud hommes* competencia para conocer de los litigios que interesan a las empresas públicas, reconociendo, pues, no solamente que los contratos concluidos por estas empresas son contratos de Derecho privado, sino que son actos de comercio y que, por consiguiente, tales empresas tienen la condición de comerciantes (19).

La doctrina italiana anterior al nuevo Código civil no considera haya obstáculo para calificación de mercantil de un acto del Estado (20). Por otra parte, el artículo 7.º del Código de comercio admite la realización de actos mercantiles por entes públicos. Además el Código civil vigente, en su artículo 2.201, prescribe que las entidades públicas que tengan por objeto exclusivo o principal una actividad mercantil están sujetas a la obligación de inscripción en el Registro de Empresas (21).

En el Derecho suizo también se establece la inscripción. Y en el Derecho alemán, a la vista del Código de comercio, la doctrina no duda en afirmar que este tipo de entidades puede ser calificado de comerciante (22).

Podemos citar entre los administrativistas que opinan así a ForsthoFF (23).

(19) Roger HAURIUO: *ob. cit.*, pp. 227 y 228.

(20) GIRÓN TENA: *Las sociedades de economía mixta*, p. 109.

(21) GIRÓN TENA: *Las empresas públicas*, citada, p. 210.

(22) *Loc. cit.* nota anterior.

(23) *Ob. cit.*, p. 113. «La función conformadora de la Administración se manifiesta en dos formas principales: por la conformación estatal del orden social por medio de la intervención directa, y por la participación activa del Estado u otro sujeto de la Administración pública en las funciones de la vida social, convirtiéndose el Estado mismo en productor, comerciante o distribuidor de los bienes del tráfico. Esta participación es ya antigua, como lo demuestran las empresas de transporte y suministro municipales, pero sólo en los años subsiguientes a la primera guerra mundial alcanzó toda su importancia, al adquirirse plena conciencia de lo que significaba esta participación activa del Estado y del municipio en la vida social. A ello contribuyó esencialmente el hecho de que la Administración, en tanto que sujeto de estas empresas, comenzó ahora a desprenderse de las formas excesivamente rígidas

En España la posibilidad de realizar actos de comercio por parte de las entidades públicas había sido admitida por la doctrina, teniendo en cuenta que está implícito en nuestro Derecho positivo, supuesto que el acto de comercio se define como tal, sean o no comerciantes los que lo ejecuten (24). Pero es que a mayor abundamiento el Derecho mercantil se define actualmente como el Derecho de las empresas, según dejamos ya indicado, llamando además la atención la opinión de Mossa de que ello es independiente de la naturaleza jurídica de las mismas, ya que la calificación de mercantil no depende, para él, de la sustancia, sino de la forma. Con lo cual no se afirma, por otra parte, el carácter de comerciante de sus socios, en este caso de la Administración estatal, provincial o municipal.

Por lo que se refiere a la exigencia del artículo 116 del Código de comercio, que definía el *contrato de compañía* como aquel «por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro...», ha quedado definitivamente resuelto en la ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, en su artículo 10, pues si bien establece que en el caso de fundación simultánea o por convenio serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones, no pudiendo su número ser inferior a tres, también dice que «se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior las sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de las disposiciones vigentes» (25).

No faltan críticas, sin embargo, a dicho precepto, así por ejemplo, la de Broseta (26), para el que constituye una norma realmente excepcional respecto al Derecho universal de sociedades anónimas, en el que no existe un precepto análogo y además extraña al anteproyecto de ley de Sociedades anónimas formulado por el Instituto de Estudios Políticos.

Fundamenta su posición en que la elección de la forma de so-

y poco eficaces de la Administración soberana y burocrática, vaciando sus funciones «económicas» en los moldes jurídicos más elásticos del Derecho mercantil, especialmente como sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.»

(24) GIRÓN TENA: *Las sociedades...*, p. 109.

(25) Las disposiciones que lo permiten expresamente son la LRL, el R. del INI, la L. del S. y la LBPE.

«La sociedad anónima pública unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado», ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho comparado. Uppsala, agosto 1966.

(26) *Cit. supra.*

ciudad anónima plantea dos problemas fundamentales: 1.º El régimen positivo de la persona creada. 2.º La verdadera naturaleza del ente.

Respecto al primero —afirma— parece fundamentalmente resuelto —aunque en forma excesivamente simplista— en la LRL, en la LEEA y en las disposiciones específicas del INI: tales sociedades se rigen por el Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en disposiciones administrativas generales (LRL y LEEA) y en las especiales que le son aplicables. En realidad el Derecho mercantil y especialmente la LSA se aplican supletoriamente. Pero ¿se aplican íntegramente? La respuesta es rotundamente negativa, y ello por dos causas.

1.ª Porque las disposiciones especiales que regulan estas sociedades establecen numerosas derogaciones expresas al régimen de las sociedades anónimas. Así, por ejemplo, entre otras que analizaremos posteriormente, desaparece —incluso *ab initio*— la pluralidad de socios, se afirma la intrasmisibilidad absoluta de las acciones, se concede expresamente un derecho de veto a los administradores del Estado y se establece un control externo sobre la sociedad anónima.

2.ª Porque —además de estas derogaciones expresas— el hecho de ser un ente público accionista o el hecho de que éste sea el único socio hace inaplicable en muchos casos el régimen jurídico de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Por estas causas, desaparecen órganos y faltan algunos requisitos esenciales. Y así veremos cómo en la Junta general el régimen o el Derecho propio de las acciones pierde sentido, pues es inaplicable, y que los estatutos —en cuanto regulación de la vida corporativa— pierden razón de ser.

El segundo problema, es decir, la verdadera naturaleza del ente creado, está ciertamente condicionado por el primero, según Broseta. La solución depende de la de aquél, porque ¿hasta qué punto puede decirse que las personas jurídicas creadas son verdaderas sociedades anónimas?, se pregunta. ¿De qué sirve afirmar formalmente que nos encontramos ante una sociedad anónima si desde un punto de vista sustancial son tantas las derogaciones que de ella casi nada subsiste? (27).

(27) Las causas —según el autor— que han movido al legislador español a configurar esta extraña figura, son las siguientes: a) Evadirse de la aplicación del Derecho administrativo general para obtener una mayor agilidad de funcionamiento en el aspecto jurídico y en la actividad económica. b) Obtener el beneficio de la responsabilidad limitada que caracteriza a las sociedades mercantiles de estructura capitalista. c) Al legislador parece haberle movido

El hecho, sin embargo, es que el precepto comentado existe; que desde un punto de vista legal no hay duda respecto a la configuración de las empresas públicas como sujetos mercantiles—independientemente de que su capital esté constituido o no por acciones—y que a falta de otro instrumento apto han servido a la Administración estatal española principalmente en su obra industrializadora.

4. El problema de la finalidad de lucro

A) LICITUD O ILICITUD SEGÚN LOS CASOS

Otro problema que está en íntima relación con el anterior es el referente a la *licitud o ilicitud del fin de lucro* que puedan perseguir estas empresas. Examinemos la opinión de algunos autores con respecto a los entes públicos en general.

Hasta hace algunos años se negaba rotundamente la posibilidad de que la Administración pudiera obtener beneficios económicos de sus actividades, ya que se consideraba que repugnaba a los fines de la misma, pues como decía M. Hauriou (28) refiriéndose a los servicios públicos, si ellos son para crear el orden, porque el orden es necesidad pública, ellos no son para crear la riqueza económica, porque la riqueza económica no es una necesidad pública sino, por el contrario, una necesidad privada. Incluso en la actualidad hay autores, como Einaudi (29), que se muestran contrarios a la persecución de un lucro.

la idea de que la sociedad anónima es—como dice HOUIN—un perfecto modo de gestión para las empresas de grandes proporciones. Así se ha podido, humorísticamente, exclamar que «el Estado expropia al capitalismo sus empresas y también sus métodos». d) Puede pensarse también que la causa determinante se debe a que para explotar actividades mercantiles frente a terceros, el Estado quiere someterse íntegramente a las reglas del Derecho privado, utilizando las instituciones jurídicas de esta naturaleza. Sin embargo, hemos visto que este sometimiento no es total. e) Y, finalmente, se ha dicho por HOUIN que se recurre a la sociedad anónima porque lo reciente de las actividades mercantiles e industriales del Estado aún no han permitido a éste crear sus propias instituciones. O—como afirma ASCARELLI—porque ante un nuevo fenómeno económico o social, la tendencia irresistible del legislador es reconducirlo a las categorías jurídicas conocidas.

En nuestra opinión—concluye BROSETA—, las causas determinantes de la elección de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada son, preponderantemente, la primera y la última.

(28) *Principes de Droit public*, 2.ª ed., p. 368.

(29) Trata esta cuestión en sus *Principios de Hacienda pública*, trad. española, 6.ª edic. Madrid, 1962, pp. 66 y ss.

Otros, por el contrario, no ven en ello obstáculo alguno; así Girón Tena (30) afirma que no se debe pensar que el lucro se oponga al interés público, pues en este mismo sentido puede exigir obtenerlo en una función para aplicarlo a otra. Esto, sin embargo, puede sostenerse para casos excepcionales, mas no como medio normal de obtención de ingresos públicos, estimamos nosotros.

Ya más concretamente referido a las empresas públicas, Fortshöff (31) admite la compatibilidad de un lucro moderado con los intereses comunitarios, al decir que la denominación de *actuación económico-lucrativa* ha contribuido a oscurecer la realidad efectiva; que evidentemente existen empresas del Estado y demás corporaciones públicas establecidas exclusivamente o predominantemente para fines de lucro, como manufacturas, empresas agrarias o forestales, etc., *pero se trata siempre de excepciones*. De ordinario, las llamadas empresas económico-lucrativas del Estado o de las corporaciones están al servicio directo de la Administración. Basta pensar aquí, por ejemplo, en las empresas de transporte y suministro de los municipios, establecidas hoy predominantemente según las formas jurídicas del Derecho privado. Estas empresas podían hallarse, sin duda, en manos de sociedades capitalistas particulares—de lo que no faltan ejemplos—; si la Administración se convierte, bien directamente o bien indirectamente, a través de una sociedad mercantil, en sujeto de tales empresas, ello no tiene lugar casualmente, sino con el fin de que también aquí adquieran validez los principios vinculatorios para la administración del bien común y de la conformación social justa.

Treves (32) opina también que en rigor no hay ningún inconveniente que impida a la Administración gestionar una empresa con un fin de lucro, ya que de un modo u otro debe procurarse ingresos. Sin embargo, lo condiciona a su reconocimiento por el Derecho positivo (33).

García Oviedo y Martínez Useros (34) dicen que se discute si la idea de lucro puede marcar diferencia entre la empresa industrial y el servicio público. En pura teoría todo el servicio debería ser gra-

(30) *Las sociedades de economía mixta*, p. 108.

(31) *Tratado...*, p. 113.

(32) *La impresse publique*, p. 31.

(33) Hace a continuación un estudio de las empresas italianas agrupándolas en: a) Entes cuyos beneficios son devueltos a fines de utilidad pública; b) Entes cuyos beneficios son devueltos a ellos mismos; c) Entes cuyos beneficios son devueltos al Estado; y d) Entes cuyos beneficios son devueltos a los participantes en el capital.

(34) *Derecho administrativo*, tomo I, pp. 313 y 314.

tuito, alimentándose de los fondos generales del Estado. Pero el coste especial de algunos de ellos y la consideración de que muchos de estos servicios proporcionan beneficios concretos a los particulares que los utilizan determinan un régimen de tasas a abonar por los usuarios, que en buena doctrina no deben exceder de lo que el mantenimiento del servicio reclama. Sin embargo, existen servicios públicos, los que tienen carácter industrial, que autorizan beneficios económicos a la Administración, que en ellos va inspirada por el sentimiento de lucro. Este caso es excepcional y la idea de desinterés que preside la obra de la administración debería reducir al mínimo el número de estas empresas interesadas.

En la empresa industrial—afirman—no debe ocurrir cosa distinta, su finalidad es también el interés público, siquiera sea satisfecho por vía distinta. Son el interés social y el propio Estado los que dirigen estas empresas de producción, que no son empresas mercantiles en el riguroso sentido de esta palabra. El lucro debe quedar al margen de estas actividades aunque su índole permita, cubiertas sus atenciones primordiales, proporcionar ciertas ventajas económicas a la Administración.

En Rusia, por otra parte, se tiende a destacar la empresa como unidad organizada que si antes operaba en beneficio del empresario ahora es un medio para conseguir el fin común de la colectividad (35). Sin que en el mundo occidental se llegue a tanto, no cabe duda que la empresa pública se puede utilizar con una finalidad social.

Nosotros estimamos, sin embargo, que en este punto es preciso distinguir las empresas que realizan un servicio público, en el que se reúnen todos los caracteres del mismo, de aquellas otras que ejercen una actividad de producción de bienes. Aquí sí que es preciso trazar esta línea divisoria (36). Y en cuanto a las primeras, aún se deben separar las que lo hacen en régimen de monopolio, de las que concurren con los particulares en el mercado.

Respecto a las empresas administrativas que actúan *con monopolio legal*, el principio general debe ser el desinterés, ellas deben tender a cubrir exclusivamente el coste del servicio y aun en muchos casos tendrán que soportar una pérdida, si auténticas razones

(35) Ver nota interesante en GARRIGUES: *Tratado...*, tomó I, vol. II, p. 629.

(36) En contra de lo que opinan ciertos autores, que consideran que en principio no existe diferencia sustancial entre ambos tipos de actividades. Recuérdese, a este respecto, la polémica mantenida entre GARRIDO FALLA y VILLAR PALASÍ.

sociales lo exigiesen. No nos referimos, claro está, a los monopolios fiscales tradicionales y que por esa misma razón caen fuera del concepto de servicio público y también del de empresa pública que hemos expuesto.

Cuando estas empresas prestan servicios en *régimen de concurrencia*, la situación es distinta, pues un precio bajo podría perjudicar notablemente a las del sector privado. Supóngase el caso de un municipio que instalase una farmacia por ser insuficientes las existentes, y con sus precios bajos les hiciese una competencia ruinosa. Lo mismo podría decirse de aquellas cuyo capital fuera mixto, en este caso la situación varía también sustancialmente, ya que los accionistas privados habrán de obtener un beneficio por sus aportaciones, mas nunca la Administración.

Para las empresas administrativas *de producción*, admitimos en principio un beneficio, porque casi siempre se darán alguna de las circunstancias anteriores. Sería absurdo que, en el caso de que su finalidad fuese la de estimular la iniciativa privada, le hiciese la competencia con sus precios; sería pisar un terreno peligroso, algo así como «matar la gallina de los huevos de oro» en frase vulgar (37). Puede haber situaciones, sin embargo, en que el beneficio debe sacrificarse al interés común, así, por ejemplo, cuando la empresa fué creada con el fin precisamente de regular el precio del mercado. En estos casos, opina Einaudi que puede haber un beneficio mientras dure el primer precio, pero aquél no será estable, ya que al cerrarse las empresas extramarginales, la Administración podrá reducirlo, tendiendo hacia un *monopolio de hecho*.

Por eso, a la hora de determinar la oportunidad de lucro de las actividades administrativas, industriales y mercantiles, habrá de tenerse en cuenta siempre la conciliación de los dos factores afectados: el interés público y el interés privado. En la medida que beneficie a cada uno de ellos, sin perjuicio del otro, será admisible dicho lucro. Lo que rechazamos, desde luego, es la obtención de beneficios como fin primordial, a pretexto de financiar con ellos otros servicios públicos, ya que si éstos son divisibles deben financiarse

(37) En el caso concreto del Estado español, dice GARRIDO FALLA, la política seguida por el mismo no solamente no presenta ningún inconveniente a que los organismos y empresas económicas cubran sus gastos con sus propios ingresos, sino que toma las medidas necesarias para impedir que ocurra lo contrario, salvo excepciones («La devolution des pouvoirs aux institutions autonomes»; comunicación de la Sección española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, al XI Congreso de Wiesbaden).

con sus propios ingresos y si no lo son, a través del impuesto, según estipula el conocido principio fiscal (38).

B) ¿PRECIO O TASA?

Consecuencia de esto es la determinación de la naturaleza de los precios de estas empresas: ¿son realmente un precio o una tasa?

El tratadista americano Seligman aportó a la clasificación de los ingresos públicos puntos de vista originales, al basar esta clasificación en las relaciones económicas entre el individuo y el Estado, según se tratase de servicios cuyo beneficio al particular fuese divisible o indivisible. Teniendo en cuenta esto consideró cinco tipos de ingresos: precio cuasiprivado, precio público, tasa, contribución especial e impuesto.

Siguiendo a este autor, Einaudi y Fasiani recogieron y modificaron esta clasificación, distinguiendo: precio privado, precio cuasiprivado, precio público, precio político, contribución e impuesto.

No vamos a analizar detenidamente cada uno de los tipos que forman parte de los ingresos públicos, según estos autores, pero sí decir en qué consisten cada uno de los cuatro primeros, que son los que interesan a la empresa pública, ya que dentro de ellos habrán de encajar los que ésta utiliza.

El precio privado corresponde a bienes o servicios que satisfacen necesidades privadas divisibles, sin que, ni siquiera incidentalmente, se obtenga ninguna ventaja pública (39). Es, pues, semejante al que se formaría en una economía particular.

Precio cuasiprivado será el que corresponde a los bienes o servicios que satisfacen necesidades privadas y al mismo tiempo, aunque de modo secundario, cubren necesidades comunes o que tienen un fin público (40). Suele ponerse como ejemplo el de las explotaciones forestales de las entidades públicas.

A través del precio público, se satisfacen directamente necesidades comunes mediante la producción de bienes o servicios públicos que podrían realizarse por empresas particulares a un costo más alto. El precio público resulta, pues, al vender la entidad pública un

(38) El art. 168, ap. b) del RS de las CL, no distingue como lo hacemos nosotros, admitiendo como «licita la obtención de beneficios para aplicarlos a las necesidades generales del Municipio como ingresos de su presupuesto ordinario», en todos los casos de municipalización.

(39) *Ob. cit.*, p. 13.

(40) *Id.*, *id.*, *Privado* porque se forma en el mercado según las mismas leyes de la economía privada, *cuasi* porque con él se obtiene incidentalmente un fin público.

bien o servicio a precios inferiores a los privados, cubriendo, sin embargo, el coste de producción (41). Por ejemplo: los servicios de correos, teléfonos, etc.

Por fin, el precio político lo define Einaudi como la compensación inferior al coste total pagada por el contribuyente, por un servicio especial y divisible, que se le presta en su demanda, pero satisfaciendo simultáneamente una necesidad indivisible en todos los ciudadanos (42). Por ejemplo, los ferrocarriles o la enseñanza oficial.

Los dos últimos precios mencionados, entran dentro de lo que la doctrina española entiende con el nombre de tasa. No obstante, en el tránsito que va desde el precio privado al impuesto se pasa por toda una gama de mayor o menor predominio del interés privado y su divisibilidad, y del interés público, siendo por eso difícil trazar una línea que los separe. Einaudi considera que ésta se encuentra probablemente entre el precio público y el precio político, pues mientras en el primero el coste del servicio coincide con el beneficio obtenido por el particular, en el segundo la satisfacción de éste es menor que dicho coste.

Las condiciones esenciales para que aparezca el precio público —o el precio político— es, según Naharro: a) que la entidad pública produzca y pueda vender el bien o servicio a precio inferior al de los particulares; b) que produciéndolo al mismo coste, sea un bien de monopolio natural, con lo que la entidad podrá vender por bajo del *punto de Cournot*, renunciando a la extraganancia.

Según esto ¿cuál de estos precios corresponderá a la empresa pública? El primero de ellos descartado, pues se refiere al patrimonio que la Administración posee en las mismas condiciones que los particulares. En general el precio de las empresas públicas que gestionen servicios será un precio público o un precio político, según el menor o mayor alcance social que quiera dársele —por lo menos cuando no concorra un capital privado—, por lo cual sus tarifas deben ser objeto de intervención administrativa. En cuanto a las empresas públicas de producción, habría que asignarles un precio cuasiprivado, lo cual no quiere decir que excepcionalmente no pueda aplicarse también a las del otro tipo.

No parece ser éste, sin embargo, el criterio de la ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958, que en su artículo 2.º, número 2, excluye de su ámbito «las percepciones que los establecimientos públicos obtengan por la actividad que desarrollen

(41) Id., id., p. 23. Basta que el Estado fije los precios en forma diversa de la que es propia del mercado libre.

(42) Id., id., p. 63.

en forma de empresa industrial o mercantil», sin distinguir unas de otras. No obstante, esto puede referirse a la intención del legislador de no aplicar dicha ley a las empresas nacionales sin que prejuzgue la naturaleza de sus precios, que nosotros estimamos en algunos casos de carácter público.

5. Clases de empresas públicas

Villar Palasi (43) hace una clasificación que no corresponde a la empresa pública, ya que restringe este concepto al máximo, haciéndolo coincidir con aquellas empresas de la Administración que sometiéndose a un régimen jurídico mercantil no adoptan la forma de sociedades anónimas, quedando sujetas a un imperio interno, pero no *erga omnes*; por ejemplo, las minas de Almadén y Arrayanes en nuestra Patria, pero ya hemos dicho con S. Martín-Retortillo, cómo en base al mismo no podía alcanzarse una representación real efectiva de la gestión industrial del sector público, que es lo que en definitiva se pretende. Por eso lo que el autor hace es más bien un esquema de la actividad que la Administración realiza a través de la gestión económica.

El esquema de Villar Palasi es el siguiente:

I. Producción de entes administrativos autónomos bajo un régimen de Derecho público:

a) Con potestad de imperio *erga omnes*: «Establecimiento público intervencionista».

b) Con imperio interno, pero no *erga omnes*: «Empresa pública».

II. Producción a través de entes sin personalidad diferenciada: «Empresa propia».

III. Producción a través de sociedades privadas con carácter administrativo y bajo régimen *erga omnes* de Derecho común: «Accionariado del Estado», en sus dos formas de:

a) Accionariado fiscal.

b) Accionariado de control o gestor.

IV. Producción colaboradora de empresas privadas.

S. Martín-Retortillo (44) hace una clasificación que ya se refiere claramente a las empresas públicas, dividiéndolas del siguiente modo:

(43) *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, páginas 76 y ss.

(44) *Ob. cit., loc. cit.*

- a) El Instituto Nacional de Industria.
- b) Sociedades mercantiles constituídas con capital público.
- c) Empresas públicas en sentido propio.

Nosotros hemos definido la empresa pública sobre la base de la presencia de la Administración en la formación de su capital y su consiguiente gestión, siempre que tal presencia venga justificada por un interés público. Dentro de estos límites hemos de movernos, para hacer una clasificación de todas aquellas empresas que permanezcan en el interior de los mismos.

La clasificación puede hacerse, atendiendo a diversos puntos de vista:

a) En primer lugar, según la persona pública que participe en ellas, podrán ser *estatales, provinciales y municipales*.

b) Teniendo en cuenta la distinción entre servicios inmateriales y bienes materiales observaremos empresas que se dedican a una u otra actividad. Es decir, empresas *que producen servicios* y empresas *que producen bienes*.

c) Atendiendo a la personalidad pública o privada de las mismas, existen empresas públicas *en sentido estricto*, que son las que conservan aquella, y *mercantiles*, que serán las que se constituyen de acuerdo con el Código de comercio. Las primeras aún pueden subdividirse en *propias y autónomas*, según la mayor o menor dependencia de la Administración. Las mercantiles a su vez pueden ser *absolutas y mixtas*, en razón de su participación capitalista única o compartida.

No cabe subdividir a estas últimas en mayoritarias y minoritarias, puesto que las dos últimas han quedado excluidas de nuestro concepto de empresa pública.

Especial mención de la de carácter mixto:

Haremos una mención expresa de la llamada *empresa mixta o sociedad de economía mixta*, como la denominan algunos autores (45). En Francia se utiliza la expresión *Société mixte*, y también *Entreprise publique mixte*. Kleinwachter, por fin, las llama *empresas semipúblicas*.

Para M. Hauriou (46), el procedimiento de economía mixta consiste en una colaboración entre Administraciones y particulares para

(45) Cfr. GIRÓN TENA: *Las sociedades de economía mixta*; GONZÁLEZ PÉREZ: «Las sociedades de economía mixta y las empresas del Estado en la legislación argentina», en *RAP* núm. 3; GARRIDO FALLA: *Tratado...*, p. 381.

(46) *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 12.^a edic. París, 1933, p. 1096.

la gestión de empresas de interés público, haciendo uso de métodos de Derecho privado y, especialmente del procedimiento de suscripción de acciones. Este sistema que está más desarrollado en el extranjero que en Francia—dice—ha sido introducido en nuestra Patria por ley de 16 de octubre de 1919, sobre utilización de energía hidráulica.

Girón Tena (47) acepta, en principio, la definición que de ellas da Pasow, pero con algunas modificaciones, resultando, según ella, que sociedad de economía mixta es aquella cuyo capital social está constituido por aportaciones de particulares y colectividades públicas, correspondiendo su gestión y administración a las personas privadas y a dichas colectividades.

Garrigues (48) las denomina *sociedades anónimas de economía mixta* y dice que son aquellas que están sometidas a las normas ordinarias de la sociedad anónima, pero cuyo capital y administración pertenecen conjuntamente a particulares y colectividades públicas.

Las empresas mixtas son admitidas por primera vez en España por ley municipal de 1935 (art. 135), siendo recogida esta forma de prestación por la vigente legislación. La ley de 1941 creadora del INI también prevé este sistema y la ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, las considera incluidas en la categoría de empresas nacionales.

Finalmente—dice Garrido Falla (49)—, se ha de observar que el hecho de que una Administración pública aporte su capital a una sociedad mixta tiene consecuencias jurídicas administrativas que determinan, desde luego, un régimen especial de estas sociedades, que se concreta principalmente en los siguientes extremos:

1.º La participación administrativa en la dirección de la empresa puede ser más intensa que la que resultaría de su simple calidad de accionista.

2.º Puede existir un límite legal para el plazo de vigencia de estas sociedades, al final del cual revierten en la Administración—como en el caso de la concesión—los bienes e instalaciones del servicio.

3.º Cuando la participación estatal es superior al 75 por 100 del capital, la fiscalización contable de las empresas nacionales corresponde al Tribunal de Cuentas (art. 93, LEEA).

(47) *Las sociedades de economía mixta*, citada, p. 26.

(48) *Tratado...*, tomo I, vol. II, p. 628.

(49) *Tratado...*, vol. II, p. 386.