



CONSIDERACIONES EN TORNO A LO PRIVADO Y LO PÚBLICO

321

Por PEDRO DE MIGUEL GARCIA

Sumario: 1. Lo privado y lo público como constantes históricas.—2. Lo privado y lo público como categorías cambiantes. La *publicatio*.—3. Lo privado y lo público en los sistemas individualistas. El principio de subsidiariedad.—4. Lo privado y lo público como esferas jurídicas de difícil delimitación. La actividad administrativa de los particulares y la actividad privada de los entes públicos.

1. Lo privado y lo público como constantes históricas

EL conflicto entre lo privado y lo público es tan antiguo como la propia historia del hombre, dada su doble e inseparable condición individual y social. «Cualquier hecho social—dice Chenot—revela una relación entre dos abstracciones que tienen el mismo objeto: el hombre. En uno de los extremos de la relación está el individuo aislado, y en el otro, el conjunto de individuos agrupados en colectividad. La antinomia individuo-Estado cubre la unidad del problema social» (1).

La relación entre lo individual y lo colectivo ha sido el eje sobre el que ha girado todo el pensamiento político, económico, social y jurídico de todos los tiempos. El antagonismo entre el

(1) BERNARD CHENOT: *Organisation économique de l'Etat*, Dalloz, 1965, p. 8.

Estado liberal y el intervencionista, entre el sistema económico del capitalismo y el del socialismo, entre la sociología nominalista y la colectivista y entre el Derecho privado y el público, finalmente, en cuanto éste es una manifestación típica de la socialización del Derecho, no son sino exponentes de la diferente consideración que aquellos valores han tenido en las distintas corrientes ideológicas. La mayor o menor atracción ejercida por cada uno de los polos extremos de aquel eje determina que el sistema sea predominantemente individualista o predominantemente colectivista; la imposibilidad de que uno de ellos anule totalmente la fuerza del otro explica, por otra parte, la inexistencia de sistemas individualistas o colectivistas puros.

No debe olvidarse que en el conflicto entre lo privado y lo público se encuentran implicados elementos tan distintos como el individuo, el grupo, la sociedad, cada vez más entendida como conjunto de grupos que de individuos, y el Estado. No es éste el lugar para hacer un estudio de las distintas relaciones entre dichos elementos, que corresponde claramente al dominio de la sociología, aunque sí conviene dejar constancia de un fenómeno que aquí tiene gran interés. Me refiero a la afirmación teórica de la superioridad del individuo y a la negación de la misma en la práctica.

En efecto, el individuo, como afirma Galbraith (2), goza en nuestra cultura de un estatuto mucho más respetado que el del grupo. De un individuo se supone que dará algo de sí, mientras que de un comité se presupone la inacción. Los individuos tienen alma y de las grandes compañías se sabe positivamente que no la tienen. Pues bien, a pesar de todo esto, hay que afirmar, aunque sea duro, la superioridad de la organización sobre el individuo en el cumplimiento de importantes tareas sociales. En la industria moderna las decisiones importantes se basan en información, nunca poseída por un hombre solo, sino detentada por todos los componentes de la organización, debidamente intercambiada y contrastada. El individuo, aunque goce de los atributos del genio, es superado por los comités o juntas que combinan los distintos y especializados conocimientos.

(2) JOHN KENNETH GALBRAITH: *El nuevo Estado industrial*, Ariel, 1987, p. 79.

El individuo frente a la sociedad goza igualmente del mismo favor. Como observa el autor citado, reaccionamos más favorablemente a la vista de un individuo que intenta salvar su personalidad y evitar que quede absorbida en la masa y exigimos prueba—en principio, al menos—antes de poner freno a sus agresiones a la sociedad. La intimidad, ese residuo que queda en el individuo de inadaptación a las estructuras colectivas, como lo define Legaz Lacambra (3), se exalta como sede de todos los valores personales de los que se nutre la propia vida social y se esgrime frente a la masificación de nuestros días, que, al anular zonas cada vez más amplias de esa intimidad, mediocriza los talentos y atenta contra la libertad de los selectos. Sin embargo, el individuo es un auténtico producto social, como dice Chinoy (4), y cuando surge el conflicto individuo-sociedad o interés individual-interés general no dudamos en sacrificar aquél en aras de éste por la trascendencia que el bien común tiene en toda forma de vida societaria.

Finalmente, la antítesis individuo-Estado se resuelve igualmente en teoría, destacando el valor superior de aquél, ya que el Estado y la Administración deben estar en función y al servicio del hombre y no al contrario. Estado y Administración tienen sentido en cuanto suponen, en frase de Von Stein (5), una acción trabajando—*arbeiten der Staat*—; pero el contenido de ese trabajo no es egolátrico, sino «el conjunto de condiciones del desarrollo individual de todos aquellos cuya comunidad forma el Estado». «También un Estado particular tiene su muerte—dice Von Stein en otra ocasión (6)—. Esta muerte ocurre cuando Constitución y Administración existen sin consideración al individuo y su destino y el Estado vive sólo para sí y su personalidad.» Los dos sistemas antagónicos—el capitalismo y el socialismo—coinciden en la exaltación del individuo y en la necesidad de excluir en menor o mayor grado al Estado. En efecto, el capitalismo postula la iniciativa y bienestar individuales y a tra-

(3) L. LEGAZ LACAMBRA: *Socialización, administración y desarrollo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 23.

(4) ELY CHINYO: *La sociedad. Una introducción a la sociología*, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 70.

(5) VON STEIN: *Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht*, Francfort, 1958, p. 24.

(6) VON STEIN: *Movimientos sociales y Monarquía*, Madrid, 1957, p. 48.

vés de su bagaje liberal impone una separación entre lo económico y lo político. El principio colectivo del socialismo integral, por su parte, supone, como ha afirmado Dupont-White (7), un resorte para la grandeza y desarrollo individuales y pretende que la organización económica haga innecesaria la política. Sin embargo, paradójicamente, la realidad nos ofrece un crecimiento del Estado, que en ambos sistemas invade, en diferente medida, la esfera de acción del individuo (8). El capitalismo, en su forma pura como organización de la economía sobre la base de la propiedad privada, la libertad de competencia y el ánimo de lucro, nunca ha existido, ni aun en los tiempos en los que la burguesía se apoderó de los Parlamentos, consiguiendo la intangibilidad de los derechos de libertad y propiedad. El proteccionismo en lo exterior y la política monetaria, fiscal y social en lo interior han supuesto siempre manifestaciones interventoras del Estado que limitaron el sentido de la libertad. En el polo opuesto, el socialismo, en su sentido puro, no ha conseguido tampoco imponerse ni aun en los países que lo han escogido como guía, más que en sus primeras etapas de transición, conformándose con su vertiente más moderada, consistente en la socialización de los instrumentos de producción y en la libre disposición de los bienes para el consumo, con la particularidad de que el beneficiario de la expropiación de aquellos bienes de producción no ha sido el individuo, sino el Estado. Este ha sido en ambos sistemas el que ha arrebatado el protagonismo al hombre en su doble vertiente individual y social. El árbitro se ha convertido en dueño y señor. Frente al capitalismo y socialismo puros han surgido el capitalismo de Estado y el socialismo del Estado, expresiones típicas de un intervencionismo imperante por doquier.

El Estado ha asumido siempre, respecto a la sociedad, al menos teóricamente, la finalidad de asegurar el bien común o interés general. Su extensión y alcance han dependido de las distin-

(7) DUPONT-WHITE: *L'individu et l'Etat*, Introd., p. LXIII.

(8) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, en *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, IEP, 1964, afirma que la mayor o menor intensidad de la potestad pública en relación a la economía depende no solamente de circunstancias de puro hecho del desarrollo natural de la actividad económica, sino también de las fórmulas políticas y de la ideología dominante en cada época sobre la finalidad que al Estado incumbe.

tas formas de manifestarse la relación entre aquél y ésta. Dicha finalidad recibe el nombre de *orden* con el Estado productor de seguridad del liberalismo; *servicio público*, con el Estado prestador de servicios de la segunda revolución industrial, y abiertamente *interés general*, con el Estado productor de bienes o Estado patrón de nuestros días. El orden, el servicio público y el interés general han sido, pues, los tres conceptos abstractos e indeterminados que han catalizado en diferentes épocas ese bien común en que consiste la finalidad de todo Estado.

El desfase producido entre el dinamismo de la actividad estatal y la inercia y resistencia de las instituciones al cambio y a la admisión de nuevas categorías forzosamente provocará una crisis, que se traducirá bien en la ineficacia ante las nuevas exigencias, bien en la desvirtuación de los conceptos. Esto es precisamente lo que ha sucedido con los conceptos del orden y servicio público, al pretender incluir en su seno nuevas formas de actividad administrativa sin acompañar su evolución conceptual a la de la realidad social sobre la que incidían. La expansión del orden hacia actividades como la sanidad y la estética, y del servicio público hacia la mera gestión económica, produjeron la crisis de los respectivos conceptos y, con ello, la de los propios medios de que se valía la Administración, tales como los bienes demaniales, los establecimientos públicos, la concesión, etc.

El concepto actual de interés general en que se condena la finalidad del Estado supone, de un lado, el límite de su actividad, y de otro, el fundamento de la misma. Sin embargo, dada la amplitud del concepto, su vaguedad y las facultades de la Administración de determinar su ámbito, no es de extrañar que el poder de ésta en nuestros días sea muy superior en la práctica al del príncipe en el Estado absoluto.

2. Lo privado y lo público como categorías cambiantes.

La «publicatio»

El ámbito de lo privado y lo público no ha sido nunca algo definitivo, sino que cada país, de acuerdo con la ideología imperante en cada momento, se enfrenta con dos tipos de problemas

a los que intenta dar solución: 1) qué clase de actividades o bienes tienen aquel carácter o éste, y 2) en qué casos o momentos debe operarse un trasvase de un sector a otro. Esto nos lleva a contemplar el fenómeno desde un punto de vista estático y otro dinámico.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es de sobra conocido cómo el Estado, para la consecución del «bien común temporal», realiza una serie de actividades, parte de las cuales son esenciales para la existencia de todo Estado, como la legislación, política exterior, defensa, justicia, hacienda y orden público, y parte de mera utilidad, cuya realización depende de las razones políticas que en cada lugar y momento predominen. Pues bien, es respecto a este segundo tipo de actividades del que cabe afirmar el carácter contingente y variable de los fines del Estado o, en otras palabras, de la actividad administrativa, dado que la Administración es el órgano fundamental del Estado para el cumplimiento de sus fines. Desde esta perspectiva, las ideologías políticas extremas se corresponden con el Estado inhibicionista o gendarme y con el autoritario o totalitario. En aquél, la relación Estado-sociedad es de separación, adoptándose la postura individualista del *laissez-faire*, con lo que la decisión de los bienes que se han de producir corresponde a la empresa privada (economía de mercado) y la actividad financiera prestadora de servicios públicos «indivisibles y consolidados» (9) al Estado. En éste se produce una confusión de los fines de la sociedad y del Estado en beneficio del último, mediante una transformación del sector privado en público, como corresponde a la concepción socialista. El Estado se convierte no sólo en la única unidad de producción, sino que determina lo que deben adquirir las unidades de consumo (economía dirigida). En realidad, no existen formas puras de ambos sistemas, sino que cada uno, en un proceso mutuo de acercamiento, va admitiendo principios del otro para salvar las propias deficiencias. Así el Estado inhibicionista corrigió los abusos y deformaciones del sistema mediante un intervencionismo normativo en los diversos sectores de la producción, para pasar finalmente a asumir el protagonismo de la vida económica con-

(9) Expresión tomada de LUIGI EINAUDI en sus *Principios de Hacienda pública*, p. 89.

virtiéndose en empresario. El Estado autoritario, por su parte, ha tratado de superar los defectos estructurales inmanentes a todo dirigismo centralista, permitiendo una cierta autonomía a los órganos encargados de la actividad económica. Es así cómo, frente a las concepciones extremas, surge un tipo intermedio de Estado—el Estado intervencionista—que incide en la sociedad, la cual, por su parte, se reserva el ejercicio de determinadas actividades; el límite entre ambos viene establecido por las normas en que cristalice el principio de subsidiariedad.

La segunda cuestión alude a los fenómenos de la «publicación» y la «privatización», conceptos que encierran un conjunto de técnicas variadas (10) a través de las cuales tiene lugar la alteración del *statu quo* entre el sector público y el privado, producida por una expansión de aquél sobre éste, o viceversa. Esta modificación se ha producido en ocasiones de una forma total y brusca dentro del contexto de una revolución, como sucedió con la privatización realizada por la Revolución francesa de 1789 y con la publicación de la rusa en 1917, pero normalmente tiene lugar de forma esporádica y no violenta, aunque en todo caso es reveladora siempre de una fuerte tensión latente en el seno de la sociedad como consecuencia de su repercusión sobre los intereses en juego.

El Estado de nuestros días ha ido realizando desde los albores liberales de la Revolución francesa un proceso creciente de absorción de la vida social que le ha merecido el nombre de Estado intervencionista.

En un principio el intervencionismo fue de carácter moderado o conservador. La actividad policial del Estado iba dirigida a la defensa de la propia libertad, considerada ya en un sentido individual, como en el caso de las leyes antimonopolio, ya social, como la reglamentación de las condiciones del trabajo, al objeto de corregir las injusticias sociales nacidas de la misma libertad. Su actividad prestacionista estaba inspirada en motivos asistenciales, como la realización de obras públicas, beneficencia e ins-

(10) La enajenación de las participaciones estatales en las empresas públicas, de un lado, y las diferentes medidas conocidas con los nombres de estatización, socialización y nacionalización, por otro, son las técnicas típicas a través de las cuales se produce, respectivamente, ese doble fenómeno de la *privatización* y *publicación*.

trucción pública, campos hacia los que la iniciativa privada no se sentía atraída por la falta de rentabilidad de las inversiones y que exigían la atención del Estado toda vez que, como consecuencia de la ideología liberal, habían sido suprimidos los cuerpos intermedios que tradicionalmente se habían ocupado de dichas actividades y se habían desamortizado los bienes con parte de cuyas rentas se atendían las mismas.

Más tarde, gracias a los descubrimientos de lo que vino en llamarse segunda revolución industrial, surgieron nuevos servicios públicos de carácter económico, como el ferrocarril, el teléfono, el telégrafo, la electricidad, el gas, etc., por lo que la tradicional actividad de policía y fomento resultará insuficiente para la prestación de los mismos, lo que, unido a sus peculiares características técnicas y de explotación y su importancia esencial para la vida de cada país, exigirá al Estado extender el ámbito de su actuación a aquéllos mediante la adopción de una nueva técnica, que recibirá el nombre de servicio público. La vigencia de la ideología liberal, que niega al Estado la condición de sujeto económico, provocará la aparición de figuras y categorías jurídicas, como la del contratista interpuesto y la concesión, que permitirán conciliar el antagonismo de los sistemas liberal e intervencionista mediante un sutil juicio salomónico, en virtud del cual a los particulares corresponde la explotación de los servicios y al Estado su titularidad.

Posteriormente, en una tercera etapa, la Administración asume ya directamente la gestión de determinadas actividades económicas, en un principio prestadoras de servicios y más tarde productoras de bienes (11), iniciándose el desplazamiento del *servicio público* por una nueva categoría: *la empresa pública*. El fenómeno, que tiene sus orígenes a comienzos de siglo, se produce como consecuencia fundamentalmente de las grandes guerras mundiales, que obligan a concentrar en manos del Estado prácticamente toda la economía en las fases de producción, distribución y consumo; de la paz precaria que existe en los períodos

(11) La diferencia entre prestación de servicios y producción de bienes ha llevado a Villar Palasí al establecimiento, al lado de la actividad clásica de servicio público, de una nueva forma de acción administrativa, conocida con el nombre de gestión económica. Su autonomía respecto a la actividad del servicio público, no es aceptada unánimemente por la doctrina.

previos a las guerras; de las grandes crisis económicas, que exigen una corrección a las reglas liberales del *orden natural*; del auge del socialismo; de la crisis del propio sistema concesional y, en particular, de la *menesterosidad social*, que se produce como consecuencia de la transformación de la vida rural en urbana y que determina que el hombre del siglo xx, a diferencia del de comienzos del xix, esté más preocupado por la seguridad que por la libertad, lo que se traducirá en un cambio de actitud en cuanto a su idea de los fines que el Estado debe cumplir. La democracia política se transforma en democracia social.

Finalmente, surge una etapa en la que el Estado se configura como programador y conformador de la vida social (12). Al Estado ya no le interesa tanto acumular empresas, sino fijar unos objetivos e instrumentar todo un conjunto de técnicas que pongan en marcha a la sociedad para la consecución de aquellos objetivos. Este nuevo estilo de la acción administrativa que supone la programación implica, como ha dicho López Rodó, la declaración por el Estado de aquellos objetivos que se consideran de preferente interés o utilidad pública, sin que ello signifique la titularidad exclusiva de los mismos en sus manos; antes al contrario, la Administración hace suya aquella frase de Metternich: «Yo sólo hago lo que nadie es capaz de hacer por mí.»

La planificación económica, como marco dentro del que tendrán cabida esos objetivos, será utilizada como instrumento de la política económica cada vez por mayor número de países, con independencia del sistema económico por el que se rigen, aunque su carácter lógicamente esté en función del referido sistema.

El Estado que nace de la Revolución francesa ha ido, pues, aumentando constantemente sus poderes en un continuo proceso intervencionista que en unos casos utiliza el vehículo de la revolución y en otros el de la reforma. Algunos países, como Rusia en 1917 y los sometidos a su influencia, al finalizar la segunda guerra mundial, es decir, los países que forman el bloque socialista, aceleraron bruscamente el proceso hasta caer en un dirigismo totalitario, cuyos excesos exigieron pronto moderadas medidas privatizadoras. El resto, los llamados países capitalistas,

(12) G. ARIÑO ORTIZ: *Lecciones sobre servicio público*. XI Curso de Técnicos de Administración Civil, Alcalá de Henares, 1971, pp. 17 y ss.

respetando el viejo principio de la propiedad privada de los medios de producción, han continuado su constante publicación, limitando cada vez más la propiedad de los particulares y reduciendo su ámbito a la par que se extiende la propiedad pública. Sin embargo, ese continuo esfuerzo de publicación de actividades y bienes, o *publicatio*, ha tenido que salvar siempre, como observa Villar Palasí (13), numerosos obstáculos, como los derechos adquiridos de los señoríos feudales, de las ciudades y de los gremios en el Derecho intermedio, y la cláusula constitucional de reserva legal, unida al principio de libertad industrial, en el constitucionalismo. El gran problema de la Administración ha sido el hallazgo de títulos de potestad que legitimen su actividad. Estas potestades han respondido unas veces al título de regalías, como las existentes en algunos países sobre la lotería, los naipes y la sal; otras, a la idea del dominio público y servicio público, como en el caso de las aguas y ferrocarriles; en ocasiones, al establecimiento de monopolios fiscales, como el de tabacos y petróleos, y en algunos momentos, a la idea de incorporación de funciones o señoríos, como la creación del Servicio de Correos.

Villar Palasí (14), refiriéndose al proceso histórico de la *publicatio*, contempla las siguientes etapas:

1.^a Durante la monarquía absoluta de los siglos xvi y xvii, el viejo concepto de *pax publica*, legitimador de las clásicas potestades regias, será objeto de una secularización que le alejará cada vez más de la *pax Dei* y de una generalización, obra fundamentalmente de Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham, con lo que la conservación de la *pax publica* será el título genérico que justificará la intervención del poder.

2.^a En el siglo xviii, con el tránsito de la monarquía autoritaria renacentista a la monarquía absolutista de derecho divino de los Borbones, la nueva idea del orden público va a justificar la potestad del poder público, que recibirá el nombre de policía.

3.^a Con la Ilustración, el fomento se convertirá en la panacea del orden político, cuya finalidad será la remoción de los obstáculos que se oponen a la prosperidad propugnada por el despotismo ilustrado. El fin de la Administración se identifica con

(13) J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención a...*, ob. cit.

(14) J. L. VILLAR PALASÍ: *Introducción y teoría de las normas*, p. 145.

el fomento, el cual se convertirá en la justificación de su actuación.

4.^a El siglo XIX, partiendo de la idea del *uso general* de los bienes demaniales, llegará al concepto de *servicio público* primero mediante la consideración de que la prestación de determinadas actividades exige utilizar el dominio público, y más tarde, con independencia incluso del propio soporte objetivo del dominio público. La idea de servicio público se presenta, pues, como una técnica de expansión de poder. Sin embargo, la transformación del sentido de la Ley, que se produce con el advenimiento del constitucionalismo, va a ser decisiva en este sentido, toda vez que se va a convertir en el título indiscutible de intervención (15).

La potestad de intervención estatal en la vida económica en los países capitalistas no ha logrado convertirse en un título abstracto, en una auténtica *auctoritas*, a diferencia de lo sucedido con la potestad tributaria. ¿Cómo se explica que ésta constituya un título genérico y aquélla no, si ambas son manifestación igualmente típica de la soberanía? La razón está en el seno de la propia ideología liberal, cuyo efecto estelar aún perdura por más que hoy se hable por doquier de Estado intervencionista, y cuya convivencia con esquemas autoritarios conduce a fórmulas de equilibrio forzosamente inestables y contingentes. En este equilibrio el liberalismo puede ceder totalmente en determinados terrenos, como es el tributario, donde el atentado contra la propiedad será siempre parcial; pero donde no puede ceder de manera absoluta es ante el intervencionismo económico total, pues en tal supuesto la propiedad privada desaparecería o perviviría precariamente bajo la amenaza de su desaparición, y en estas circunstancias difícilmente podría hablarse de capitalismo. La existencia de ese título abstracto en manos del Estado convertiría, al menos virtualmente, un país capitalista en socialista.

(15) G. ARIÑO ORTIZ observa en la obra citada (pp. 27 y ss.) que el proceso de *publicatio* es un proceso gradual. Una primera etapa, de breve duración, se caracteriza por una regulación de policía progresivamente intensa, como sucede en materia de alumbrado público, de gas o de teléfonos. Una segunda etapa en la que se utiliza especial o privativamente el dominio público como título de intervención administrativa de aquellas actividades de servicio público que la exigen, como el tendido de vías, de hilos telefónicos o de conducciones de gas. Y finalmente la declaración de la actividad en cuanto tal como servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración (necesite o no de la utilización especial del dominio público).

3. Lo privado y lo público en los sistemas individualistas. El principio de subsidiariedad

La delimitación de las esferas de acción del individuo y del Estado en la realización de aquellas actividades consideradas como no esenciales para la consecución de los fines públicos ha sido resuelta de forma maximalista por el liberalismo en favor de aquél y por el socialismo en favor de éste. Es precisamente en los países que adoptan un sistema intermedio, en los llamados Estados sociales o intervencionistas de Occidente, donde el problema recibe una solución de compromiso, conocida con el nombre de principio de subsidiariedad, de la que va a depender el fundamento de la actividad económica del Estado.

El viejo dogma liberal que al separar política y economía negaba la condición de sujeto económico al Estado y que fue suprimido por el Estado socialista, al trastocar totalmente los términos de la relación, fue conservado en cambio por el Estado capitalista, si bien corregido en la medida en que se imponía el intervencionismo estatal. El principio de subsidiariedad se presenta así como un residuo histórico liberal que perdura en el Estado intervencionista una vez corregido su primitivo rigor. La razón de ser del principio va unida a aquellas modalidades de la acción administrativa que implican una actividad estatal, o sea la prestación de servicios públicos y la producción de bienes, quedando, por tanto, fuera de su ámbito las medidas de policía y fomento con que la Administración influye en el sector privado. En otras palabras, contempla a la Administración como sujeto económico, no como poder de coacción y estímulo.

La importancia del tema al decidir la relación Estado-sociedad en la economía va a determinar su incorporación a los textos constitucionales de la mayoría de los países. La fórmula será prácticamente idéntica en todos ellos: primero se declara el respeto a la iniciativa privada e inmediatamente después se permite la ingerencia estatal en aquellos supuestos en que lo exija el interés de la comunidad. La vaguedad de la expresión que permite dicha ingerencia plantea en la vida real serios problemas de interpretación, que en gran parte suelen resolverse cuando la ley

ordinaria enumera los supuestos en que aquélla puede tener lugar e incluso en algunos casos el procedimiento que ha de seguirse al objeto de garantizar al máximo el respeto a la iniciativa privada. Sin embargo, la enumeración de los referidos supuestos suele a su vez incurrir en el empleo de fórmulas igualmente vagas y generales, cuya determinación pone en manos del Estado el empleo de un amplio margen de discrecionalidad.

En nuestro país, y por lo que se refiere al nuevo Estado, la preocupación por la delimitación del sector público y privado se encuentra ya en los 26 puntos de la Falange. El punto 8 declaraba que «el Estado nacionalsindicalista permitirá toda iniciativa privada compatible con el interés colectivo, y aun protegerá y estimulará las beneficiosas»; el punto 13 reconocía la propiedad privada como medio lícito para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, y el punto 14 propugnaba la nacionalización de los grandes servicios públicos, en especial el de la Banca.

El apartado XI del Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938, partiendo del principio de que toda la producción nacional constituye una unidad económica al servicio de la patria, declara que «todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la nación». Sin embargo, a pesar de la concepción del Estado como instrumento totalitario superador del capitalismo liberal y del materialismo marxista, se reconoce a la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida de la nación, y se limita la actuación empresarial del Estado cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses económicos de la nación.

El Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, en su artículo 30, reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, pero declara abiertamente la subordinación de todas sus formas a las necesidades de la nación y al bien común.

La Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, al sintetizar con el carácter de permanentes e inalterables los principios que inspiraron las Leyes Fundamentales, declara en el X que la propiedad privada, en todas sus formas, es un derecho condicionado a su función social, y que la iniciativa

privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado. Por otra parte, al proclamar en el II el acatamiento a la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, en la que deberá inspirarse la legislación, ratifica la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la supletoriedad de los poderes públicos en relación a la iniciativa de los particulares, contenida principalmente en las encíclicas *Quadragesimo anno*, *Populorum progressio* y *Mater et Magistra*.

Finalmente, la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, contiene dos formulaciones importantes al respecto: por un lado, declara en su artículo 3.º la subordinación de todo interés particular al bien común, al incluir entre los fines fundamentales del Estado la promoción de un orden social justo; por otro, concibe al Estado (art. 1.º) como la suprema institución de la comunidad nacional que ejerce la soberanía a través de los órganos adecuados a los fines que ha de cumplir, y a la Administración (art. 40) como la encargada de cumplir los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general.

El principio de subsidiariedad es recogido igualmente en disposiciones ordinarias. La ley de 24 de noviembre de 1939, de ordenación y defensa de la industria nacional, en su artículo 4, apartados n) y o), preveía ya la ejecución de proyectos por el Estado, cuando faltase la iniciativa privada, para el mejor aprovechamiento de las materias primas nacionales y de las fuentes de energía, así como la incautación de las empresas industriales en casos excepcionales, cuando lo exigiera el interés supremo de la defensa o economía nacionales, si bien en el artículo 15 se prohibía a las industrias del Estado y de las corporaciones y organismos públicos competir ventajosamente con los particulares en la fabricación de artículos no relacionados con la defensa de la nación.

Más tarde, la ley de 25 de septiembre de 1941 crea el Instituto Nacional de Industria (16) al objeto de «... propulsar y financiar,

(16) Ley modificada posteriormente por ley 152/1963, ley 63/1964, decreto 480/1968 y decreto-ley 20/1970.

en servicio de la nación, la creación y resurgimiento de nuevas industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica...». El principio de subsidiariedad se recoge igualmente en la legislación local, y en particular en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, al regular las municipalizaciones, provincializaciones de servicios, en la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, y en otras numerosas disposiciones.

Con la planificación económica, el Estado ha tipificado los motivos que justifican su actuación económica mediante la forma de empresa, concretando así el principio de subsidiariedad de la acción estatal, y ha introducido como novedad importante la exigencia de un procedimiento para comprobar la falta de existencia o suficiencia de la iniciativa privada. El decreto de 23 de noviembre de 1962, sobre directrices y medidas preliminares del Plan, de acuerdo con las orientaciones del informe del Banco Mundial sobre la economía española, declaraba en su artículo 4 que «las nuevas actividades que se emprendan por las empresas nacionales hoy existentes, así como las de aquellas otras entidades de igual clase que puedan crearse en el futuro, atenderán a suplir la iniciativa privada o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas, sin perjuicio de las que puedan serles encomendadas por el Gobierno en relación con la defensa nacional». De conformidad con estas directrices, la ley de 28 de diciembre de 1963, por la que se aprobó el I Plan de Desarrollo Económico, disciplina el sector público industrial al exigir el artículo 4 para la creación de empresas nacionales y para la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes, la concurrencia de alguno de los siguientes motivos: a) Insuficiencia de la iniciativa privada, que podrá ser apreciada por el Gobierno, entre otros casos, cuando aquélla no alcance en un sector determinado los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo, en el Plan de Desarrollo Económico y Social. b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de compe-

tencia (17). c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional. Los decretos de 9 de mayo de 1969 y 15 de junio de 1972, por los que se aprueban los textos refundidos del II y III Planes de Desarrollo, respectivamente, recogen literalmente el precepto. La legislación del Plan (art. 5, 2, del último decreto citado) regula incluso el procedimiento que ha de seguirse con anterioridad a la constitución de una empresa nacional, a la iniciación de actividades distintas y al establecimiento de nuevas plantas industriales por las empresas ya existentes, al exigir, salvo que existan razones técnicas o de urgencia, la publicación del oportuno anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* para que las empresas privadas puedan realizar, dentro del plazo que se señale, las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que en cada caso se estime necesario.

Fernández Rodríguez (18) ha afirmado que el anuncio previo es una verdadera convocatoria de concurso, con lo que se pretende cubrir los objetivos previstos para cada sector en el Plan; por lo que se refiere a la forma de resolución del concurso en el supuesto de concurrencia de la iniciativa privada, nada se dice en la ley, si bien en algunas órdenes, como las de 24 de noviembre de 1964, 5 de julio de 1965 y 18 de febrero de 1966, se confiere una discrecionalidad al Ministerio de Industria, mientras que en otras, como las de 18 de agosto de 1965 y 5 de marzo de 1966, se determina que el Ministerio de Industria deberá elegir la que contenga mejores condiciones técnicas, económicas y sociales de entre las que reúnan suficientes garantías financieras y de solvencia técnica. Declarado desierto el concurso, el Gobierno, según las comentadas órdenes, podrá encargar por decreto a una empresa nacional existente o por crear la realización de los fines anunciados en la convocatoria. Este decreto, concluye el autor citado, no es sino una adjudicación subsidiaria del concurso realizada por ministerio de la ley a favor de una empresa nacional, por lo que las condiciones de adjudicación serán las mismas previstas en la convocatoria.

(17) El 20 de julio de 1963 fue promulgada la ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia.

(18) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional». *RAP* núm. 49 (enero-abril 1966).

Desaparecidas las causas que motivaron la creación de una empresa nacional (art. 5, 4, del decreto de 15 de junio de 1972), podrán el Ministerio competente o el organismo autónomo correspondiente proponer al Gobierno la enajenación de las participaciones propiedad del Estado o de las entidades estatales autónomas.

Esta situación neoliberal se corresponde perfectamente con la tendencia liberalizadora iniciada por nuestra política industrial a raíz de los Planes de Estabilización y Desarrollo. En efecto, la empresa pública se configura con un carácter claramente subsidiario; los estímulos a la iniciativa privada dejan de basarse en la declaración de *interés nacional* para pasar al sistema de incentivos por sectores; se reducen notablemente las limitaciones para el establecimiento, ampliación y traslado de industrias; se busca el restablecimiento del equilibrio geográfico de la industria y riqueza a través de los polos de crecimiento y de las zonas de promoción y desarrollo industrial; se promueve la técnica de la acción concertada y se combaten las corrientes monopolísticas, con la liberación del comercio exterior, la libre autorización de instalación, ampliación y traslado de industrias, la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia y el establecimiento de una igualdad de condiciones para todas las empresas de un mismo sector (19).

Todo ello evidentemente son medidas que contribuyen a potenciar, mediante la creación de estímulos positivos y la supresión de trabas administrativas, el protagonismo del sector privado en la vida económica, no obstante el cual la posibilidad de la actuación directa del sector público no ha sufrido variación alguna. Podría decirse que se ha reducido la actividad de policía e incrementado la de fomento, mientras que la de servicio público y de gestión económica permanecen inalterables en cuanto a la posibilidad de su utilización subsidiaria (20).

(19) L. GUERRECA TOSANTOS y J. L. ESPARRAGUERA MARTÍNEZ: «La empresa pública como instrumento de la política industrial de España». ICE, marzo 1964.

(20) Dicha posibilidad viene establecida por ley, como corresponde al viejo principio liberal que reserva al Parlamento las medidas que afecten al derecho de propiedad; y en este sentido, la ley como instrumento de publicación de bienes y actividades es libre de concretizar los supuestos que tienen cabida dentro del abstracto concepto del *bien común*, e incluso de conferir a la Administración la facultad de delimitar el ámbito de cada uno de aquellos supuestos.

Sin embargo, la imagen neoliberal que ofrece la especificación de los supuestos en que consiste el principio de subsidiaridad recogido por la legislación planificadora, por lo que se refiere a la creación de empresas nacionales, es mucho más aparente que real al quedar en manos del Gobierno la facultad de apreciar: 1.º, la conveniencia de impedir o combatir las prácticas restrictivas de la competencia; 2.º, en qué momento están en juego los imperativos de la defensa o del alto interés nacional; 3.º, cuándo existen razones técnicas o de urgencia que desaconsejan la práctica de la convocatoria de concurso, en el supuesto de la insuficiencia de la iniciativa privada. Estas facultades discrecionales de apreciación, aunque no implican, naturalmente, ninguna arbitrariedad, suponen en la práctica una carta en blanco en manos del Gobierno para la extensión del campo de actuación del sector público, muy lejos, como puede verse, de los postulados liberales.

Por otra parte, se observa una regresión de este *liberalismo* en algunos sectores. Así, por lo que se refiere al régimen de autorización para la instalación de refinerías de petróleos, el decreto de 9 de marzo de 1968, que exigía el concurso público para dicha autorización, ha sido modificado por el de 14 de mayo de 1971, que faculta al Gobierno para conceder la correspondiente autorización en forma concreta a determinadas entidades públicas españolas o a extranjeras, reduciendo el concurso público para la adjudicación del capital no atribuido a entidad pública española. Con arreglo a este nuevo sistema, se encomendó al INI, por un decreto que lleva la misma fecha de 14 de mayo, la constitución de la Empresa Nacional Petróleos de Tarragona, Sociedad Anónima. En ocasiones, incluso como en el caso del decreto de 4 de abril de 1952, que establecía las distancias que los establecimientos hoteleros privados debían guardar respecto de los paradores y albergues de turismo, se tiene la impresión de que es la actividad estatal la que se protege legalmente de la privada, por más que el preámbulo del decreto dijera que se trataba de impedir que el esfuerzo e iniciativa particular se esterilizase en una competencia en lugares ya servidos, mientras existen otros puntos turísticos carentes de servicios de hostelería.

A la vista de lo expuesto, cabe preguntarse cuál es el auténtico sentido del principio de subsidiariedad y qué significado tiene actualmente en nuestro país.

Tradicionalmente (21) ha venido diciéndose que la acción pública subsidiaria presupone dos aspectos fundamentales: uno negativo, por el que el Estado no puede suprimir la libertad de la iniciativa privada, y para cuya garantía se establecen límites a la actuación de aquél, y otro positivo, según el cual la vida económica corresponde principalmente a la iniciativa privada, afirmación compatible con la obligación del poder público de asegurar el bien común y la justicia social, lo que, a su vez, supone la legitimidad de la intervención de aquél cuando la iniciativa de los particulares sea insuficiente o entrañe un abuso que ponga en peligro la consecución de los referidos ideales.

Justino F. Duque (22) ha afirmado que la promoción del bien común en lo económico se halla institucionalmente vinculada a la actividad privada, mientras que la actividad económica de la Administración tiene que basarse en el cumplimiento de los fines enumerados por la ley, pues en otro caso la actividad es ilícita. La coordinación entre la iniciativa privada y la pública en lo económico se ha establecido mediante una jerarquía, delimitando, en la medida de lo posible, sus respectivas esferas de actuación.

El principio de subsidiariedad, en su acepción pura, entraña, como ha destacado Meilán (23), entre otras consecuencias, la

(21) L. SÁNCHEZ AGESTA: «El principio de la función subsidiaria», *Revista de Estudios Políticos* núm. 121. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional», *RAP* núm. 49, enero-abril 1966. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL: «Empresas públicas y turismo», *Estudios Administrativos*, Madrid, 1967, p. 45.

(22) JUSTINO F. DUQUE: «Empresa nacional, iniciativa privada y libre competencia en el Derecho español», *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.

(23) J. L. MEILÁN GIL: «Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España», *La Empresa Pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.

Tal es el caso del decreto de 4 de abril de 1952, ya antes citado, ampliado por otro de 17 de febrero de 1956, que establecía la prohibición de instalar un establecimiento de iniciativa privada a menos de 10 kilómetros de distancia por carretera de un albergue del Estado, y algo análogo sucedió con los aprovechamientos hidroeléctricos con relación a empresas nacionales encomendadas al INI (Ss. 27 octubre 1957 y 15 noviembre 1959). La igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas sufre por otra parte muchas alteraciones. Un decreto de 9 de marzo de 1968, relativo a productos de refinería de petróleo, garantiza a las empresas nacionales de refino la compra por una cantidad global que se especifica, mientras que a la empre-

utilización de la empresa pública cuando fallen otras técnicas de intervención más suaves, la igualdad sustancial ante la ley de las empresas públicas al sector privado, lo que no siempre ha tenido lugar en toda su pureza y con validez universal. Por otra parte, añade el autor citado, el principio de subsidiariedad ha resultado insuficiente como fundamento técnico de las empresas públicas, ya que éstas encuentran su justificación en motivos como la falta e insuficiencia técnica o financiera de la iniciativa privada (RENFE), necesidades de la defensa nacional (INI), razones antimonopolísticas o lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia (MERCASA), razones políticas de autarquía económica o independencia del extranjero (Telefónica), funciones financieras (HUNOSA), fines fiscales (Monopolios de Petróleo y Tabacos) y razones economicosociales, culturales o de defensa del patrimonio artístico.

¿Quiere todo ello decir que la actuación de la Administración ha sido abusiva? La respuesta, indudablemente, debería ser afirmativa si entendiéramos el principio de subsidiariedad en el viejo sentido liberal, que propugnaba esa actitud negativa de la Administración dentro del dogma neutralista de la no intervención. Sin embargo, el papel de la Administración hoy día, como conformadora del orden social, es muy distinto. Actualmente, se ha dicho, no se discute si el Estado debe intervenir o no en la actividad económica, sino cómo, cuándo y para qué debe intervenir. Ya la Ley de Principios del Movimiento Nacional asignaba al Estado en su principio XII la misión de procurar por todos los medios a su alcance impulsar el progreso económico de la nación, salvaguardar y fomentar la producción y explotación de las riquezas mineras e intensificar el proceso de industrialización. Más recientemente, la Ley Orgánica del Estado, en su artículo 40.I, encomienda a la Administración «el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general». Se ha pasado, pues, de una actitud negativa de la

sa privada que opere en el sector sólo se reserva una cantidad con destino al Monopolio estatal del petróleo, «si resulta interesante para la economía nacional a juicio del Gobierno». El retorno a la iniciativa privada de las actividades asumidas por la empresa pública tampoco está recogido de manera explícita en nuestro Derecho, aunque la Ley del Patrimonio del Estado (arts. 103 a 105) y la del Plan de Desarrollo (arts. 5-4, decreto de 15 de junio de 1972) prevean los supuestos (J. L. MELIÁN GIL: *ob. cit.*)

Administración a otra claramente positiva. Lógicamente el sentido del principio de subsidiariedad ha cambiado. Ya no puede concebirse como un principio dogmático, sino pragmático (24).

Vivimos en una sociedad, como afirma Meynaud (25), que concede mucho valor a las consideraciones de eficiencia. El repliegue del político frente al tecnócrata, la tensión entre el principio de legalidad y el de eficacia, el auge de las nuevas técnicas de previsión y estimación y la propia desnaturalización del principio de subsidiariedad no son sino manifestaciones de la importancia que hoy día tiene la eficacia. A la Administración se le exige también esa eficiencia, y por eso su papel no puede ser el de la inhibición con excepciones, sino el de la actuación con limitaciones. Así es como dentro del cuadro normativo actual debe interpretarse hoy el principio de subsidiariedad, aunque ello suponga la negación del mismo en su sentido tradicional.

Por ello quizá sería más conveniente olvidarse ya de la expresión *principio de subsidiariedad*, de fuerte sabor inhibicionista, y hablar, en cambio, de *principio de complementariedad*, toda vez que, como dice Bernard Chenot, es absurdo debatirse en el terreno de los principios cuando la realidad ofrece hendiduras tan grandes.

4. Lo privado y lo público como esferas jurídicas de difícil delimitación. La actividad administrativa de los particulares y la actividad privada de los entes públicos

Al Derecho, como es sabido, le ha correspondido históricamente la misión de sustituir a la fuerza en la regulación de las relaciones sociales, ya se planteen éstas en un plano de igualdad, ya en uno de supra o subordinación. El conflicto entre lo privado y lo público que existe en este segundo tipo de relaciones es, pues, algo que debe ser resuelto por el Derecho, según los imperativos políticos del momento, toda vez que el Derecho, como ha

(24) F. BENZO MESTRE: «Equilibrio entre la empresa pública y privada», *La empresa pública industrial en España: el INI*, IEP, 1973.

(25) JEAN MEYNAUD: *Problemas ideológicos del siglo XX (El destino de las ideologías y tecnocracia y política)*, Ariel, 1964, p. 69.

afirmado Legaz Lacambra (26), es una forma de vida social en que cristalizan las diferentes ideologías. La conocida definición de Celso *ius est ars boni et aequi* alude directamente, en el sentido originario de los referidos términos, a aquella distinción.

La delimitación entre lo privado y lo público ha sido, sin embargo, uno de los temas más debatidos del Derecho. Sin pretender reavivar la polémica, basta señalar los tres criterios que más bien conjunta que aisladamente se han utilizado para caracterizar lo público frente a lo privado: el subjetivo o intervención del Estado o de personas administrativas, el formal o utilización de técnicas jurídicas extrañas al Derecho común y el funcional o salvaguarda del interés general.

La distinción no plantea problemas durante el liberalismo, dada la separación entre el Estado y la sociedad y entre la política y la economía, al asignar al Estado y a los particulares actividades claramente diferenciadas por su fin, su dominio y sus modalidades, lo que va a provocar la existencia de dos clases de reglas jurídicas aplicables a cada una de dichas actividades, netamente diferenciables: el Derecho público y el Derecho privado (27).

Sin embargo, esta separación rígida de los sectores público y privado, propia del antiguo régimen, que presuponía la existencia de dos tipos de tareas asignadas a personas de naturaleza distinta—el mantenimiento del orden al sector público y las tareas económicas al privado—, se rompe cuando se inicia la crisis de la ideología liberal, como consecuencia del creciente auge de las nuevas ideas colectivistas.

La protección del individuo ya no se basa en la limitación del Estado, sino precisamente en su fortalecimiento, toda vez que aquél es el único que puede satisfacer sus nuevas necesidades y asegurarle la defensa de sus intereses frente al abuso de la propia libertad. El cambio de la estructura social va a provocar la crisis del clásico Derecho individualista y su transformación en un nuevo Derecho más acorde con la nueva realidad, el cual

(26) L. LEGAZ LACAMBRA: *Socialización, administración y desarrollo*, IEP, Madrid, 1971, p. 113, *ob. cit.*

(27) ANDRÉ DEMICHEL y PIERRE LALUMIÈRE: *Le droit public*, Presses Universitaires de France, 1969, pp. 10 y ss.

romperá la vieja ecuación que asignaba la actividad pública al Estado y la privada a los particulares.

La asunción de nuevas tareas por el Estado va a producir un doble fenómeno: 1.º El aumento de su estructura hasta donde es posible, y más allá de este límite, la personificación de determinadas actividades y de sus propias circunscripciones territoriales, en una doble operación *sui generis* (28) de descentralización funcional y territorial, respectivamente, que va a provocar la aparición de dos nuevas Administraciones públicas—la institucional y la local—al lado de la solitaria Administración estatal de los comienzos del liberalismo decimonónico. 2.º La necesidad, por un lado, de confiar en el sector privado la realización de determinados fines públicos, y por otro, la de adoptar los propios entes públicos las formas y procedimientos privados para la gestión de aquellas actividades que inciden directamente en la vida económica y social, lo que produce una interpenetración de los sectores públicos y privados, al perder el Estado y el individuo sus viejos monopolios sobre las actividades públicas y privadas, respectivamente.

El intervencionismo estatal, que se hará patente en todos los sectores de la vida nacional a comienzos del siglo xx, va a implicar de esta forma una superación de la vieja distinción entre lo público y lo privado, primero, desde el punto de vista objetivo, y más tarde, desde el punto de vista subjetivo.

En efecto, en un principio se opera una recíproca injerencia de los entes públicos en las actividades industriales y mercantiles y de los particulares en la realización de actividades de interés general. Los instrumentos que posibilitarán dicha injerencia serán en el primer caso los propios órganos administrativos (*regie*) y los organismos autónomos (*établissements publics*), y en el segundo, el Instituto concesional (*concession y affemage*). Más tarde se producirá una nueva y recíproca injerencia, y esta vez no de los fines a conseguir, sino de las técnicas jurídicas a emplear. La Administración a través de los órganos y organismos citados empezará a someter su actuación a las normas del Dere-

(28) La descentralización funcional y territorial no se realiza de forma absoluta, ya que el Estado se reserva una amplia facultad de *tutela* y de *jerarquía* a través de las cuales mantiene el control sobre la actividad de los nuevos entes.

cho privado, iniciándose así la llamada *fuga del Derecho administrativo*, y los particulares irán consiguiendo una progresiva publicación de sus concesiones.

En el primer sentido asistimos a la aparición de órganos administrativos especiales caracterizados frente a los comunes por disfrutar de una cierta autonomía funcional y financiera y a un proceso de centrifugación de los organismos autónomos. Integrados éstos inicialmente en el seno de la propia Administración, de la que se distinguían gracias a la ficción jurídica de su personalidad independiente, la sumisión a un Derecho administrativo menos rígido e incluso en muchos casos el abandono, en mayor o menor grado, del mismo mediante su sustitución por el Derecho privado ha provocado su desnaturalización al convertirse en organismos más próximos a los establecimientos privados de utilidad pública e incluso a las sociedades mercantiles normales que al propio Estado. El mantenimiento de su personalidad jurídica pública, carente de relevancia, puesto que lo auténticamente importante es la naturaleza de su régimen jurídico, queda reducida a una simple ficción, igual que sucedió siempre, con la particularidad de que en el momento actual dicha ficción está al servicio de la separabilidad, no respecto al Estado como en un principio, sino respecto a los organismos privados.

Por lo que se refiere a la concesión, el fenómeno se ha producido precisamente en un sentido inverso. Concebida inicialmente como solución ideal para armonizar los postulados liberales con las incipientes exigencias interventoras mediante la separación de la titularidad del servicio y su gestión, el concesionario asumía los beneficios y los riesgos propios de su actividad. La aplicación a la concesión de las teorías de la imprevisión y del hecho del *principe* y con el tiempo la participación del Estado en sus riesgos a través de las cada vez mayores ayudas financieras para asegurar la continuidad del servicio, conducen a una paralela participación estatal en su gestión y en sus beneficios, que aboca en soluciones societarias, como las llamadas *regies interessés* y las sociedades de economía mixta. La impermeabilidad entre lo público y lo privado, que había sido rota anteriormente en su aspecto objetivo, desaparece también ahora en el subjetivo. En

frase muy citada de M. Rivero, «el matrimonio de la autoridad pública y del contratista privado ha pasado de un régimen de separación de bienes a un régimen de comunidad». Iniciado el proceso asociativo, los entes públicos irán incrementando su colaboración en las empresas mixtas, conforme lo requieran las exigencias nacionales y lo permita su experiencia, cada vez mayor, en el campo económico, pasando así de una participación minoritaria a una mayoritaria para terminar asumiendo de forma total, mediante la creación de una empresa o incluso de un organismo autónomo, la gestión de determinados servicios, con manifiesto olvido del viejo principio del *contratista interpuesto*. Nace así, y en su nacimiento jugó un importantísimo papel la política nacionalizadora, una nueva forma de gestión: las empresas estatales o *sociétés d'Etat*.

Aquella asociación, por otro lado, no se agota en la figura de la concesión, sino que subyace a través de técnicas distintas, como la delegación de funciones públicas a corporaciones privadas, el otorgamiento por la Administración de subvenciones y ayudas, el establecimiento de la moderna acción concertada y otras que en el futuro previsiblemente puedan irse creando.

Todo ello no es sino una muestra de esa confusión actual entre lo público y lo privado en sus sentidos objetivo y subjetivo.

Max Weber, al preguntarse desde el punto de vista sociológico qué es una asociación política, afirma que no puede definirse a partir del contenido de su actividad, toda vez que «apenas existe una tarea que aquí o allá no haya sido acometida por una asociación política, y de otra parte, tampoco hay ninguna tarea de la que pueda decirse que haya sido siempre competencia exclusiva de esas asociaciones políticas que hoy llamamos Estados o de las que fueron históricamente antecedentes del Estado moderno» (29).

La planificación económica, en el sentido con que es aplicada en los países occidentales, ha contribuido a intensificar esa mutua relación entre el sector público y el privado. Como afirmó Pierre

(29) MAX WEBER: Conferencia pronunciada en Munich en 1919 por invitación de la Asociación Libre de Estudiantes, recogida en *El político y el científico*, Alianza Editorial, 1969, pp. 82 y 83.

Viot (30), la experiencia planificadora ha limado viejos obstáculos psicológicos que impedían el entendimiento entre dichos sectores. Los representantes del poder público no podían apenas imaginar que los empresarios fuesen capaces de elevarse al plano del interés general, como tampoco los particulares estaban convencidos de que los funcionarios estuviesen en condiciones de comprender los problemas de la empresa.

Conviene analizar por separado las dos vertientes de esta interpenetración:

a) LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS PARTICULARES

La colaboración de los particulares con la Administración no es un fenómeno nuevo ni falta de interés, como lo prueba la antigüedad en el uso de la concesión y la dedicación que ha merecido desde hace tiempo por la doctrina (31). Geny hablaba ya en 1930 de una colaboración por injerencia, por descentralización o institucional y por actividad paralela, sistematización que puede seguir teniendo vigencia hoy día.

El tema de la actividad administrativa de los entes privados adquirió el carácter de verdadera polémica en el Derecho francés (32) a propósito de la decisión tomada el 25 de abril de 1941 por una de las Comisiones de Organización Industrial—la del vidrio concretamente—, creadas en 1940 por una ley del Gobierno de Vichy. Impugnada dicha decisión ante el Consejo de Estado, se admitió el recurso de exceso de poder del referido acto, lo que implicaba el hecho anómalo de que un ente que no tenía la consideración de Administración pública en sentido estricto, ni era concesionario, ni establecimiento público tenía capacidad para emitir actos administrativos. El *arrêt* Monpeurt dio origen a una interpretación maximalista que admitía la *puissance public* en manos de los particulares y a una interpretación moderada—la

(30) PIERRE VIOT: *L'organisation politique et administrative de la planification en France*, 1962, p. 3.

(31) Baste citar entre otros los trabajos ya clásicos de ZANOBINI (*El esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*) en 1920, y de B. GENY (*La collaboration des particuliers avec l'Administration*) en 1930.

(32) Véase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Derecho administrativo, sindicatos y auto-administración*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1972.

célebre tesis de Eiseyman—que afirmaba que los Comités de Organización Industrial, igual que los *Ordres professionnelles* eran una categoría mitad pública, mitad privada, que realizaba actos con este doble carácter.

La colaboración en Francia de los organismos privados en las tareas intervencionistas (33), que ya había sido prevista por la ordenanza de 30 de junio de 1945, fue organizada por el decreto de 30 de septiembre de 1953, cuyo artículo 1.º prevé que las operaciones destinadas a asegurar, facilitar o regularizar bajo el control del Estado el aprovisionamiento, la adquisición, el almacenamiento, la repartición o venta de materias primas o productos industriales o agrícolas, cuando no sean hechos por el Estado o establecimientos públicos nacionales, sólo podrán ser realizados por empresas u organismos privados nada más que en virtud de acuerdos concluidos con el Ministerio de Finanzas o el de Asuntos Económicos, de acuerdo con los ministros responsables. En materia agraria, la ley complementaria de orientación agrícola, de 8 de agosto de 1962, ha previsto como instrumentos de dicha política la creación de grupos de productores y de comités económicos agrícolas. El problema que se ha planteado a los juristas de nuestro país vecino ha sido el de determinar los criterios de repartición de competencias jurisdiccionales en los asuntos intervencionistas. Ya en las «Conclusions Ségalat sur C. E. 11 juillet 1942, Monpeurt» se aceptó que «dans la mesure ou les comités sont chargés du service public de la production, leurs décisions ont le caractère d'actes administratifs relevant de la juridiction administrative». La jurisprudencia posterior ha ratificado el criterio de que la repartición de las competencias jurisdiccionales era algo material y no orgánico.

La cuestión, sin embargo, no quedó reducida a los actos, sino que se planteó también en el terreno de los contratos. La tesis tradicional que negaba el carácter de contratos administrativos a los contratos celebrados por los organismos privados de intervención para la realización de su misión intervencionista, representada por el «*arrêt* del Conseil d'Etat, Compagnie Générale

(33) FRANÇOIS DREYFUS: *L'interventionisme économique*. Presses Universitaires de France, Themis, 1971.

d'Importation de 25 de junio de 1958» y por el «*arrêt dame Bertrand* de 17 de diciembre de 1962», que exigía la presencia de un ente público para caracterizar de administrativo un contrato, ha sido contradicha por otros *arrêts*, como el de 27 de mayo de 1957, en que el Consejo de Estado calificó de administrativos los contratos celebrados por el Groupement National des Produits Laitiers, CNPL (antecesor de la Société Interlait) con empresas privadas, por cuanto eran celebradas «en nombre del Estado» (34), y el «*arrêt Leduc*» de 2 de junio de 1961, en que se calificó igualmente de administrativo un contrato celebrado entre una cooperativa de reconstrucción y una empresa privada para la restauración de una iglesia, por entenderse que aquélla tenía un «mandato explícito» del municipio. Recientemente, como afirma André Demichel, se ha llegado aún más lejos, ya que no es necesario un mandato explícito, sino que basta que se actúe «por cuenta de la Administración». Tal ha sucedido con el «*arrêt del Tribunal des Conflicts*» de 8 de julio de 1963 de l'Autoroute Esterel-Côte d'Azur, al declarar la naturaleza administrativa de un subcontrato de obras celebrado entre la sociedad mixta encargada de la construcción de la autopista y una tercera empresa, en base a que la citada empresa mixta, de naturaleza privada indiscutible, «agit pour la compte de l'Etat», criterio que ha sido confirmado posteriormente en el «*arrêt Société de l'Autoroute du Mont Blanc*» de 2 de diciembre de 1964. El criterio «agir por la compte de l'Etat», según el propio Demichel, es demasiado vago y exige una interpretación estricta por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, si no se quiere caer en una extensión incontrolable de la jurisdicción contencioso-administrativa (35).

Por lo que se refiere a nuestro país, el tema de la actividad administrativa de los particulares, ha adquirido una reciente actualidad con motivo de la discutida naturaleza de las corporaciones públicas. La inclusión de éstas al lado de las fundaciones

(34) Posteriormente el Tribunal de Conflictos, el 3 de marzo de 1969, considerando que Interlait, constituida bajo la forma de sociedad anónima, era una empresa privada, de carácter comercial, inscrita en el Registro de Comercio, declaró que, aunque encargada de una misión de servicio público, sus contratos eran de derecho privado. F. DREYFUS: *Op. cit.*

(35) ANDRÉ DEMICHEL: *Apuntes de Derecho administrativo*, Facultad de Derecho de Lyon. Curso académico 1971-72.

públicas, como los dos grupos en que cabía clasificar la multiplicidad de entes que integraban la Administración institucional, se había convertido ya en un lugar común para la doctrina. La Administración institucional, se afirmaba, está integrada por entes de base personal—asociaciones o corporaciones—y por entes de base patrimonial—fundaciones o instituciones—, y esta afirmación se hacía sin caer en la cuenta o sin dar demasiada importancia al hecho de que las diferencias que separan ambos grupos son mayores que las analogías que los unen (36).

La doctrina española moderna se ha enfrentado de forma directa con el tema: Meilán Gil, ya en 1964 (37), consciente de la importancia de dichas diferencias, propugnó una separación entre ambos grupos y, lo que es más importante, puso de relieve su distinta razón de ser al afirmar que las asociaciones y fundaciones eran fruto de la descentralización estatal, mientras que las instituciones y corporaciones respondían a la vida de la sociedad. Más recientemente, Ariño Ortiz y Fernández Rodríguez, siguiendo en la misma línea, han demostrado con un serio rigor científico cómo la naturaleza de las instituciones y corporaciones públicas no es pública, sino privada, y que los actos administrativos emanados de las mismas tienen aquel carácter por estar dictados precisamente en el ejercicio de unos poderes públicos encomendados por la Administración. Para ello los autores citados han debido desmitificar el concepto de personalidad jurídica y de ente o corporación pública (38). Simplemente, «el Estado

(36) La verdad es, como afirma G. ARIÑO ORTIZ en su importante obra *La Administración institucional* (Instituto de Estudios Administrativos, 1972) que el tema de la Administración institucional no se había tratado en nuestro país profundamente, y ello debido probablemente a razones como el carácter sectorial de estas instituciones que no se prestan al tratamiento lúcido de la teoría general, su elevado número, variedad de figuras e inmensidad de disposiciones.

(37) J. L. MEILÁN GIL, en «La evolución de los organismos autónomos» (*Documentación Administrativa* núms. 78 y 79).

(38) G. ARIÑO ORTIZ, en su *Memoria de Cátedra* analiza con todo detenimiento la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales, Comunidades de Regantes, Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, Cámaras Oficiales de Inquilinos, Cámaras Agrícolas, Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, Cámaras Mineras, Corporaciones territoriales y de intereses y Sindicatos, y tras analizar en cada supuesto los argumentos que pueden calificar de entes públicos a las citadas corporaciones hace una crítica de los mismos, para terminar afirmando que no pueden considerarse dentro del concepto subjetivo de la Administración. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su obra *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, afirma que no deben buscarse personas jurídico-públicas donde el legislador no las ha puesto, y que lo decisivo no es la calificación de pública sino el concreto estatuto jurídico diseñado

se ha visto en la necesidad de llamar a participar de su poder a los grupos sociales», los cuales no transforman su naturaleza por la mera atribución de funciones administrativas.

En consecuencia, conviene abandonar «la calificación de Administraciones públicas para estos organismos de base privada, pues tal calificación sólo puede dar lugar a equívocos, sin añadir precisión alguna sobre su naturaleza y funciones».

La utilización por parte del Estado de instituciones privadas para la realización de fines públicos (39) explica dos hechos importantes: 1.º, la posibilidad de una doble actuación —privada y pública— de dichas instituciones, según el aspecto bajo el que actúen, así como la posibilidad de una doble fiscalización judicial —ordinaria y contenciosa—, de acuerdo con la naturaleza de sus actos, y 2.º, la tutela o más propiamente la jerarquía que ejerce el Estado sobre dichas instituciones y cuya manifestación más típica es la resolución de los recursos de alzada interpuestos contra sus actos (40).

La realización de actividades públicas por entes tanto públicos como privados pone de manifiesto la falta de coincidencia absoluta entre el concepto subjetivo y objetivo de la Administración y provoca la necesidad de encontrar un elemento distinto al objetivo que permita descubrir cuándo un ente tiene naturaleza pú-

por la ley. En este sentido distingue supuestos en que la norma excluye expresamente la personalidad jurídica pública como las Comunidades de Regantes, Comunidades de Labradores, Asociación General de Ganaderos, Juntas de Compensación, UNESA, OFILE y las Comisiones Reguladoras de los Sectores de Exportación y supuestos en los que la norma afirma la personalidad jurídico-pública, aunque dicha calificación carezca de efectos jurídicos concretos, como las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, los Colegios Profesionales, los Consejos Reguladores de las denominaciones de origen integrados actualmente en el Instituto Nacional de Denominación de Origen, la Federación Sindical de Agricultores Arroceros, la Federación de Industriales Elaboradores de Arroz y los propios Sindicatos. Al analizar con detenimiento la Organización Sindical, a la luz de la nueva Ley Sindical de 17 de febrero de 1971, afirma que de las 21 funciones asignadas a Sindicatos en el artículo 27 de la citada ley, todas ellas, menos una, se refieren a funciones estrictamente sindicales, sin que se pase del nivel de propuesta, promoción, asesoramiento y participación, y solamente en la función encomendada por el número 17 del repetido artículo se habla de «la gestión de los intereses y servicios de carácter público que en ellos se «deleguen» mediante concierto por la Administración».

(39) En este sentido, el Estado encomienda, por ejemplo, a los colegios de abogados la defensa gratuita en juicio de los pobres, instituyendo el *turno de oficio*, y a la Obra Sindical de Colonización el cobro de las cuotas de los parceleros y la aprobación de los planes de aprovechamiento y mejora.

(40) G. ARIÑO ORTIZ, en la obra citada, revisa la vieja teoría del recurso de alzada impropio, afirmando el carácter de auténticas alzadas dado que la relación entre ministros y sus organismos autónomos no es de tutela, sino de jerarquía.

blica. La cuestión es muy compleja, como lo prueba la gran variedad de criterios utilizados: la investidura de *imperium*, el fin público, la relación de dependencia con el Estado, la forma jurídica o tipo estructural, el encuadramiento orgánico del ente con la Administración del Estado, Provincia o Municipio, etc. Ariño Ortiz (41) ha destacado la existencia de una serie de índices que permiten determinar dicha naturaleza, aunque tales índices sean más bien consecuencia que causa de la misma: la creación o reconocimiento por el Estado, el control estatal, el régimen financiero de ingresos y gastos, el régimen patrimonial de titularidad y disposición de los bienes, la designación del personal directivo y el régimen jurídico del personal, la titularidad de privilegios públicos y de potestades, como la impositiva, sancionadora, disciplinaria y de establecimiento de limitaciones o servidumbres a los particulares y la fiscalización jurisdiccional de sus actos. La calificación de una persona como pública, concluye el autor citado, puede hacerse en base a dos criterios negativos: la falta de libertad en su creación y pertenencia (el ente no es privado) y la constitución en forma de sociedad (el ente no es público) y dos criterios positivos: el encuadramiento en la organización general del Estado (criterio orgánico-subjetivo) y la titularidad de competencia específica (criterio objetivo-funcional).

b) LA ACTIVIDAD PRIVADA DE LOS ENTES PÚBLICOS

Conforme la Administración pública extiende su campo de acción y utiliza nuevas figuras para la realización de sus fines, va sintiéndose la necesidad de emplear técnicas más ágiles y acordes con los nuevos objetivos, que permitan corregir la natural lentitud y rigidez de las normas que regulan la actividad administrativa. Se inicia así el fenómeno de la *fuga del Derecho administrativo*, cuyo proceso comienza con una regulación especial para los organismos autónomos, se desarrolla con la exclusión incluso de dicha regulación especial para determinados organismos y culmina con la aceptación del Derecho privado en muchos casos.

(41) G. ARIÑO ORTIZ: *Memoria citada.*

El recurso al Derecho privado ha sido constante en la historia del Derecho administrativo, como corresponde al vencedor carente de tradición al incorporar las sabias instituciones del vencido. La mayor parte de las categorías administrativas —la personalidad jurídico-pública, el contrato administrativo, el acto administrativo, la competencia, etc.— son conceptos que tienen su origen en el Derecho civil y que al pasar al Derecho administrativo han sufrido una cierta transformación, a veces profunda transformación (42), que continúa en el tiempo acorde con el dinamismo constante de la Administración, a la que sirven, lo que confiere al Derecho administrativo y a sus instituciones su característica nota de contingencia y mutabilidad.

La influencia del Derecho privado no se reduce, sin embargo, a la configuración original de las categorías propias del público, sino que se extiende sobre la propia organización y actividad del Estado y sus entes. En efecto, la Administración en ocasiones actúa sometida al Derecho común, celebra contratos privados, posee bienes patrimoniales y utiliza personal regido por la legislación laboral. Por otra parte, existen entes públicos, como RENFE, los puertos en régimen de estatuto de autonomía y FEVE, que, por mandato expreso de la ley, sujetan su actividad al Derecho privado (43).

(42) El contrato administrativo es un ejemplo patente de la transformación sufrida por el contrato privado. La igualdad de las partes desaparece ante la peculiar posición de la Administración; la autonomía de la voluntad se limita por su sumisión a la norma administrativa, toda ella, en principio, de derecho necesario; la obligatoriedad de lo estipulado quiebra ante la posibilidad de una modificación unilateral de la cantidad, condiciones de ejecución y duración; finalmente, la sumisión a un árbitro imparcial para la solución de los conflictos sobre ejecución e interpretación de los contratos cede ante la potestad de una de las partes para interpretar y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

(43) El decreto de 23 de julio de 1964 por el que se aprueba el Estatuto de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles define a la RENFE en su artículo 1.º como una entidad con personalidad de derecho público actuando en régimen mercantil, añadiendo en su artículo 4.º que no está sujeta a las leyes de Administración y Contabilidad del Estado y de Entidades Estatales Autónomas ni tiene condición de Administración pública a los efectos de las Leyes de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa, actuando en su gestión en régimen de empresa mercantil, con sujeción al decreto-ley de 19 de julio de 1962, modificado por el de 23 de julio de 1964, y al presente Estatuto, y en lo no previsto por los mismos al Derecho privado.

Los puertos en régimen de Estatuto de Autonomía, según el artículo 18 de la ley de 20 de junio de 1968, son entidades públicas que sujetan su actividad al Derecho privado con la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus fines.

El decreto-ley de 29 de diciembre de 1972, que reorganiza los Ferrocarriles de Vía

Pero, sin duda, donde éste consigue una mayor utilización es en la actividad económica que realizan los entes públicos, no ya directamente, sino a través de las empresas creadas por ellos a tales efectos o en las que participan. Tales empresas o sociedades mercantiles tienen un carácter bien unipersonal —el capital está íntegramente en manos del ente público—, bien de economía mixta; coexiste el capital público y el privado. Estas sociedades no forman parte de la Administración pública como sujeto, sino que son un instrumento de la misma para la realización de determinadas actividades económicas. Por otra parte, a diferencia de los organismos autónomos, se rigen por el Derecho privado.

La realización de una actividad económica pública mediante formas jurídicas privadas se admite hoy universalmente; sin embargo, esto no ha sido siempre así. Giannini afirma que entre 1870 y 1910 toda la doctrina entendía que aquélla debía ser desarrollada por formas jurídicas de Derecho público; incluso se pensaba que cuando la Administración actuaba sometida al Derecho privado, realizaba una actividad menor que traicionaba su auténtica naturaleza. La contratación bajo el Derecho privado no era una forma de administrar, sino de obtener medios para administrar. Este modo de concebir la Administración pública fue consecuencia de algunas concepciones constitucionales de los poderes públicos, que consideraban al Estado como el poder público por excelencia. La idea, que nació en Alemania y se exportó al resto del continente, implicaba en lo económico la publicación de todas las relaciones a que diese lugar la expresada actividad económica, considerándose concesiones a los contratos, poderes públicos a los derechos potestativos de una parte, actos administrativos a los negocios privados, situaciones de sujeción a las situaciones de deber, intereses legítimos de una parte a los derechos subjetivos, etc.

Posteriormente, continúa el autor citado, por la propia realidad de las cosas, como la necesidad de enajenar los frutos de los predios demaniales y la misma existencia de órganos técnicos

Estrecha, dice en su artículo 1.º que FEVE es una entidad de Derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil, añadiendo el artículo 2.º que se regirá por el presente decreto-ley, por el Estatuto que el Gobierno dicte en su desarrollo, por las disposiciones especiales que se promulguen y con carácter supletorio por las normas del Derecho privado.

creados para las bellas artes, ejército, etc., que podían atender al mismo tiempo necesidades privadas, así como por la influencia del Derecho anglosajón, fue abandonándose la concepción publicista a ultranza y surgen las actividades de los poderes públicos, organizados bajo la forma de empresas, primero para la prestación de servicios públicos esenciales, como los transportes ferroviarios y las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas y radiotelegráficas, y más tarde para la producción de bienes económicos (44).

La aceptación del Derecho privado para este tipo de empresas es una exigencia del propio tráfico mercantil, en el que van a desarrollar su actividad. Para competir con las empresas privadas, como afirma Vittorio Ottaviano, es necesario despojarse de los obstáculos que retardan el desarrollo de la común actividad administrativa, principalmente del pesado ritmo de la contabilidad pública, incluso el uso de un Derecho exorbitante estaría en buena parte fuera de lugar, dado que aquél encuentra su justificación en la posición de la Administración como titular de poderes públicos, que en el caso de la empresa, por naturaleza neutra, no existe (45). Las reglas que rigen la actividad administrativa, como ha dicho Bachelet, no se corresponden con las que deben presidir una eficaz actividad empresarial (46). No se puede desarrollar una actividad empresarial sometándose *au rythme poussif de la comptabilité publique*.

Sin embargo, este sometimiento de las actividades económicas de los entes públicos a las mismas normas que rigen las de los particulares plantea numerosos problemas, derivados de la dependencia de dichas empresas respecto a dichos entes públicos (47). En efecto, éstos tienen una cierta superioridad sobre la

(44) GIANNINI: «Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas», *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.

(45) VITTORIO OTTAVIANO: «Sometimiento de la empresa pública al Derecho privado», *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.

(46) VITTORIO BACHELET: «Estructuras y garantías de la actividad empresarial del Estado», *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.

(47) Como afirma GIRÓN TENA, en *Las empresas públicas* (Estudio de Derecho Mercantil, Madrid, 1955, pp. 319 y ss.), la titularidad real de la empresa pública es reconducible en definitiva a un ente público. Su carácter público no está, en el caso de las empresas nacionales, en la persecución de un fin público específico, como sucede con los organismos autónomos, sino en la orientación de su actividad a fines públicos.

empresa creada por ellos o en la que participan, justificada en cuanto es un instrumento para alcanzar un fin de interés general —defensa nacional, suplencia del defecto de la iniciativa privada, etcétera— y que se manifiesta fundamentalmente en la propia organización, establecimiento de directrices y facultades de control (48). La solución de estos problemas exige obligatoriamente el establecimiento de singulares derogaciones al régimen común del Derecho privado. La sumisión al Derecho privado no es, pues, total ni absoluta, como tampoco lo es la de la Administración cuando actúa sometida al referido Derecho, pues existen siempre aspectos organizativos y funcionales que son regulados por normas administrativas (49).

Robson sostiene que es evidente el hecho de que la empresa pública no puede funcionar exactamente de la misma forma que las empresas privadas. El beneficio financiero no es más que un motivo secundario, como lo prueba la protección de los intereses públicos; su insolvencia financiera no juega el mismo papel que la de la empresa privada; si toma prestado en el mercado abierto los términos y condiciones del préstamo son distintos de los aplicables a las compañías comerciales; en definitiva, la empresa pública es una manifestación de la actividad del Estado y no un pálido reflejo de la empresa privada, lo que exige que en las cuestiones de alta política, como la inversión de capital, precios, expansión o contracción, investigación, relaciones laborales, etc., deba existir cierto control exterior (50).

La empresa pública —y en particular la que reviste la forma jurídica de sociedad mercantil— se encuentra, pues, a caballo

(48) MERUSI: *Le directive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milán, 1965.

(49) El artículo 92 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y el artículo 5 del decreto de 15 de junio de 1972, que aprueba el Texto refundido del Plan de Desarrollo Económico y Social, establecen normas sobre su fundación; el decreto de 6 de junio de 1968 regula la edad e incompatibilidades de los miembros del Consejo de Administración; el artículo 93 de la citada LEEA y los artículos 107 y 108 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 determinan los controles del Gobierno y del Tribunal de Cuentas; los artículos 100 y 101 de la propia LPE prescriben los requisitos para la adquisición y enajenación de títulos; finalmente, en las propias disposiciones especiales de estos entes se contienen derogaciones singulares del régimen general como el derecho de veto, la intransmisibilidad de acciones, el accionariado preferente, los nombramientos especiales de administradores, etc.

(50) WILLIAM A. ROBSON: «Empresa pública», ICE, marzo 1964.

entre el Derecho público y el privado, circunstancia que ha motivado en los países anglosajones la expresión *semipublic bodies*. Como ha dicho Silvio Lesona (51), si su actividad es tratada como privada, se hiere la naturaleza del sujeto que indirectamente la ejerce, y si se considera como pública, se desnaturaliza su contenido privatista. En esta confusión de naturaleza, así como en la variedad de fines perseguidos, reside precisamente una de las dificultades mayores que todos los países han encontrado a la hora de determinar el régimen jurídico de las empresas públicas.

(51) SILVIO LESONA: «Líneas generales sobre la empresa pública». *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, tomo I, 1970.