

Las modernas actividades de la Administración pública

351 (46)

por

FRANCISCO RODRIGUEZ HARO

Doctor en Derecho y Diplomado en Administración local.

SUMARIO: I. INADECUACION DEL CONCEPTO DE «SERVICIO PUBLICO» A LA MODERNA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION.—II. «RAZON DE ESTADO» Y «RAZON SOCIAL».—III. CONTROL JURIDICO Y MORAL DE LA ACTIVIDAD SOCIO-ECONOMICA.—IV. PROBLEMA DE LA FIGURA JURIDICA ADECUADA AL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES DE LA ADMINISTRACION.—V. EL PROBLEMA EN LA ESFERA LOCAL.—VI. CONCLUSIONES.

I. INADECUACION DEL CONCEPTO DE «SERVICIO PUBLICO» A LA MODERNA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

El concepto del Derecho administrativo ha venido fundamentándose sobre la base del de servicio público, que para DUGUIT es «toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado e intervenido por los gobernantes por ser aquella de tal naturaleza que no puede realizarse completamente sin la intervención de la fuerza gobernante», es decir, actividad imposible de cumplir sin la intervención del Poder, porque no puede dejarse en manos de los particulares, y actividad a la que el Poder no puede renunciar, porque iría contra la propia justificación de su existencia, hasta el extremo de que dicho tratadista francés, como es sabido, consideraba el concepto del «servicio público» como sustitutivo del de «soberanía», en el fundamento del Estado.

Y dentro de tal concepto clásico, que es el que impera en

los albores de esa rama del Derecho público, el campo de acción reservado a la Administración resulta bastante restringido, ya que en él no tendrían cabida las modernas actividades de ésta, porque, como dice VILLAR PALASÍ (1), la clasificación del servicio público en la actividad administrativa exige: «1.º Potestad o intervención administrativas como único camino para prestar el servicio», y «2.º Existencia de un control y consecuentemente un *ius variandi* de la Administración pública» con otra cualidad distintiva frente al público, cual es que el usuario del clásico servicio público «tiene un evidente derecho abstracto a la prestación, exigible judicialmente», mientras que en la actividad industrial de la Administración no juegan el factor *imperium* ni tampoco ese derecho del—en este caso—beneficiario o consumidor a exigir judicialmente el suministro de los productos de tal actividad. «Por todo ello—dice VILLAR PALASÍ—parece concluirse la inadecuación del concepto técnico de servicio público a la actividad industrial de la Administración». Por otra parte, el propio autor (2) sostiene: «Las antiguas fronteras entre el Estado y la sociedad han sido franqueadas»... «El Estado moderno no renuncia a desarrollar una actividad positiva en pro del bienestar de sus súbditos»... «El Estado, controlador y regulador de la existencia social e individual, pero que abandona la total actuación económica a la *privata vis*, pertenece al pasado»... «Junto a la concepción liberal del Estado como *productor de seguridad* se está destacando la idea adjunta del Estado como *productor de bienes económicos*»... «consecuencia de ello es el avance expansionista de la Administración, que conquista cada vez mayor relevancia a costa del Derecho político». «La finalidad abstracta del Estado es la consecución del bien común».

En efecto, como ya dijimos en otra ocasión (3), el Derecho político se desplaza del ámbito nacional a otro superior (supra-

(1) «Concesiones administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, Barcelona, 1952, tomo IV, pág. 692.

(2) «El principio de la expansión de los fines del Estado», *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, tomo IV, págs. 685-86, Barcelona, 1952.

(3) Véase nota 17, página 68 de nuestra obra *Problemas sustanciales y estructurales de los entes territoriales*, Valencia, 1958.

nacional, no internacional—que seguirá dentro del Derecho de este nombre—), donde alborea un gran quehacer para esta parte de la ciencia del Derecho; mientras que el administrativo abarca una «omniactividad» intraestatal político-social con ciertas potestades organizativas o estructuradoras que rozan lo que siempre fue de la exclusiva misión del Derecho político.

GARCÍA-TREVIJANO (4) sostiene: «El Derecho administrativo venía considerándose como el Derecho de los servicios públicos, pero hoy es imposible mantener esta posición extrema. Dos son las actividades del Estado: jurídica y social, y todo el problema se encuentra en el recto concepto de estos términos». La concepción clásica francesa es extensiva: «es servicio público toda la actividad de la Administración»... «y aun hoy se acoge al decir que es servicio público toda la empresa de una colectividad pública tendente a satisfacer una necesidad de interés general... El interés general es la noción principal que lo distingue de la simple empresa privada de la Administración»... «Verdaderamente es difícil dar una noción exacta del servicio público en la actualidad, porque ni toda la actividad de la Administración es servicio público, ni todo servicio público está en determinado momento en manos de ésta (directa o indirectamente)».

Lo cierto es que la Administración tiene, en nuestros días, una misión fundamental y compleja que cumplir, cual es la de procurar y asegurar la satisfacción de las necesidades de esa comunidad.

Por obra de una difusión general de la cultura y de una educación ciudadana ejemplar (hagamos caso omiso de la rebeldía de los profesionales de la revuelta polifacética, de los que en la calle «viven» al margen de toda vocación definida y de toda emulación sana y esforzada), podríamos llegar a convertirnos los hombres en seres tan perfectos y ordenados moral y socialmente, en tan espontáneos, solidarios y celosos cumplidores de la ley, que sobrasen de hecho o prácticamente los órganos policiales y judiciales del Estado; pero nunca podrían postergarse o suprimirse los órganos de la Administración encargados de

(4) «Aspectos de la Administración económica», *Revista de Administración Pública*, págs. 16 y sigs., 1953.

aquella misión fundamental, la de proveer a las necesidades generales consolidadas, del mismo modo que en el seno de una familia cristiana perfecta la autoridad paterna «se siente», pero apenas se ejerce, y, en cambio, no puede prescindirse de las funciones del «ama de casa», de la persona que se preocupa de prever y proveer todas nuestras necesidades vitales.

Y es que los cometidos de Autoridad, de Poder, encaminados al aseguramiento del orden, están, en cuanto a su importancia, en proporción inversa al desarrollo de la cultura y espíritu de solidaridad disciplinada en los ciudadanos, hasta el extremo de que gradualmente se van desplazando sus resortes de los grados inferiores a los superiores entre los entes territoriales—el Poder pasa del Municipio al Estado y en nuestros días se empieza a preparar su traspaso a organizaciones de rango superior—; mientras que los modernos cometidos de la Administración en todos sus grados, en su extensión y crecimiento van directamente proporcionados al incremento constante del progreso humano, traducido en «necesidades consolidadas» y en una creciente tendencia de acercamiento al individuo. Por ello se inicia en nuestros días una despolitización de los órganos administrativos, que se manifiesta en un doble sentido: de un lado, contraponiendo al frío hermetismo e introversión de aquéllos el fomento de las «relaciones públicas»; y, de otro, contrarrestando la discrecionalidad abusiva (o «capricho» político) con la orientación técnica de su actividad—aunque haya que prevenirse contra otro posible abuso: el de la tecnocracia—.

II. «RAZON DE ESTADO» Y «RAZON SOCIAL»

Por otra parte, la evolución de las ideas políticas ha ido desfasando su orientación de la preocupación puramente filosófica o artificial—aunque artificio necesario—«del Estado»—estructura jurídico-política—a la preocupación más fundamental y realista «de la sociedad»—contenido humano—. Ello se ha traducido en la sustitución de las también artificiosas construcciones liberales por las estructuras sociales y comunitarias; y

hasta la expresión de la voluntad colectiva se logra ya con acción corporativa dominante—solidaridad altruista o ego-altruista—, periclitando el sufragio directo—egoísmo—, o sea un predominio de los intereses reales sobre los políticos o de partido: bien común frente al bien de grupos obedientes a un «liderato» egoísta (abocado a la dictadura y la tiranía). Al nexo o unión por la ambición del Poder le sustituye el nexo de la solidaridad social y, en el mejor caso, de una sana acción de Poder político, unos fines estrictos de seguridad interior y exterior y de otros muy limitados que van de arriba abajo, pasan a ser desbordados por otros múltiples que se imponen por exigencias realistas que van de abajo arriba. A la «razón de Estado» le sustituye esa variedad de términos «fines», «intereses», «utilidad» y «necesidad» que con el calificativo de «públicos» o «generales» no son sino exponente de ese imperativo categórico de nuestros días: una «necesidad social» que, al consolidarse, exige—por derecho natural—ser atendida por el organismo político; y un «fin social» que es el trasunto de la obligación, correlativa a aquella exigencia comunitaria, para dicho organismo, de una prestación—fundamento, por otra parte, de su existencia—; y, como resultante, el «bien común» en su recto sentido.

La expresión «utilidad pública» dimana de ese bien que se procura a la comunidad, en el sentido moral de satisfacción de sus exigencias vitales, que será «beneficiosa», aunque no resulte, desde el punto de vista económico, remuneradora, ya que, cueste lo que cueste, nunca deberá regatearse. Traducido al lenguaje literario de un célebre novelista francés, es el vulgarizado tema de «uno para todos y todos para uno».

En este sentido, VILLAR PALASÍ (5) dice: «...es preciso subrayar la crisis de la clásica concepción liberal que justificaba formalmente la actuación del Estado en la *volonté générale*, y la atribución actual de competencia al mismo sobre la base material de una *necesité générale*, constatada como *necesité publique*».

«La variación de extensión e intensidad de las necesidades

(5) «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, septiembre-diciembre 1950, págs. 56 y 57.

públicas, cuya satisfacción asume el Estado, establece una directa funcionalidad con las instituciones administrativas».

Antes, en otro lugar del mismo trabajo, este autor puntualiza la cuestión con las siguientes palabras: «El problema radica, pues, en esencia—en lo que afecta al Derecho administrativo— en discriminar qué necesidad recibe el carácter de pública y a cuáles necesidades ha de negarse esta naturaleza. La presencia de necesidades consolidadas, sentidas *uti universi* y no *uti singuli*, la expectativa que supone una Hacienda de guerra, la imposibilidad de satisfacer necesidades privadas por los particulares, la funcionalidad de una necesidad o de una solución respecto al paro y al empleo total, etc., son coeficientes que, aplicados al concepto abstracto de la necesidad, la matizan y califican de pública. Aquí es donde precisamente entra en la lid el factor sociológico, habida cuenta de que a su vez estos coeficientes dependen de una concepción puramente fáctica del bienestar público, en la que incluso se puede prescindir de ulteriores valoraciones finalistas de conformación social o política».

La sustitución del concepto tradicional del *servicio público*, con su signo característico de *imperium* y ámbito limitado, por el *fin público*, más amplio porque no lo constriñe el prejuicio jurídico, la santidad de las fórmulas, sino que abre los brazos para abarcar, con toda la ilimitada anchura del sentimiento humano de solidaridad social, todas las necesidades consolidadas de la comunidad, es la que ha situado a la Administración y, por tanto, al Derecho administrativo frente a tan compleja problemática.

Contemplando ésta, GASCÓN HERNÁNDEZ (6) dice: «La Administración se justifica por la indeclinable necesidad de atender a los fines todos de la vida social»... «Hoy asistimos a una extensión e intensificación creciente de las necesidades públicas y de lo que llamaríamos también la necesidad de que estas necesidades públicas se satisfagan por procedimientos públicos»... «Hay una fórmula muy fácil que define como fin de la actividad administrativa la satisfacción de las necesidades públicas,

(6) «Los fines de la Administración», *Revista de Administración Pública*, número 11, págs. 33 y sigs., 1953.

y entonces quedaría sólo por determinar cuáles sean esas necesidades públicas para así fijar finalmente los fines de la actividad administrativa y los límites en que esta actividad ha de moverse».

Y sigue exponiendo: «De las innumerables clasificaciones de los fines de la Administración, acaso la que tiene un valor más invariante es la que distingue las siguientes: 1.^a Finalidad de orden jurídico, incluidos el orden público y la justicia. 2.^a Finalidad de aseguramiento de la sanidad e higiene individual y social o, con fórmula más amplia, intervención en todos los aspectos de la vida física. 3.^a Finalidad de asegurar un mayor desarrollo intelectual y un perfeccionamiento moral de los individuos. 4.^a Finalidad de lograr una mayor riqueza nacional y de poner esta riqueza al servicio de la Nación. 5.^a Finalidad de asegurar un minimum de vida decorosa para todos los individuos, consagrando no sólo el derecho al trabajo, sino el derecho a la subsistencia cuando no se pueda trabajar».

La primera se traduce en las funciones clásicas de la Administración. La segunda, con la amplitud de su enunciado, es ya un ariete que rompe brecha en la muralla de actividades hasta ahora desarrolladas por la iniciativa privada, pues permite concebir la nacionalización de la asistencia médico-farmacéutica y de la previsión social (accidentes, seguros de vida—aparte del retiro obrero—, pompas fúnebres, etc). La tercera, la gratuidad de la enseñanza y desarrollo de la cultura en todos sus grados (ya en España, realizada o fomentada por el Estado: universidades e institutos laborales, igualdad de oportunidades); divulgación del teatro clásico y del arte lírico («Festivales»); de la televisión, fomentando—en los albores de este trascendental medio de difusión—la fabricación y venta de aparatos receptores a precios populares (queremos recordar que ya se hizo algo en este sentido a través de la Organización sindical); Educación y Descanso, con sus albergues, etc. La cuarta, acción transformadora del agro—colonización en su amplia gama de actividades (Plan Badajoz y Plan Jaén)—; construcción de paradores de turismo y política del Ministerio de este nombre, propagando esta corriente como fuente de divisas para el Tesoro nacional,

etcétera. Y la quinta, el subsidio de paro; rehabilitación para el trabajo—cambios de profesión o especialización—, etc. ¿Queda algún campo ajeno a la posible actividad de la Administración?

Y en orden a la Administración local, basta dirigir la mirada al artículo 101 del vigente texto articulado de la Ley de su Régimen de 24 de junio de 1955 para observar la extraordinaria amplitud de los fines de su competencia, cuya enumeración casi exhaustiva se corona con el apartado *k*), que dice: «*Cualesquiera otras obras y servicios que tengan por objeto el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales y de las aspiraciones ideales de la comunidad municipal*». ¿Cabe algo más? No dice de los «*servicios públicos*»—con prejuicios de vieja sistemática—, y no sólo se refiere a la *satisfacción de las necesidades generales* (que ya sería bastante), sino «y de las *aspiraciones ideales de la comunidad*». ¿Qué límite puede ponerse a estas últimas?

III. CONTROL JURIDICO Y MORAL DE LA ACTIVIDAD SOCIO-ECONOMICA

Ahora bien, como dice BERCAITZ (7), «la determinación de la existencia de ese interés público superior de la colectividad, será del resorte exclusivo de la Administración, aun cuando su decisión pueda someterse al pertinente control jurisdiccional que decidirá oportunamente sobre la juridicidad o arbitrariedad de las medidas que adopte la Administración, inclusive dentro del campo del ejercicio de sus facultades discrecionales».

O sea, que esas medidas precisan de la anuencia de la comunidad a través de sus órganos representativos: Cortes o Parlamento, Corporación provincial o municipal. El propio autor (obra citada, págs. 184-185) distingue entre fin público y fin de utilidad pública, en los siguientes términos: «... un contrato de empréstito para enjugar un déficit no persigue un fin de

(7) *Teoría general de los contratos administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 197.

utilidad pública, sino un fin público. Un contrato que permita la clausura de una calle para instalar un desvío ferroviario particular, pese a ser un contrato evidentemente administrativo por su propia naturaleza y por las reglas de Derecho que lo rigen, no tiene ni un fin público ni un fin de utilidad pública».

Es evidente que la actividad de la Administración no quedaría justificada cuando tendiera a dar satisfacción a un interés de grupo: por ejemplo, construir un campo de golf para una sociedad recreativa privada; sin embargo, ese mismo campo se construye por el Ministerio de Turismo para llenar el vacío en una zona, complejo de concurrencia turística inglesa o norteamericana muy numerosa, y la obra tendrá un evidente fin o carácter de utilidad pública, como afianzamiento de esa concurrencia y fuente de divisas para el Tesoro, si bien deba basarse en otra justificación: que la iniciativa privada no haya atendido ya a esa demanda de la clientela turística o no la haya resuelto con eficacia.

Por el contrario, el servicio de seguridad o policía de orden público y defensa de la propiedad privada es, indudablemente, un genuino e indeclinable servicio público de los que integran el contenido de la Administración; pero ello no impide que ésta, ante la imposibilidad de multiplicar hasta el infinito su acción policial con respecto a entes privados que por la proliferación de sus establecimientos y el peligro evidente que corren de ser asaltados demandan una particular y constante vigilancia, por la conveniencia de liberar al presupuesto de una carga desorbitada, en una transferencia de funciones de interés mixto, privado y público a la vez—social—, autoriza a aquellos entes privados para nombrar y armar agentes propios, a los que la autoridad depura y toma juramento previamente: guardas de Bancos, de empresas ferroviarias, de fincas rurales, de almacenes, etc.; y ni por ello se puede negar que, como acabamos de decir, independientemente de ese interés particular o *uti singuli* en algunos casos no aparezca, al mismo tiempo, una razón de utilidad pública en ellos.

Pues bien: cierto que los fines de la Administración se expanden, como vemos, bajo el imperativo de las necesidades de

la comunidad—*función social*, superior en extensión a la *función política* o de la «razón de Estado», pues ésta miraba más a la conservación de un orden jurídico-político establecido, a lo contingente o fruto de una «convención», y aquélla a algo sustancial y permanente—, necesidades cada vez mayores que multiplican paralelamente los fines públicos o de interés general; pero, una vez más, hemos de sentar por nuestra parte cuál debe ser el límite a esa expansión para evitar su desbordamiento, y aquél no puede ser otro que el que las encíclicas de los Pontífices señalan con la doctrina de la subsidiariedad, salvo razones de superior interés general de seguridad o eficiencia; y, dentro de esta orientación, en cuanto al problema de tener que facilitar a la comunidad bienes materiales o servicios no ofrecidos por la iniciativa privada, hemos de condicionar, por principios de libertad humana—que implica la de producir y comerciar—, la actividad de la Administración al respecto, del siguiente modo: que la iniciativa particular se halle totalmente ausente o no provea en cantidad y calidad suficientes por falta de recursos técnicos o económicos, en cuyo primer supuesto la Administración no sólo puede, sino que debe suplir—siempre, sin embargo, que la comunidad, a través de los órganos de expresión de su voluntad (Cortes o Parlamento, o Corporación local en pleno en su caso), así lo acuerden—; y, en el segundo supuesto, debe auxiliar y estimular a la empresa privada con préstamos de cómodo reintegro para que incremente y perfeccione su producción.

En la encíclica *Mater et Magistra* se dice: «Por consiguiente, los poderes públicos responsables del bien común no pueden menos de sentirse obligados a desenvolver en el campo económico una acción multiforme, más vasta, más profunda y más orgánica; como también a ajustarse a este fin en las estructuras, en las competencias, en los medios y en los métodos»; añadiendo: «Finalmente hay que recordar que también la iniciativa privada debe contribuir a establecer el equilibrio económico y social entre las diferentes zonas de la nación. Más aún: los poderes públicos, en virtud del principio de la subsidiariedad, deben favorecer y ayudar a la iniciativa privada, confiando a ésta, donde

sea y apenas sea posible de manera eficiente, la continuidad del desarrollo económico».

Este condicionamiento de la actividad productora a la Administración no se apoya sólo en una línea de moral pública dimanante de los derechos naturales que asisten a la persona humana y que se recoge, como vemos, en las encíclicas de los Pontífices, sino que el propio Derecho positivo, en nuestra patria, fiel trasunto de tales principios morales e inspirado, por tanto, en la doctrina social católica, proclama en el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938—convertido en Ley fundamental del Estado por la de 26 de julio de 1947—, en su declaración XI, número 4, que: «En general *el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada* o lo exijan los intereses superiores de la Nación», y en el número 6, que «El Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación»; principios de rango constitucional que convertirían, no teóricamente, sino con fundamento legal, en una *desviación de poder* cualquier actitud del Estado, la Provincia, el Municipio y cualesquiera entes paraestatales, en orden a la invasión de esas prerrogativas ciudadanas, que no estuviesen claramente apoyadas en un interés general.

Y ello se fundamenta, además, en una justa correspondencia en el soporte de las cargas económicas, porque si el ente público, que nutre sus presupuestos con la contribución de los poseedores de bienes de capital y sobre los rendimientos o utilidades de las empresas que prosperan gracias al trabajo y a la iniciativa privada, procede a montar con el rendimiento de esos impuestos sus propias industrias o negocios competitivos con aquéllas (participación mayoritaria en el capital con fondos públicos), ello supondría, si no media un imperativo insoslayable, sin una razón de alto interés público, la competición más injusta y abusiva que cabe imaginar, máxime cuando tal actividad empresarial de la Administración tiene ya un margen a su favor en la lucha de precios: el de estar por lo general, las empresas que por ella actúan, exentas de tributación y gozar de otros beneficios fiscales (exención total o parcial de derechos aduaneros), aparte de otros auxilios o subvenciones.

La antítesis absoluta a estas estructuras económicas frenadas por el derecho natural y la moral católica, la hallamos en la doctrina comunista donde la asunción desmesurada por la Administración de estas actividades, que en algunos Estados socialistas se desarrolla con carácter monopolístico, incluso en la fabricación de artículos de vulgar uso común o generalizado como pudieran ser el calzado y los vestidos, tiene como consecuencia una estandarización o uniformidad de hospicianos; y su natural carácter antieconómico, ya en sentido absoluto, ya en relación a su calidad o rendimiento. Por el contrario, en los países de economía liberal, el régimen monopolístico de la Administración, como no esté justificado por razones de alto interés público, es socialmente repudiado y legalmente frenado, como veremos de un modo particular al examinar nuestro Derecho positivo local.

Por otra parte, si sobre esa base de subsidiariedad y consentimiento comunitario la Administración monta y explota por sí misma o concede a empresas privadas tal gestión por subrogación, es indudable que sus relaciones con los concesionarios—en el segundo supuesto—deben regularse en la ley o en unos pliegos de condiciones que requerirán la adhesión previa de aquéllos; es decir, que esa actividad entrará dentro de análogo régimen o «tratamiento público» al que viene rigiendo en la gestión subrogada de los clásicos servicios públicos. Porque si la actividad a tal efecto concertada llena una necesidad que se traduce en un evidente fin público, y la causa—esa necesidad—es también pública, ¿cómo hallar el instrumento de perfección y formalización de las relaciones entre la Administración y el particular en el Derecho privado?

Y he aquí otra pregunta que tal situación nos sugiere: tales actividades, no gestionadas directamente por la Administración, sino concedidas a una empresa privada, ¿son servicios públicos?

VILLAR PALASÍ (8) nos dice: «... En su sentido originario, el concepto de *servicio público* sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos,

(8) *Ob. cit.*, «Concesiones administrativas», págs. 691 y sigs.

excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales. No puede, por ello, comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales, planteándose en consecuencia el *dilema*, o *bien de extender*—degenerándolo—*el concepto de servicio público*, con lo cual podría intentarse dejar incólume el basamento del Derecho administrativo tradicional, o *bien replantear los conceptos*, en busca ya de categoría superior, ya de categoría distinta pareja de la tradicional» (9).

«El servicio público—dice—*en sentido material*, sería la institución destinada a proveer una necesidad esencial de la población» cuyas características serían la necesidad de un funcionamiento «continuo, regular, imparcial y no lucrativo»; aplicación posible de reglas que están fuera de la órbita del Derecho común para asegurar su funcionamiento; provisión legal del empleo de estos procedimientos; creación dejada a la apreciación discrecional de la autoridad; y establecimiento por la Administración de tasas a los usuarios. Y «el servicio público, *en sentido absoluto*, consistiría en la provisión de determinada prestación o de cierto producto a cualquiera que lo solicite», lo que significaría en cuanto al «... criterio de extender el concepto del servicio público a la producción de bienes económicos... incluir como gestores de servicios públicos organismos de estricta producción...»; lo que sería «consecuencia de una consideración preliminar de servicio público, en un puro *sentido objetivo* o estructural: es servicio público—en este concepto—todo lo que gestiona la Administración, con lo cual la mayor parte de la actividad positiva de aquélla cae dentro de este amplísimo concepto».

No estimamos viable, en nuestro modesto criterio, que se «encajen» así como con calzador, las actividades industriales de la Administración en el concepto ortodoxo del servicio público, porque, como hemos destacado al principio, éste lleva implícito un revestimiento de potestad o imperio inalienable que no tiene correspondiente en la «concesión» (!) de actividad industrial como en seguida expondremos, pese a que la entidad «concesio-

(9) El subrayado es nuestro.

naria» se denomine «Empresa pública» (por su origen, mas no en su régimen funcional).

En esta línea, con vista a la tradicional idea o concepto técnico del servicio público, la inadecuación de éste a la actividad industrial de la Administración, y considerando la unidad de características y de problemática que sobre tal concepto ortodoxo ha dado a la investigación resultados eficientes y fecundos, sigue diciendo VILLAR PALASÍ (obra citada): «Constituiría un error radical prescindir de estos positivos logros constructivos por el prurito de extender el concepto a las nuevas actividades de la Administración con el solo objeto de poder salvar formalmente la vieja sistemática», ya que tal extensión del concepto, prescindiendo «de los límites que lo han definido dialécticamente, implicaría vaciarlo de significado, con lo que ya no calificaría de contenido alguno ese nuevo objeto que trata de incluirse».

IV. PROBLEMA DE LA FIGURA JURIDICA ADECUADA AL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES DE LA ADMINISTRACION

El dilema que nos plantea VILLAR PALASÍ es realmente trascendental desde el punto de vista científico, porque al ampliar, deformándolo, el recto concepto del servicio público, se derrumbaría por su base la estructura del Derecho administrativo tradicional; por otra parte, si se mantiene intangible la institución, en la Administración no caben las actividades que no consistan en la prestación del servicio público; y como la realidad es que la Administración lleva a cabo aquéllas, ¿dónde está la solución?

Podría tratarse de encuadrar las nuevas actividades administrativas desdoblando la personalidad de la Administración en una función de servicio público ortodoxa, personalidad pública, y en otra de producción de bienes de interés general por procedimientos de Derecho común, personalidad privada; pero ello no nos parece admisible. Primero, porque si la causa de su actividad es pública—necesidad social o comunitaria generalmente sentida—y el fin, por consiguiente, es también público, no cabe más que el procedimiento público para encauzar tal actividad;

y no nos sirve la fórmula del contrato privado que se perfecciona por un consentimiento otorgado en pie de absoluta igualdad, puesto que incluso para adquirir un edificio, por ejemplo, destinado a cualquier fin, la Administración ha de convocar forzosamente un concurso señalando ciertas condiciones que, de vulnerarlas por sí al otorgar, haría anulable el acto, y las cuales suponen un sometimiento, *a priori* y sin reservas, para el concursante adjudicatario, es decir, un auténtico contrato de adhesión, típicamente administrativo (acaso—y con la máxima reserva, puesto que hay por medio una actividad pública de un ente también público—sólo podrían admitirse en la adquisición directa, por contrato común, cuando el importe no llegase a ciertos porcentajes del presupuesto de la Corporación adquirente). Segundo, porque admitir una Administración de segunda clase, sin *imperium*, sería colocarla en peores condiciones casi que a ciertas entidades paraestatales, como los sindicatos que, sin embargo, son corporaciones de Derecho público. Y tercero, porque incluso cuando se dice que la Administración contrata como persona privada, en orden a sus bienes *patrimoniales*, no de dominio o servicio público, sino de su interés privado, cabe preguntarse: ¿interés privado de quién? ¿Es que la Administración puede hacer mangas y capirotos de esos «sus» bienes «patrimoniales»? No. Son también bienes de la comunidad y su pérdida o lesión perjudica no a la Administración, a estos efectos un fantasma, sino al ser o ente real geo-social, *el común*, al que obligadamente debe rendir cuentas de su gestión.

La Administración es un ente público único, con personalidad indivisible; y si en la persona física cabe admitir que, de un lado, desempeñe funciones públicas, con manejo de intereses públicos distintos de los suyos patrimoniales y respondiendo con éstos del perjuicio causado a aquéllos; y, de otro, realice negocios privados, con intereses domésticos, que sólo incumben y afectan a las personas y hacienda de la familia; en la persona moral pública, en el ente territorial, esa distinción entre actos públicos y privados no nos sirve, porque, en unos y otros, el interés es siempre público o del común y la libertad de disponer no es completa, está reglada y sujeta a un procedimiento público

de cuenta y razón; y los rendimientos de los bienes patrimoniales son ingresos del presupuesto, así como las pérdidas son cargas para éste.

Por eso no nos acaba de convencer, como solución al problema, la distinción que GARCÍA-TREVIJANO (10) hace de las actividades de la Administración, en «a) Actividades que son servicios públicos en cuanto tienen los índices de éste (monopolio legal, interés general y continuidad y regularidad de la prestación); b) *Actividades encuadradas en un ordenamiento seccional y que son de interés público*; y c) Actividades que son empresas privadas de la Administración (por ejemplo, un teatro)»; porque si sólo las primeras hubieran de seguir siendo el basamento de la estructura jurídico-administrativa auténtica y a ellas les serán adecuadamente aplicables la gestión directa con o sin órgano propio, la empresa mixta y la concesión, y aun dando por correcto que al tercer grupo de actividades les quepan las fórmulas del Derecho común (que no siempre será cierto), ¿dónde están las aplicables a las actividades del segundo grupo? ¿cuáles son las fórmulas que integran ese ordenamiento seccional? Siendo de interés público no le acomodan las del grupo c), y si hay que echar mano de la más adecuada entre las del grupo a), la empresa mixta, fórmula a caballo, podríamos decir, del Derecho administrativo y el privado (mercantil), la segregación de esas actividades b) (de interés público) de los servicios públicos a), no obedece a otra finalidad que seguir respetando la santidad de una estructura clásica, hoy simple parcela—sin menosprecio a su preferente trascendencia—de la actividad conjunta de la Administración.

Hay que rendirse a la evidencia de que se ha producido una auténtica simbiosis entre las actividades clásicas y las modernas de la Administración, y el Derecho administrativo ha de adaptarse a tal realidad, y así como el cuerpo (Administración) constituye una unidad indivisible en su personalidad y órganos volitivos de la misma (potestad resolutive), su ordenamiento jurídico debe mantener también su unidad estructural (el reves-

(10) «Aspectos de la Administración económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12, pág. 28, 1953.

timiento jurídico debe ser como el vestido hecho a la medida), sin injerto de instituciones ajenas a su propia naturaleza.

Sin embargo, la realidad es que el Estado (11) al tener que hacer frente a estas modernas actividades de tipo industrial y al no disponer de fórmulas jurídicas netamente administrativas, adecuadas a la institucionalización de aquellas actividades, ha apelado a la creación de empresas que en su origen y ordenamiento son de Derecho público, pero que en su funcionamiento y relación frente a terceros son de Derecho privado, concretamente de Derecho mercantil, puesto que su tipo general es el de Sociedades anónimas, con capital mayoritario en manos de la Administración. Es decir, un «monstruo» o cuerpo «híbrido», ya que no son órganos de la Administración (sólo lo son a este respecto los servicios «personalizados» u «organismos autónomos») y como Sociedad mercantil, totalmente «impura» porque, como sostiene BROSETA (12), en su constitución carecen de una base colectiva, su personalidad nace de la ley y no de la voluntad de sus fundadores, no existe un régimen de acciones computables como título de valor, la Junta general es suplida por la Corporación (en los entes locales) y no ofrecen plena garantía frente a terceros (ya que los bienes suelen ser de propiedad del organismo que las crea, y, por tanto, de carácter público, no enajenables, inembargables, etc.).

Y esta mezcla de tratamientos jurídicos público y privado a la vez, pugna con la pureza de las instituciones propiamente administrativas y de las privadas.

Mientras no surja la afortunada fórmula, en la mente de algún inspirado tratadista, que permita, sin menoscabo de su esencia, flexibilizar el concepto de servicio público—lo que equivale a «cuadratura del círculo»—o se conciba otro concepto de «cuasi servicio público» de modo que se halle «cabida» adecuada a estas nuevas actividades de la Administración, sin destruir la unidad estructural de su ordenamiento jurídico, tendremos

(11) Ley de Entidades estatales autónomas de 26 de diciembre de 1958, comentada por PÉREZ MORENO en su obra *La forma jurídica de las empresas públicas*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, 1969.

(12) «Las empresas públicas en forma de Sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 100.

que aplicar a cada caso concreto que la realidad imponga, la fórmula, más o menos pura o mixtificada—aunque procurando siempre que esté predominantemente dentro del Derecho administrativo—, que mejor solución ofrezca.

Vale la pena observar, como precedente, que este problema, antes de llegar a las características y envergadura que hoy presenta, cuando el campo de la actividad administrativa era más limitado y uniforme, ya se planteó a la Administración y ésta tuvo que asumir, por razones de seguridad o emergencia, actividades ajenas a su genuina competencia. Así la producción de armas de guerra ha sido en algunos Estados, como España, por ejemplo, asumida por la Administración (fábrica de cañones de Trubia, de fusiles en Toledo, de pólvora en Granada); y, al estallar un conflicto bélico, el Estado se incauta de la industria privada para destinarla por su cuenta al mismo fin; lo que ahora por imperativo social efectúa—aunque no por vía de incautación o de nacionalización, sino de creación—con carácter normal y permanente respecto de esas actividades industriales que son objeto de nuestro estudio.

Únicamente en los Estados en que existen complejos industriales privados y óptimos por su acreditada técnica y capacidad productora, la Administración no tuvo—en el precedente que contemplamos—que desbordar los cauces de su actividad genuina, a tal efecto, y se ha surtido de armamento por el procedimiento normal de la contrata, y no sólo de armas convencionales o de patentes públicas (complejos Krupp en Alemania y Skoda en Checoslovaquia, por ejemplo), sino hasta de ingenios con patentes de alto secreto militar, como proyectiles espaciales, bombas atómicas, etc.

Finalmente, cabe citar por vía de ejemplo cómo, en la Administración local, el apartado *i*) del artículo 101 de la Ley de su Régimen, señala como de competencia municipal los «teatros y cines», no en cuanto a su función de vigilancia e inspección por razones de policía de seguridad y sanitaria, sino en relación con la otra faceta de su competencia que señala el apartado *f*) del propio artículo en orden a la instrucción y cultura del vecindario; en virtud de lo cual un Ayuntamiento puede construir

los edificios adecuados y explotar el espectáculo por sí, al precio de costo, o bien adjudicarlos a una empresa en régimen de concesión, regulando en el pliego de condiciones unas tarifas para el precio de las localidades—incluso «precio político», según la clase y presupuesto de las funciones a celebrar, para compensar los gastos de explotación (y aun de amortización en equis años, en el supuesto de que los locales hayan de construirse por el concesionario); y, en ambos casos, ¿cabe negar la condición de pública a esta actividad de la Administración? Otra cosa sería si el edificio de propiedad municipal se arrendase pura y simplemente a un particular para ser explotado por éste como negocio privado.

Hemos de sentar, pues, para terminar, que dentro de la panorámica actual no sólo de la actividad administrativa central, sino de la local, si la Administración arbitrariamente monta industrias en competencia con la iniciativa privada ya existente, técnica y económicamente capaz de surtir a satisfacción a la comunidad, es indudable que aquélla se desvía de su fin, y de ningún modo esa actividad oficial puede quedar justificada, por lo que cabría impugnarla—(¿recurso de contrafuero?)—y hasta exigir indemnizaciones; pero si la comunidad, como sociedad bien desarrollada y culta, demanda, ya servicios inmateriales (como comunicaciones telegráficas, telefónicas o postales; emisiones de radio y televisión—aunque éstas, por razones de seguridad, las retiene o controla el Estado—; espectáculos artísticos de interés cultural—«Festivales de España»—, suministros de gas y electricidad, etc.); o bienes materiales (como medicamentos, automóviles, etc.), bien porque no los produzcan los particulares en absoluto o en la medida necesaria y al interés nacional no le convenga importarlos, al proceder la Administración a suministrarlos, fabricándolos por sí, sin ánimo de lucro e incluso con pérdida, esta actividad será evidentemente pública, porque cubre una necesidad pública, y debe satisfacerse por procedimientos públicos, ya que de naturaleza pública son los entes, Estado, Provincia o Municipio, obligados a satisfacer subsidiariamente esas demandas de la comunidad.

V. EL PROBLEMA EN LA ESFERA LOCAL

Por lo que respecta a ese amplísimo campo competencial que se abre a la iniciativa de los entes locales en nuestra legislación vigente, no es posible que se manifieste su actividad productora sino en aquellas materias que tengan naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria (art. 46.1 del Reglamento de Servicios), que sean de primera necesidad o de mera utilidad pública, *aunque no se encuentren específicamente determinados en las enumeraciones de la competencia local*, siempre que tengan por objeto el fomento de los intereses y el beneficio de los habitantes de la demarcación municipal o provincial; que se presten *dentro* del correspondiente *término* municipal o provincial; aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro; y que se dirijan a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta; condiciones que dicho Reglamento señala para la procedencia de las municipalizaciones y provincializaciones al respecto.

Además, sólo podrán llevarse a cabo con monopolio los que señala el artículo 166 de la Ley de Régimen local, que son los de abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, mercados, mataderos, cámaras frigoríficas, pompas fúnebres y los de tranvías, autobuses, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal, así como el servicio de estaciones de autobuses; y, mediante autorización del Ministro de la Gobernación—para Municipios de más de diez mil habitantes—, los suministros al por mayor de carnes, pescados, leche, frutas y verduras, mediante la adquisición en firme de los artículos o su venta en comisión; actividad esta última sumamente beneficiosa para la población por cuanto al eliminar a los intermediarios mayoristas o distribuidores, procura que los artículos no vayan sobrecargados con beneficios que pudieran resultar abusivos, como en algunas capitales se ha puesto en evidencia al ensayar el abastecimiento directo de productor a consumidor.

Para poder municipalizar con monopolio servicios de los no enumerados anteriormente—dice el citado artículo de la Ley, que venimos transcribiendo—será precisa autorización del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

Esta actividad de la Administración municipal, bien reglada como vemos, se halla también limitada en el sentido de que no se pueda desarrollar paralelamente con la de otros entes superiores: monopolio estatal, en todo caso, o de la Diputación provincial (art. 50 del Reglamento de Servicios).

Y en este panorama de las posibilidades gestoras de nuestros entes locales podemos concluir transcribiendo el comentario que en su introducción a la edición del citado Reglamento de Servicios hace ABELLA, y que dice así:

«Al ceñirnos singularmente al terreno municipalista, nos encontramos con un vastísimo campo de acción—potestad, deber—en interés de los habitantes de un término municipal. La función, el *fin*, el *servicio*, requiere unas *formas* de ejercitar aquélla o de prestar éste, que es uno y lo mismo. Pues eso, la «forma» de llevar a la práctica los servicios públicos en el ámbito municipal, es precisamente lo que constituye el discutido y discutible problema que puede sintetizarse así: a) Una posición doctrinal que no concibe el Municipio fuera de su órbita propia de Corporación-poder. b) Otra—la más moderna—, que no solamente comparte la teoría del Municipio-empresa, sino que postula su conveniencia, habiendo conseguido la victoria apologética más completa al incorporar a las leyes su punto de vista».

«Sin grande perspectiva experimental, hoy por hoy, que no se remonta más allá del Estatuto de Calvo Sotelo, acaso pueda defenderse la posición de una zona templada, con apoyo en el punto del Fuero del Trabajo citado, y que consista en no desorbitar las cosas extremando los criterios, esto es: ni cerrando el paso sistemáticamente a la municipalización de servicios, ni embarcándose alegremente en aventuras de este linaje como quien de pronto descubre una taumatúrgica panacea, muchas veces no encerrada en el sistema, sino en el secreto a voces de una inteligente organización».

Por nuestra parte, ya lo hemos expuesto, estamos en este criterio ecléctico o moderado, máxime cuando en materia de municipalizaciones empezamos a estar de vuelta, ante la sistemática crisis económica de las empresas municipales (transportes de Madrid y Barcelona, por ejemplo), sostenidas con transfusiones del presupuesto nacional—a veces costeando el Estado las infraestructuras más costosas—, pero sin lograr el restablecimiento de su salud financiera; y esto es precisamente lo que, según evidencia su repetición, comporta la crisis de esas «formas» de gestión; acaso porque el origen del mal radique, como también en otra ocasión hemos expuesto, en la falta frecuente en la Administración del «factor hombre» y de los «incentivos» que son el motor de todo «negocio» privado.

VI. CONCLUSIONES

1.^a La Administración contemporánea no puede eludir el ejercicio de actividades marginales a la esencial de prestación de «servicios públicos»—las cuales no reúnen las características ortodoxas de éstos—, pero que van desbordando el contenido de aquélla, y que, al fundamentarse en un fin social, en la satisfacción de las «necesidades consolidadas» de la comunidad y no en un signo de poder o autoridad, imprimen a las relaciones Administración-individuo un sello más socio-económico que político.

2.^a La comunidad, orgánicamente, impone al Estado la atención a sus necesidades auténticas—no las «programadas» caprichosa o utópicamente por grupos influidos y «disciplinados» por un jefe—, y así el concepto de «necesidad general» desplaza al de «voluntad general». Otro acercamiento de la Administración al común, la «planificación» racional contra el clásico «programa».

3.^a Sin embargo, la Administración, para acometer el desarrollo de estas actividades industriales, precisa de la anuencia de la comunidad a través de sus órganos representativos (Parla-

mento, Corporación provincial o local) y atenerse a los límites morales del principio de la «subsidiariedad» (Encíclicas), que también pueden ser legales—como establecen nuestras Leyes Fundamentales (Fuero del Trabajo)—.

4.^a La figura «híbrida» de la empresa estatal autónoma —puesto que no es institución netamente administrativa, ni mercantilmente correcta—sólo es una fórmula que suple la carencia de la que habrá que crear dentro del campo del Derecho administrativo.

