

LA INICIATIVA PUBLICA EN LA CONSTITUCION. DELIMITACION DEL SECTOR PUBLICO Y CONTROL DE SU EXPANSION *

POR

GASPAR ARIÑO ORTIZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. *El sector público en una economía de mercado.*—2. *Sector público frente a sector privado. Planteamiento del problema y justificación.*—3. *Las dimensiones tolerables del sector público. Algunas conclusiones de la ciencia económica y de la ciencia política.*—4. *La «teoría» de las empresas públicas. Sus campos de actuación:* 4.1 Los planteamientos socioeconómicos: «positive policies». 4.1.1 Especial referencia al caso español. Papel del Estado-empresario («holding» público) en una economía en desarrollo. 4.2 Los planteamientos políticos: «normative policies». Verdaderas y falsas razones. 4.2.1 El planteamiento de mercado. 4.2.2 Resumen y conclusión. 4.2.3 El planteamiento colectivista. 4.2.4 ¿Es posible un compromiso? 4.2.5 La socialización encubierta.—5. *El marco constitucional y legal en España:* 5.1 Situación anterior a 1978. Legalidad y realidad del sector público hasta esa fecha. 5.2 La Constitución de 1978 y el proyectado Estatuto de Empresas Públicas. ¿A dónde vamos?: 5.2.1 El marco constitucional. La «iniciativa pública». 5.2.2 Nota crítica al proyecto de Estatuto en este punto. 5.3 El procedimiento de creación de empresas públicas: 5.3.1 Crítica en este punto al proyecto de Estatuto. 5.4 Las reservas al sector público y su alcance. Notas para una cabal interpretación del artículo 128 de la Constitución. 5.5 El principio de especialidad de las empresas públicas.

1. EL SECTOR PÚBLICO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

Según las exposiciones clásicas, las grandes cuestiones económicas con las que el Estado y la sociedad se enfrentan han sido siempre tres:

- Qué bienes deben ser producidos.
- Quién y cómo los producirá.
- Cómo se distribuirá lo producido.

Desde otro punto de vista, las dos cuestiones básicas son éstas: quién toma las decisiones económicas, y a quién pertenecen los medios de producción.

A estas cuestiones responden dos sistemas o modelos de economía con opciones fundamentalmente diferentes:

* Este trabajo constituye la ponencia presentada por su autor a las Jornadas de estudio sobre «La empresa pública española» celebradas en el Instituto de Estudios Fiscales (Madrid), los días 30 y 31 de mayo de 1979.

a) Un sistema de *economía de mercado*, presidido por la soberanía del consumidor, la libertad de precios, el principio del beneficio y la libre decisión empresarial; todo ello sobre la base de la propiedad privada de los medios de producción.

b) Un sistema de *economía de dirección o planificación central*, presidido por las decisiones de la autoridad en base a las necesidades estimadas de los ciudadanos, bajo un régimen de precios controlados y remuneraciones tasadas, tanto para la empresa como para sus agentes; todo ello sobre la base de la propiedad colectiva de los medios de producción.

Como un *modelo intermedio* se suele hablar de los sistemas de economía mixta, en los que se combinan los dos sistemas de decisión (individual y estatal) y de propiedad (pública y privada). A este modelo económico pertenecen hoy los países del mundo occidental, incluso aquellos declarados más formalmente como de economía de mercado. Se entiende hoy por tal aquél en el que «los procesos económicos están *preponderantemente* coordinados y orientados por las elecciones sociales que emanan del sistema de precios surgido de la confrontación de planes individuales» (FUENTES QUINTANA) (1). En todos ellos, sin embargo, se da una fuerte intervención estatal, tanto en el orden de la regulación de los procesos económicos como en el orden de la gestión directa. Con mayor o menor amplitud existe en todos los países un llamado sector público, en el que se integra un variado aspecto de actividades económicas dirigidas y protagonizadas por el Estado.

Es un hecho innegable la gran incidencia que en los principales países de Europa tiene en nuestros días el sector público. Desde la ola de nacionalizaciones de los años 40, países como Gran Bretaña, Francia, Italia o Austria han visto crecer incesantemente el protagonismo empresarial del Estado. Pero asistimos en estos momentos a un proceso de reversión y análisis crítico de esta tendencia. La polémica sobre la empresa pública y el intervencionismo del Estado se ha vuelto a abrir (¿estuvo cerrada alguna vez?). Los partidos de izquierda (Francia, Italia o España) defienden una expansión aún mayor de las nacionalizaciones, pero no parece que los más recientes análisis, ni tampoco las preferencias del electorado, vayan en esa línea. La derecha y otras posiciones de centro liberal se están pronunciando reiteradamente por

(1) *Hacienda Pública, Lecciones*, p. 3.

una revisión a fondo de los planteamientos hasta ahora existente, abogando en algunos casos por la reducción del sector público y en todos ellos por una reforma en profundidad tanto de las actuaciones que hasta ahora se le han encomendado, como del modo de gestionar y dirigir las empresas públicas que las protagonizan. La verdad es que el balance de treinta años de experiencia no es muy positivo.

Este trabajo se va a centrar en el primero de los problemas aludidos: la deseable extensión del sector público y los medios de controlar su expansión. Para lo cual es imprescindible hacer algunas consideraciones iniciales que nos ayuden a plantear el tema en sus justos términos.

2. EL SECTOR PÚBLICO FRENTE AL SECTOR PRIVADO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

Es obvio que todo intento de señalar unas reglas o principios que caractericen el tipo o modelo de organización económica y social de un país será siempre el resultado de valoraciones y preferencias personales, de convicciones ideológicas o filosóficas, y en definitiva de un modo de entender la vida. Sin embargo, suelen aceptarse como metas deseables de toda organización estas tres: la defensa de las libertades individuales, el logro de la justicia social (justa distribución de los bienes, tanto materiales como espirituales y culturales) y el máximo grado posible de eficacia económica.

Hay razones para pensar que la economía de mercado es el modelo que mejor sirve al logro de estas metas, y que aquélla (y éstas) se ven gravemente amenazadas si en su seno se produce un incontrolado crecimiento del sector público. Es un hecho constatable que en los últimos años ha existido una preocupación bastante generalizada para limitar el crecimiento estatal en el orden económico (2). No se preten-

(2) BUCHANAN exponía recientemente cómo frente al crecimiento del sector público en años pasados (que significaba una parte progresivamente creciente del PIB, con el consiguiente aumento de la presión fiscal), en los últimos dos años «se ha manifestado una viva resistencia a los intentos de elevar la fiscalidad o aumentar el gasto público» que ha tenido manifestaciones concretas en Suecia, Estados Unidos (recuérdese la reducción de impuesto aprobada en California) o Inglaterra. En este último país se ha planteado incluso formalmente el estudio de medidas desnacionalizadoras. Vid. BUCHANAN: *El sector público frente al sector privado en una economía de mercado*. CECE, Madrid, 1978. Con posterioridad al momento en que estas líneas se escribieron, hemos asistido al holgado triunfo de los conservadores en Gran Bretaña, en cuya plataforma electoral figuraba precisamente como pieza esencial una proyectada reducción de impuestos y del sector público de aquel país.

de con ello la vuelta al puro *laissez faire* como principio organizador de la economía, pero sí se afirma, en este llamado neoliberalismo, un objetivo principal: «Asegurar el orden de competencia» y llevar a cabo las intervenciones estatales con «actuaciones conforme al sistema» (3). La clásica formulación liberal con la fijación de un contenido mínimo del quehacer del Estado (seguridad, libertad, propiedad; *the less government, the better*), aparece hoy matizada o corregida por la necesaria intervención de aquél en los alegados «fracasos del mercado», bien en la *producción de los bienes públicos*, bien en la *distribución de los productos obtenidos* de acuerdo con criterios de justicia social. Tal es el doble título de intervención del moderno Estado del bienestar (*Welfare State*) (4).

El problema, sin embargo, se plantea en un doble sentido:

1. En la determinación de cuáles son esos «bienes públicos» cuya consecución debe ser encomendada al Estado; y
2. En la fijación de unos criterios de distribución distintos al criterio capitalista-económico (aportación realizada al proceso productivo, medida según el mercado).

En efecto, en cuanto al primer problema, una vez afirmados aquellos fines esenciales al Estado que son manifestación indeclinable de la soberanía (defensa, justicia, hacienda, orden público, etc.), la historia nos enseña que el resto de sus actividades potenciales ha variado mucho de tiempo en tiempo y de país a país. Actividades hoy estatizadas en gran medida como la sanidad, educación, beneficencia o asistencia social han estado durante siglos encomendadas a las organizaciones sociales (iglesias, corporaciones, universidades, etc.: los famosos cuerpos intermedios) y otro tanto ha ocurrido con las actividades económicas, de tipo industrial o comercial (abastecimientos, transporte, bancos, minería). ¿Cómo determinar entonces el alcance deseable del sector público?

(3) GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: *El Orden Económico en la Constitución*, en «Libre Empresa», año II, núm. 8, septiembre-octubre de 1978, pp. 7 y ss.

(4) Esta es hoy *communis opinio* entre los economistas. Incluso los más liberales «aceptan—escribe SCHWARTZ—la noción de que el mercado tiene “defectos” y que por lo tanto quizás sea necesario intervenir administrativamente en su funcionamiento para corregirlos»: *Una Historia del INI*, Tecnos, 1978, p. 136. Una exposición clásica, en OTTO ECKSTEIN: *Public Finance*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1964, pp. 10 y ss. Y un excelente resumen del estado de la cuestión en ROBERT D. LEE, Jr., y RONALD W. JOHNSON: *El Gobierno y la Economía*, México, 1977, pp. 37 y ss.

El *approach* económico a este problema consiste en preguntarse: ¿Dónde y cómo se conseguirá la más eficaz asignación de recursos? Si es por la vía del mercado, respetemos éste; si no (esto es, si las reglas y el mecanismo del mercado es incapaz de producir tales bienes o de producirlos en la cantidad deseable), demos entrada al Estado para la consecución de los mismos (5). Los ejemplos de bienes públicos que siempre se ponen son la defensa, la protección ambiental, la creación de economías externas o, por el contrario, la corrección de externalidades negativas (costes para terceros que debían ser absorbidos por quien los crea), la vivienda o la sanidad (6). Se citan igualmente como razones económicas de la intervención estatal la existencia de grandes riesgos (energía atómica) o de economías de escala que sólo el Gobierno logra, o de monopolios naturales, en los que se impone la concentración en una sola o en pocas empresas. En estos campos, por su propia naturaleza, tecnológica o económica, no hay realmente mercado (7).

Sin embargo, ocurre que las alternativas de «no mercado» en las que el Estado se ha embarcado para la producción de tales bienes y servicios no han sido hasta ahora un éxito ni desde el punto de vista económico (bajos precios) ni social (bienes para todos). El análisis económico paretiano no es además el único *approach* posible, y de hecho, en las decisiones de publicación de un sector o de una empresa no suele ser el más importante. Junto a él se imponen consideraciones de tipo ideológico (por ejemplo, en materia de educación) o de tipo estrictamente político-social (actividades esenciales para la

(5) «Un criterio que aconseja la intervención de la empresa pública—escribe SCHWARTZ— es cuando el coste o beneficio privado difiere del social. En efecto, cuando existan determinados costes sociales que la iniciativa privada no computa en su propia contabilidad, y por lo tanto no está dispuesta a pagar, la presencia de la empresa pública puede encontrarse justificada. Análoga justificación puede surgir cuando la actividad de la empresa produce *beneficios sociales que no son individualizables*. En este caso, como no pueden cobrar un precio por tales ventajas, las empresas privadas no están dispuestas a afrontar la actividad pertinente. El beneficio de la sociedad como un todo puede aconsejar la entrada de la empresa pública para suministrar esos bienes de utilidad pública pero de difícil cobro», en *Una Historia del Instituto Nacional de Industria*, Madrid, 1978, página 95.

(6) Un análisis teórico de la empresa pública como mecanismo de creación (o corrección) de externalidades positivas (o negativas) que tiene gran interés es el contenido en CUERVO GARCÍA, A.: *Hacia una Teoría de la Empresa de Propiedad Estatal Economic Development*, CJDE, México, 1977. según el trabajo de FISCHER, D.: *Externalities Which Cause Unemployment and Retard Economic Development*, CJDE, México, 1977.

(7) Vid. un resumen de estas tesis en LEE y JOHNSON: *El Gobierno y la Economía...*, cit., pp. 39 y 40.

colectividad, por ejemplo en materia de energía, industrias para la defensa, transporte o comunicaciones, que no se quieren dejar en manos privadas, y ello al margen de problemas de coste). Así, pues, la alternativa gubernamental no siempre es una solución para la producción de aquellos bienes que no proporciona el mercado en cuantía suficiente, y por otro lado, la alternativa gubernamental se ha impuesto en muchas ocasiones por motivaciones de otro tipo. De ahí que el criterio de los bienes públicos no sea definitivo (ni único) para la delimitación del sector público.

Otro tanto ocurre con el problema de la distribución justa. Un planteamiento puramente económico del problema conduce ciertamente a una perpetuación de la injusticia (o, si se prefiere, de la desigualdad). En efecto, de acuerdo con un criterio económico, el producto se distribuye en función de la aportación realizada al proceso productivo; pero aquella está en función de la capacidad inicial de recursos que cada agente aporta al proceso (fundamentalmente recursos económicos, pero también de otro tipo: educación y capacidad técnica), con lo que la solución, a la larga, será que recibe más el que más tiene (con lo cual tendrá más), y la distancia entre éstos y los que no tienen, cada vez será mayor.

De ahí que la distribución se postule no en función de lo que se aporta, sino también de lo que se necesita, hasta alcanzar *para todos un mínimo vital*, que estará en función del desarrollo del país. Esta ha sido la segunda gran razón justificadora de las empresas públicas: proporcionar a todos bienes y servicios suficientes a un precio adecuado, a menudo fijado políticamente.

Ocurre, sin embargo, que en la articulación de los mecanismos a través de los cuales se concreta esta distribución, las cosas se complican, pues el Estado, en este proceso de distribución, no actúa como un «*Deus ex machina*» de carácter angélico que bajara del cielo para cortar todos los nudos del argumento y disponer un final feliz» (SCHWARTZ) (8). Resulta, por el contrario, que el Gobierno y la Administración están sometidos (y ocupados) por la influencia de grupos de intereses contrapuestos (grupos de presión civilizados, si hay suerte, o grupos de lucha más o menos revolucionarios, si no la hay) entre los cuales el acuerdo no es fácil. Estos procesos de «distribución» dan lugar a nuevos e inesperados marginados: aquellos que no se encuentran encuadrados en ningún grupo, o en grupos de escasa

(8) Ob. cit., p. 141.

cohesión y poca capacidad reivindicativa; éstos quedan al margen de la negociación y del reparto. El interés público, la justicia distributiva y el interés sectorial de grupos y organizaciones sociales no coincide en absoluto, y, en definitiva, la corrección de las «fuerzas económicas» se lleva a cabo en función de otras «fuerzas políticas» que pueden ser tan injustas o más que aquéllas (9). En los últimos años, en España, se ha visto claramente un movimiento de transferencia de renta y bienestar hacia grupos y sectores socialmente dominantes (algunos cuerpos de altos funcionarios de Hacienda, sectores del obrerismo industrial, grupos de oficios especializados y, por supuesto, la oligarquía comercial y financiera) frente a los grupos olvidados (pensionistas, agricultores, estudiantes, pequeños accionistas, funcionarios de los cuerpos generales, etc...), que han venido a ser los «nuevos pobres».

Por otro lado, la experiencia ha demostrado que esa visión idílica de la empresa pública eficiente, productiva y redistribuidora de bienes para todos, está muy lejos de la realidad. Como tendremos ocasión de ver, las empresas públicas no han mejorado en absoluto las condiciones de prestación de los bienes, ni sus precios, para consumidores y usuarios. La única condición que ha mejorado sensiblemente es la de sus empleados, a costa en muchos casos de soportar fuertes déficit, que pesan naturalmente sobre la colectividad. Veremos esto en otro lugar, pero digamos ahora, en conclusión, que «tampoco resulta evidente la eficacia de las correcciones distributivas ejecutadas a través del procedimiento político» (BUCHANAN). Podrá corregir algunas injusticias, pero puede engendrar—de hecho ha engendrado— otras (10).

He aquí, por tanto, que frente a las dos justificaciones fundamentales del sector público (bienes públicos y justa distribución), la conclusión a la que tras muchos años de experiencia se ha llegado ha sido que los «fracasos del mercado» no han sido hasta ahora muy brillantemente corregidos por la acción gubernamental. Esta ha resultado en la realidad mucho más pobre y estéril de lo que los «modelos ideales» nos la pintaban. La educación pública, la sanidad estatalizada, la gestión directa por el Estado de los grandes servicios

(9) Un amplio tratamiento de este problema de toma de decisiones en el Estado y bien común, en mi último estudio, G. ARIÑO ORTIZ: *Una reforma pendiente: Participación. Notas sobre participación ciudadana en los procesos de decisión*, en «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», Bruselas, 1978, núm. 2, páginas 259 y ss.

(10) Cfr. en este sentido BUCHANAN: *Ob. cit.*, p. 8.

públicos de transporte, abastecimiento o comunicaciones, ha resultado decepcionante en los países donde se ha implantado de forma total. No digamos el fracaso en la producción de bienes manufacturados de mercado. Se hace muy difícil a la vista de ello hacer formulaciones generales. Los principios, aún aceptados con bastante unanimidad, no nos ofrecen soluciones concretas en el deslinde entre campos de actividad que deben ser encomendados al sector público y los que deben quedar reservados a la iniciativa privada. Se impone, por tanto, un análisis más pormenorizado de las motivaciones de la acción del Estado, no sin hacer antes una breve referencia a las formulaciones más recientes de la ciencia económica sobre las dimensiones deseables del sector público.

3. LAS DIMENSIONES TOLERABLES DEL SECTOR PÚBLICO

Con estas palabras la ciencia económica (BUCHANAN, Walter ELTIS, HAMMONO y otros) ha formulado esta sencilla ley: por encima de un cierto «margen apropiado de la actividad gubernamental total», se ahoga a la empresa privada, se acaba con la productividad y con el sistema (de economía de mercado). En efecto, de una parte, el constante crecimiento del sector público drena una parte cada vez mayor del ahorro y los recursos nacionales (por la vía fiscal y crediticia) hacia aquél, reduciendo las posibilidades de inversión y desarrollo del sector privado. Pero es que además, y ello es muy importante, se reducen considerablemente por el aumento de la presión fiscal y por otras causas, conexas, las perspectivas de beneficio de las empresas, lo cual es la «fuerza motriz dinámica que suministra la energía a la economía capitalista». A medida que aquéllas se reducen, se debilita el espíritu empresarial—emprendedor—privado, y se produce como consecuencia un drenaje hacia el sector público más importante todavía: el drenaje de los hombres capaces, que empiezan a ver mejores oportunidades en el sector público: «Cuando los miembros emprendedores de una sociedad, y especialmente aquellos de los grupos más jóvenes, comienzan a presuponer que las mejores perspectivas para su desarrollo económico se encuentran en el sector público, más bien que en el sector privado, el principio organizador que abastece la dinámica para el progreso en una economía de mercado se encuentra ya seriamente erosionado» (11).

(11) BUCHANAN: *Ob. cit.*, p. 13.

Surge así una nueva casta de las burocracias prepotentes que se «atrincheran» en las estructuras del Estado y sus aledaños empresariales (los feudos más sustanciosos del botín). Lo explotan hasta la saciedad, no en beneficio de la colectividad, como teóricamente nos dicen los doctrinarios idealistas del Estado, sino en beneficio de sí mismos, que se enriquecen a costa de aquélla. La moderna ciencia económica ha llamado a éstos «buscadores de renta» (BUCHANAN). Porque los cuadros de la empresa pública no buscan la «propiedad» o la expansión de la empresa (que redundará en riqueza o beneficios futuros), sino sus «rentas» individuales (esto es, las suyas personales, que puedan obtener de la empresa) y además actuales (no futuras). Las consecuencias de ello para las empresas y para la economía en su conjunto son fatales.

Walter ELTIS ha explicado con bastante claridad cómo en todas las economías se producen unas transferencias de capital y rentas desde los sectores productivos, que producen superávit, a los improductivos, aunque necesarios (fuerzas armadas, burocracia, servicios sociales y asistenciales, etc.), que son los que consumen aquéllos. Pues bien, si estos últimos aumentan excesivamente o disminuyen por las razones que sean los excedentes de los primeros, se producirá una situación de desequilibrio que se tratará de corregir por un aumento de la presión fiscal. Por encima de un límite, ésta será contraproducente, ya que fácilmente provocará una disminución de las producciones rentables y, por tanto, nueva reducción de superávit, llegando así a un conflicto entre las demandas del Gobierno y las necesidades del sector de la economía productor de superávit, que es ordinariamente el sector del mercado (12).

Ocurre que el sector público, tanto el puramente administrativo (de la organización estatal) como el empresarial, se inserta, de derecho el primero y de hecho el segundo, en el sector de actividades que no producen superávit, sino que habitualmente consumen y se financian con los excedentes producidos por el sector mercado. Su financiación, bien sea por la vía del ahorro voluntario (deuda pública o cédulas de inversión), bien por la vía del impuesto (ahorro forzado), bien mediante la emisión de dinero por el Estado (que es un impuesto subrepticio), produce siempre una retracción del sector mercado; pero esto no puede ir más allá de un cierto límite: si se quiere evitar

(12) Walter ELTIS: *La experiencia de nacionalización en Gran Bretaña*. Ponencia en el Seminario Internacional del CECE, Madrid, 1978.

la ruina económica, no se puede ampliar el sector público más allá de lo que los excedentes reales (no ficticios) del sector privado permitan. Todo ello quizá explique una realidad constatable en toda Europa: en los últimos treinta años (1945-1975) el sector público de los países de libre mercado ha permanecido estable. Más aún: se apuntan hoy signos de reducción: desnacionalizaciones en estudio y privatización del estilo de gestión (esto es, assimilarlas en todo lo posible en su gestión a los modos y criterios de la gestión privada). «La empresa pública—ha escrito en tono crítico TAMAMES—ha sido *domada* por la empresa privada.» (13). Sólo en Francia, una izquierda recalcitrante en el tema de las nacionalizaciones, ha insistido en la ampliación masiva de las mismas. Muchos observadores han visto en ello una causa de sus constantes derrotas electorales.

Concluyamos, pues, en este orden, que las posibles ampliaciones del sector público, esto es, la solución de la empresa pública para el logro de objetivos nacionales de desarrollo económico y bienestar, no se encuentra hoy precisamente en momentos de pujanza. Antes al contrario, los teóricos del tema, los políticos (incluidos gobiernos laborista o socialdemócrata) y la opinión pública—cuando se ha consultado—no parecen muy partidarios de una nueva expansión.

Sobre estas bases pasemos a estudiar a continuación cuáles han sido, en la realidad y en la teoría, las motivaciones concretas que han determinado, aquí y allá, las intervenciones empresariales del Estado.

4. CAMPOS DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. MOTIVACIONES PARA SU CREACIÓN

Este tema exige, en mi opinión, un doble planteamiento. De una parte, desde una perspectiva socioeconómica hay que preguntarse cuáles han sido, en la teoría y en la realidad, las razones o motivaciones para esa intervención estatal en el sistema económico a través de empresas productivas. En segundo lugar, desde una perspectiva jurídico-constitucional y legal, hay que plantearse, a la vista de un ordenamiento dado, cuáles son los límites de esta actuación. Ambos planteamientos se complementan: el segundo viene a ser la formalización legal del primero, y éste constituirá un instrumento necesario para la recta interpretación de las siempre ambivalentes declaraciones normativas.

(13) TAMAMES, R.: *Una nueva estrategia...*, cit., p. 397.

4.1 *Los planteamientos socioeconómicos: «positive policies».*
Constatemos los hechos (14)

Hay que constatar en este orden una realidad histórica universal, a la que ya nos hemos referido: la asunción por el Estado desde los primeros años de este siglo, de unos fines de prestación a los ciudadanos de bienes y servicios que el libre juego del mercado no ha sido capaz de proveer: viviendas, sanidad, asistencia y seguridad social, educación, transportes, etc.; y, más tarde, energía, materias primas minerales, suelo urbano, aviones o automóviles.

En segundo lugar, otra experiencia común es la siguiente: la actividad empresarial del Estado no ha sido consecuencia de un sistemático y planificado protagonismo de Estado, racionalmente calculado y diseñado, sino que han sido respuestas ocasionales y aisladas a específicas necesidades surgidas en los distintos países. No ha habido en ningún país occidental ni una teoría bien definida de delimitación de la acción del Estado, ni un plan sistemático de actuación, ni un modelo uniforme. Por supuesto que son detectables ciertas tendencias o campos de actuación estatal más o menos generales (por ejemplo, industrias básicas de la minería, energía eléctrica, gas, transportes y comunicaciones); en cambio, ha sido menos frecuente su actuación en el ámbito de la transformación agraria o la industria manufacturera. Sin embargo, esta afirmación general se ve contradicha por excepciones tan importantes como los ferrocarriles privados norteamericanos (frente a lo común en el mundo entero), la nacionalización de Renault en Francia (frente a la regla general en el mundo para la fabricación de automóviles), la naturaleza fundamentalmente privada de la industria del petróleo en Gran Bretaña (frente a la nacionalización operada en el resto de la energía) y, finalmente, la formidable experiencia de la Tennessee Valley Authority americana, verdadera sociedad de desarrollo integral de una zona, con importantes obras de transformación agraria, que es una experiencia hasta ahora no repetida en ningún otro país con sectores públicos mucho más importantes.

(14) Se recogen aquí, en parte, algunas de las conclusiones a las que se llegó en dos *Symposiums* organizados por W. FRIEDMAN, el primero bajo los auspicios del *British Institute of International and Comparative Law*. University of Cambridge (1968), y el segundo bajo el *Columbia Law School International Legal Research Programme* (1972). Las ponencias y conclusiones han sido publicadas en ambos casos por *Columbia University Press* (1979 y 1974, respectivamente).

Se ha querido ver en ocasiones un «modelo» de sector público inspirado por la filosofía política socializante de la Europa de la segunda posguerra mundial, que inspiró la ola de leyes nacionalizadoras en Francia y Gran Bretaña; filosofía cuyo principio inspirador sería el siguiente: *control público de las industrias y servicios básicos sobre los que descansa la comunidad*. Sin duda que éste fue un principio rector, pero a él hay que adicionar inmediatamente correcciones sin número. Además de las ya dichas de Renault (que fue, como se sabe, una nacionalización-sanción) y de la British Petroleum o Shell, en Inglaterra, que respetaron el sistema de empresa privada para un sector tan «estratégico» (15) habría que citar innumerables supuestos de empresas públicas en sectores no esenciales (por ejemplo, turístico-hotelerero o de industrias del motor, caso Rolls Royce Company, o de construcción naval) que han sido autorizadas y adquiridas después, precisamente por Gobiernos conservadores. Por el contrario, se da la circunstancia de que Suecia, que ha tenido el Gobierno más socialista de Europa durante muchos años, tiene uno de los más reducidos índices de nacionalizaciones y de empresas públicas. Así, pues, no parece que la empresa pública tenga necesariamente que acompañar a una determinada tendencia política o tenga por principio que estar ausente de otras (siempre, naturalmente, que se respete el sistema de economía de mercado; si no, todo deviene público y colectivo).

En ocasiones, se ha explicado el surgimiento de un amplio sector público en Italia o Austria (este último, comparativamente, el mayor de Europa), como exigencia de un proceso de reconstrucción nacional tras una guerra devastadora que había destruido gran parte de su industria básica y había dejado al resto en muy difíciles condiciones para su reconstrucción. Esta causa ha sido también aducida reiteradamente en el caso español (véase la exposición de motivos de la Ley de 1941, creadora del INI). Y efectivamente el Estado ha sido en estos países el catalizador en muchos casos de una reconstrucción industrial para la que la empresa privada no hubiera sido capaz. Sin embargo, he aquí que otro país —Alemania— en la misma situación y el más destruido de todos seguirá un camino por completo diferente de la mano del *tándem* Adenauer-Erhard, que no sólo no promoverán las

(15) La primera con participación pública, aunque minoritaria, y siendo respetada absolutamente en su funcionamiento como tal empresa privada. La segunda es una sociedad enteramente privada.

nacionalizaciones, sino que liquidarán algunas participaciones empresariales de anteguerra (fundamentalmente las que el Estado ostentaba en la Volkswagen), y basarán su reconstrucción en la empresa y el capital privados.

Digamos para terminar de describir el cuadro que Francia y Gran Bretaña han publicado sectores básicos y no manufactureros (con excepciones en ambos sentidos). Italia tiene un sector público mucho más amplio y diversificado. Alemania también, pero mucho más reducido (ha reprivatizado una parte), y España, no muy amplio, pero sí muy diversificado, en términos proporcionales (16).

¿Qué conclusión cabe extraer de este desconcierto? Sencillamente ésta: que el fenómeno de la empresa pública, o el sector público empresarial, no responde (ni debe responder) a preconcepciones ideológicas, a dogmatismos o criterios cerrados, a planes o formulaciones doctrinales, sino que debe responder a un análisis, caso por caso, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas aquí y ahora. La empresa pública debe ser aceptada ciertamente como *un hecho y un instrumento útil y legítimo* de los gobiernos modernos, siempre que sea oportuna y prudentemente utilizado.

La decisión de publicación o no de un sector, de creación o no de una empresa pública, debe ser adoptada lejos de todo apriorismo, de todo dogmatismo; cualquier solución prejuzgada será siempre una simpleza, tanto si apunta en un sentido como en otro. Cada situación y cada problema debe ser juzgado por sus méritos y por sus frutos.

Ello no quiere decir, naturalmente, que no se deban formular criterios o que no existan algunos principios rectores que puedan ilustrar la decisión final, pero —se insiste en ello— en ningún caso ésta debe venir determinada apriorísticamente en base a uno de ellos.

4.1.1 *Especial referencia al caso español. Papel del Estado-empresario («holding» público) en una economía en desarrollo*

La realidad en España, así como en otros países de tipo medio en vías de desarrollo (especialmente en los procesos de industrialización intensiva), ha sido que el Estado ha tenido que asumir un fuerte protagonismo, por ser el único capaz de levantar grandes volúmenes de

(16) Vid. sobre todo ello, FRIEDMAN, W.: *Ob. cit.*, pp. 159-160 (1970), y 383 y siguientes (edic. 1974). Para España, TAMAMES: *Una nueva estrategia...*, cit., pp. 394 y siguientes.

financiación, de lanzar empresas que requieren para ser competitivas dimensiones gigantescas y, al mismo tiempo, de repartir los riesgos entre el conjunto social (17). La alternativa a esta política, salvo en algunos casos excepcionales (por ejemplo, el sector eléctrico en España), es dar entrada a las multinacionales. Como se puso de manifiesto en la ponencia presentada por el INI a la reunión de la International Economic Association (México, D. F. 1978) «en un país en desarrollo, el cambio de estructura sectorial es esencial para conservar o ganar ventajas comparativas y penetración en el mercado internacional... el esfuerzo que supone esta reestructuración se concreta en la necesidad de ampliar mercados, de adquirir tecnología y de movilizar fondos financieros, objetivos que tiene que abordarse en un plano internacional de gran competitividad», y más adelante se dice: «La captación de fondos financieros es el aspecto en el que *holding* público puede jugar un papel más eficaz, ya que por su volumen y diversificación está en posición de obtener en el mercado financiero las mejores condiciones de tipo de interés e incluso de acceder a los mercados financieros internacionales» (18).

La conclusión que la ponencia ofrece es que el gran «*holding* público» ofrece las siguientes ventajas, difíciles de obtener, salvo muy raras excepciones, para la iniciativa privada:

- Condiciones de financiación más favorables, tanto en el mercado interior como exterior.
- Dimensiones productivas óptimas (desde el punto de vista técnico).
- Capacidad de anticiparse al mercado y competitividad internacional.

(17) Cfr. Claudio BOADA: «El INI, sus realidades y problemática», en la *Empresa pública industrial en España*, IEF, Madrid, 1972: «Un país de desarrollo intermedio como España necesita, sin duda, completar la insuficiente labor de la iniciativa privada con un cierto complemento de la empresa estatal, sobre todo en aquellos sectores básicos de la industria que por su masa de inversiones, el riesgo económico que entrañan y sus modestos beneficios no resultan muy atractivos para la iniciativa privada. En los demás países europeos la participación del Estado en el sector industrial es algo que ocurre y es aceptado como cosa normal y hasta conveniente. Las teorías más o menos filosóficas sobre esta cuestión han sido ya rebasadas, y en el momento presente se trata más de colaboración entre industria estatal y privada que de lucha ideológica sobre el tema» (páginas 69-70).

(18) Todo ello según «El papel de un *holding* de empresas públicas concurrenciales en una economía mixta». Ponencia presentada por el INI, en la persona de Tomás GALÁN, director de Planificación, a la *Mesa Redonda la International Economic Association*, en torno al tema general «Empresas Públicas y Privadas en una Economía Mixta», Méjico, 1978, pp. 16-17.

- Aportación a la sociedad de economías externas.
- Actuar como agente catalizador del nivel de inversiones.
- Diversificación y capacidad de soportar largos períodos de maduración.

Todo ello es cierto. Sin embargo, debe decirse que produce también la contrapartida de detraer considerables sumas del mercado interior de capitales (reduciendo las posibilidades de la iniciativa privada) y de la escasa rentabilidad y tradicional ineficiencia de la gestión pública, como está bien comprobado.

Puede quizá concluirse que en países de tipo medio y no plenamente desarrollados, el *holding* público (si está bien administrado) puede ser un buen instrumento de *lanzamiento* de empresas e iniciativas que de otro modo nunca se abordarían (19). Su mantenimiento y continuidad, sin embargo, es otra cuestión (20).

Estos han sido los hechos constatables.

4.2 *Los planteamientos políticos: «normative policies».* *Verdaderas y falsas razones*

4.2.1 *El planteamiento de mercado*

En teoría, la esfera de legítima intervención del Gobierno en un modelo de sociedad libre debe venir justificada por la existencia de un interés público. Este elemento de utilidad pública o interés público que preside la intervención del Estado a través de empresas es algo esencial. *No son los fines patrimoniales o fiscales, o el puro abastecimiento de la Administración, al modo de las Haciendas clásicas, sino algo más.* EINAUDI ha escrito que el criterio central para que una empresa se convierta en pública es que «el Estado entienda que está en mejores condiciones que los particulares para tutelar ciertos

(19) Se ha afirmado entre nosotros que «la combinación deseable entre empresa pública y privada debe incluir dosis cada vez mayores de la pública, cuanto menor sea el grado de desarrollo del país considerado...»: LÓPEZ DE LETONA, J. M.^a, en *Empresa pública «versus» Empresa privada*, IV Semana Internacional Mundo, Editorial Dopesa, 1973, p. 18. Unos años antes Gunnar MYRDAL había afirmado: en un país subdesarrollado, el equivalente del empresario clásico del siglo XIX tiene que ser el funcionario público en el siglo XX.

(20) En el mismo sentido, LASUEN: *Empresa pública «versus» Empresa privada...*, citada, p. 131, para quien el mantenimiento de un *Holding* así exige un gran dinamismo interno y una cierta movilidad de su cartera. Tomo de este autor la cita de MYRDAL, en nota anterior.

intereses públicos u obtener una suma mayor de utilidad pública colectiva» (21), y ALBIÑANA comenta estas palabras afirmando: «La utilidad pública colectiva, valorada según cada ámbito económico-social, será determinante del establecimiento o no de la empresa pública...» (22). Ahora bien, decir esto no basta, primero porque la utilidad pública es siempre el fin último de la acción del Estado, que puede ser conseguido por técnicas o medios diferentes (regulaciones, medidas de fomento o apoyo a la iniciativa privada, política arancelaria, etc.), y segundo, porque aun en aquellos casos en que tal utilidad pública se manifiesta de modo prevalente como es el caso de aquellas actividades calificadas de «servicios públicos» (transporte, comunicaciones, grandes suministros de aguas, gas, electricidad, etcétera), no puede decidirse apriorísticamente la exigencia ineludible de gestión pública, por vía empresarial. Durante más de un siglo estos grandes servicios públicos han estado *concedidos en su gestión* por empresa privada interpuesta, y lo siguen estando en algunas ocasiones y en algunos países, sin que el nivel y calidad del servicio a la población haya sufrido por ello (así, por ejemplo, el servicio telefónico en los Estados Unidos, el servicio eléctrico en Bélgica o las autopistas en España). No digamos ya la producción de acero, carbón, automóviles o barcos, por citar algunos sectores en los que están bastante extendidas las nacionalizaciones europeas y que hasta 1945 (y después, en otros muchos países) estuvieron siempre en manos privadas.

Así, pues, esa pretendida motivación general (el interés público, la utilidad pública que el sector encierra) debe ser explicitada, especificada en *razones más concretas*, para justificar la actuación empresarial del Estado. Repasando la literatura sobre el tema puede observarse que se han esgrimido una serie de ellas (23). He aquí las más significativas:

(21) Cit. por ALBIÑANA, C.: «Empresa pública y servicio público», en *La Empresa Pública*, Studia Albornotiana, 1970, I, pp. 473 y ss., especialmente pp. 500-501.

(22) ALBIÑANA: *Loc. cit.*

(23) *Vid.*, entre otros, MEILÁN, J. L.: *Empresas Públicas y Turismo*, Madrid, 1987, páginas 82 y ss.; LÓPEZ DE LETONA, J. M.: *El INI como empresa pública española*, en «IV Semana», cit., pp. 18 y ss.; TAMAMES, R.: *Una nueva estrategia para las empresas públicas*, IEF, Madrid, 1972, pp. 387 y ss.; Klaus VOGEL: *Las empresas públicas en la República Federal Alemana*, en Studia Albornotiana, t. I, pp. 754-755; W. FRIEDMAN: *Government Enterprise*, pp. 303 y ss., y *Public and Private Enterprise*, páginas 361 y ss. Entre los pronunciamientos más recientes, pueden verse los testimonios de los programas del Partido Laborista británico o del Programa Común de la izquierda en Francia (y sus comentaristas) que proponen una ampliación del

a) Razones militares o de *seguridad nacional* que impiden dejar estas actividades en manos privadas; así, por ejemplo, industrias de armamento o explosivos, comunicaciones telefónicas o telegráficas o de carácter estrictamente político, como la nacionalización-sanción aplicada en algún caso después de la guerra (Renault).

b) Razones de política económica, por el *carácter estratégico del sector, la envergadura y el elevado riesgo de la inversión o el larguísimo plazo* del proyecto, que hace que no puedan ser asumidas por el sector privado. Se citan como ejemplo algunas industrias básicas (acero, petróleo), las grandes obras de infraestructura, tareas de ordenación del territorio, promoción y desarrollo regional, y otras actividades de esta naturaleza, de las que son testimonio la famosa TVA americana o la *Cassa per il Mezzogiorno* en Italia. En la mayoría de esto supuestos el Estado interviene por inexistencia—o insuficiencia—de la iniciativa privada. La justificación estará naturalmente en función de su necesidad para la economía nacional o para la colectividad social de que se trate.

c) Razones de *lucha contra los monopolios y gestión de los monopolios naturales* (servicios públicos), fiscales o comerciales; el argumento, en este caso, es claro: puesto que en estos sectores no hay realmente «mercado» (esto es, competencia), bien por razones de derecho o de hecho, no pueden entregarse tales actividades a empresarios privados, sino al Estado. Son ejemplos típicos los ferrocarriles, grandes suministros (agua, gas, electricidad), teléfonos. Supuestos de luchas contra los monopolios de hecho son la intervención pública en sectores que «aunque podrían funcionar en régimen de competencia, teóricamente, en la práctica se trata de monopolios totales, o bien oligopolios con gran facilidad para convertirse en monopolios de hecho a través de *priceleadership*, de cartelización o de acuerdos de muy diversos tipos» (24). Se citan como ejemplos el petróleo, el acero (en la situación de hace unos años), la navegación aérea o algunos sectores de la industria química en los que el Estado ha roto antiguos monopolios. En estos supuestos, el Estado—se dice—viene no a sustituir el mercado, sino a hacerlo posible. A este planteamiento, sin embargo, hay que hacerle algunas observaciones: 1.ª Que los monopolios naturales no pueden ser dejados obviamente en manos privadas no im-

campo de las nacionalizaciones. Vid. sobre el primero las referencias contenidas en GASOLIBA: *Ob. cit.*, pp. 44-45. Sobre el segundo, lo que se dice en páginas siguientes con las referencias allí contenidas.

(24) Así TAMAMES, R., *loc. cit.*, pp. 388-389.

plica ni exige necesariamente su «apropiación» por el Estado: con una estricta regulación y control se pueden conseguir los mismos objetivos (ejemplo, el sector eléctrico en España o los teléfonos en USA).

2.^a La lucha con los monopolios no se debe plantear sólo a través de la invasión del sector por el Estado, que puede acabar fácilmente en la sustitución de un monopolio por otro monopolio, sino que hay otros procedimientos de obtener parejo resultado y en concreto uno bien sencillo (al que además nos vamos a ver obligados en pocos años): eliminar barreras arancelarias y abrir el mercado interior a la competencia internacional. Ejemplo típico de este remedio al oligopolio organizado del mercado de automóviles en los Estados Unidos ha sido la competencia permitida de los coches alemanes, japoneses y suecos.

3.^a Los monopolios comerciales no se deben combatir creando otro monopolio, como ocurre cuando se someten ciertos productos a régimen de comercio de Estado o de mercados centrales. Véase lo que se dice más adelante sobre la posible reserva de actividades al sector público.

Con estas salvedades, la lucha contra los monopolios puede ser (no necesariamente tiene que ser) causa legitimadora de la creación de empresas públicas.

d) Razones de *reestructuración económica sectorial*, bien porque el sector privado no ha sido capaz de alcanzar las dimensiones adecuadas, bien porque de acuerdo con la planificación del desarrollo nacional el Estado desea «forzar la producción» (TAMAMES), bien porque sólo así es posible obtener la financiación necesaria o acudir a los mercados internacionales. Ya hemos visto que éste ha sido el caso de España en muchos sectores: energía, construcción naval, industria del automóvil (en su origen) o la industria aeronáutica (25). Esta razón es sólo válida si son válidos sus presupuestos; a saber: la necesidad de industrialización. No es la única salida posible, aunque ha sido tomada como tal.

e) Muy próximas a las razones anteriores son las que justifican la empresa pública como «*instrumento de planificación y lucha contra el ciclo*» (TAMAMES). Este planteamiento arranca de la experiencia de los Estados facista y nacional-socialista en los años que siguieron a la gran depresión de 1929. El IRI en Italia o la VIAG en Alemania. Se dice que «este ejemplo del Estado fascista nos muestra cómo en fa-

(25) Según el ministro LÓPEZ DE LETONA, ésta ha sido una «directriz principal» en la actuación del INI, durante los últimos años, en *El INI como Empresa Pública Española*, cit., p. 19.

ses de depresión, si se quiere amortiguar sus efectos, no hay más remedio que hacerse cargo de toda una serie de iniciativas industriales que de otro modo quebrarían, con secuelas muy graves, en cuanto a empleo y actividad económica en general» (26). Desde otro origen (gobiernos de coalición con fuerte peso de comunistas y socialistas en la Francia de la posguerra), se justifica el sector público en este país como instrumento necesario de ejecución de los Planes.

Tal justificación no es a mi juicio válida en una economía de mercado. En primer lugar, parte de una presunción falsa: que la empresa pública es un puro instrumento del Gobierno, que existe para llevar a la práctica las directrices y los planes de los Ministerios. Esta es una vieja creencia que está sometida a revisión en toda Europa. Más bien la tesis que hoy se impone es que «la empresa pública occidental es una alternativa de la planificación, no el brazo actuante de los planificadores» (27). En segundo lugar, la eficacia del sector público (incluso en los países en que éste alcanza mayor extensión) como instrumento de lucha contra el ciclo, se ha demostrado bien escasa, tanto en inversión como en materia de empleo o en la lucha contra la inflación (ejemplo: la Inglaterra de los años 1969-1975). La incapacidad del sector público para hacer frente en Europa a la actual recesión económica es notoria. Así, pues, es ésta una falsa razón en una economía libre.

f) *Razones de política social:* normalmente se dan estas razones para justificar la asunción por el Estado de empresas en mala situación, cuya quiebra o desaparición podría suponer un grave problema de desempleo y un conflicto social. En esta actuación como «hospital de empresas» hay que distinguir aquellas que son absolutamente inviables y, por tanto, es imposible su reflotación y en definitiva su subsistencia (sin constantes déficits), de aquellas otras en que la situación crítica que obliga al Estado a intervenir es consecuencia de una mala gestión, de una dificultad coyuntural o de cualquier circunstancia transitoria, lo cual permitirá previsiblemente su recuperación futura. En el primer caso estamos ante una situación encubierta de asistencia social al desempleo, que puede admitirse durante algún tiempo pero que no puede mantenerse indefinidamente: la misión del Estado en este caso tiene que ser la reconversión industrial del personal (y de la zona) y si ello no es posible tras un tiempo razonable, la liquida-

(26) TAMAMES, R.: *Ob. cit.*, pp. 390 y 432 a 434.

(27) SCHWARTZ, P. y GONZÁLEZ, M. J.: *Una Historia del INI*, cit., p. 142.

ción de la empresa (28). Este ha sido el caso de algunas hulleras, cuya actividad se ha mantenido más de lo deseable. En el segundo caso, la titularidad del Estado debe ser también temporal, en tanto en cuanto sea necesario para la reforma y relanzamiento de la empresa, pero no tiene justificación —como es el caso, por ejemplo, de las fábricas de zapatos Segarra, recientemente adquirida por el Estado— continuar indefinidamente con la explotación de las empresas. En resumen, esta justificación de la empresa pública no es tampoco válida en términos absolutos: puede justificar una acción de urgencia, pero una de dos: o la empresa es rentable y se «devuelve» al sector privado o no lo es y se liquida.

g) Finalmente, la gran motivación es la de la *insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada*, que se manifiesta en numerosos campos y en diferentes modalidades, entre las que se suelen citar, además de los servicios públicos sociales (educación, sanidad, asistencia social, cultura, etc.), sectores como la vivienda, alimentación, el suelo urbano, la promoción de la investigación tecnológica, ciertas industrias de punta que exigen una inversión inicial y algunas más (29).

4.2.2 *Resumen y conclusión*

Sintetizando aquellas razones que estimo válidas, pueden agruparse en tres fundamentales (además de las de orden puramente político o de seguridad nacional), a saber:

- Inexistencia o insuficiencia de mercado (esto es, de iniciativa privada y libre competencia) (30).
- Razones de equilibrio y reestructuración de la economía nacional (31).

(28) Cfr. SCHWARTZ y GONZÁLEZ: *Una historia del INI*, Madrid, 1979: los costes de desplazar masivamente la mano de obra (como ocurría, por ejemplo, con la minería del carbón en Asturias) son mucho mayores que los beneficios inmediatos de su reasignación, aunque a *plazo medio el reajuste sea conveniente*, pp. 95-96.

(29) La investigación minera (gas, petróleo, etc.) y la penetración de sectores de tecnología avanzada (en sustitución y en apoyo de la iniciativa privada española, con el fin de impedir un excesivo dominio del capital extranjero) han sido dos de las «directrices» que han presidido la acción del INI en los últimos años, según el testimonio de LÓPEZ DE LETONA, *ob. cit.*, p. 19, y FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, F.: *El INI en la Economía...*, *cit.*, pp. 9-10.

(30) A ella se reconducen los apartados b), c) y g) anteriormente enunciados.

(31) A ellas se reconducen los apartados d) y e).

- Motivaciones de política social: aseguramiento de un mínimo vital a todo ciudadano (empleo, vivienda, salud, abastecimientos mínimos) (32).

Los políticos, que por oficio simplifican todavía más las cosas, han dicho que se trata de que la empresa pública sea «un instrumento al servicio de la política económica del Gobierno» (LÓPEZ DE LETONA), «un medio de alcanzar los grandes objetivos nacionales» (FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ). Esa, dicen, es su última justificación. Ahora bien, el problema es determinar cuándo deben los Gobiernos acudir a esta vía de la gestión empresarial para la obtención o consecución de esos objetivos económico-sociales.

Por lo demás, hay que decir que todas las justificaciones hasta aquí expuestas se insertan en un sistema que hace del mercado la clave de las decisiones. La intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias del sistema, a fomentar la concurrencia, a asegurar un funcionamiento del mercado lo más perfecto posible (libertad de emprender, libertad de consumo, precios no interferidos, defensa de la competencia, aunque sea imperfecta, defensa del consumidor, etc.), a crearlo, incluso, cuando no lo haya. En definitiva, a la empresa privada se la regula, no se la sustituye; cuando es insuficiente, se la suple. Estamos de nuevo ante el principio de subsidiariedad, que sigue vigente en una sociedad libre pese a todos los críticos (33). Pero todas estas afirmaciones de principios no pueden (ni deben) determinar soluciones automáticas. Pueden ilustrar la decisión, pero no la prejuzgan.

Desde estas posiciones ideológicas (de economía de mercado), la

(32) A ellas se reconducen los apartados f) y g) y en alguna medida el c).

(33) Ha habido en los últimos años un movimiento de crítica a dicho principio, manifestada incluso por prohombres de la derecha; he aquí, por ejemplo, los testimonios de FONCILLAS: «se trató de terminar con el principio de subsidiariedad... y utilizar decididamente la empresa pública... (en *Nuevo Concepto...*, cit., p. 20); LÓPEZ DE LETONA: «la subsidiariedad ha de entenderse en un sentido mucho más positivo, y siempre con subordinación a intereses de orden superior, que el Gobierno es el encargado de valorar»; FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: «La función de la empresa pública en la España de hoy no puede ser definida... con la referencia al principio de subsidiariedad...» (*El INI en la Economía y la Sociedad Española*, Madrid, 1974). Más matizadamente, SCHWARTZ ha criticado «las ambigüedades del criterio de subsidiariedad» (*El Proyecto...*, cit., p. 216), y MEILÁN hablará de la «insuficiencia del principio como fundamento teórico de la empresa pública» (en *Cuestiones Institucionales...*, IEF, p. 253). La verdad es que no obstante tales críticas, el citado principio sigue siendo en el mundo occidental una de las bases esenciales del orden económico. Sobre su alcance y reconocimiento en nuestro Ordenamiento, vid. la excelente exposición de MEILÁN GIL, J. L., en *Cuestiones Institucionales de las Empresas Públicas en España*, «Documentación Económica», vol. 4 y vol. colectivo del IEF, Madrid, 1972, pp. 235 a 280, con la que coincido en su casi totalidad.

conclusión a la que se llega, tras analizar las razones teóricas aducidas en defensa de la empresa pública, es idéntica a la que se afirmó páginas atrás, a la vista de la experiencia histórica. No basta un análisis conceptual, y menos el puro apriorismo dogmático de partido. Las razones y justificaciones aducidas son sólo elementos de juicio que ayudarán a formar una decisión sobre la conveniencia de una intervención del Estado. Pero la elección de una u otra vía debe hacerse pragmáticamente, caso por caso, sirviéndose de un análisis cuidadoso y recto. En el fondo, dirá BUCHANAN, lo mejor que podemos hacer es «precisar el entorno metodológico para tomar decisiones racionales» (34). La conclusión no puede ser más modesta. Después de tanto discurso no se ha adelantado mucho. Pero otra cosa sí hemos aprendido, y es ésta: será muy difícil que una ley pueda establecer criterios firmes sobre cuándo (y cuándo no) debe crearse una empresa pública. No caben criterios generales, sino juicios *ad casum*. Lo importante, por tanto, desde un punto de vista institucional y político no es consagrar principios legales, sino determinar quién y cómo deben tomar esas decisiones. Volveremos más adelante sobre este punto.

Esta conclusión, modesta pero realista y llena de buen sentido, sin dogmatismos ni prejuicios, es la imperante hoy en los Gobiernos modernos. A ello sólo hay que añadir que en una economía de mercado y en una sociedad libre, la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada, y la actuación del Estado deberá ser excepcional (por tanto, justificada en cada caso), ante la falta, inexistencia o fracaso de aquélla.

Pero no es éste el único planteamiento.

(34) BUCHANAN, *ob. cit.*, p. 9. «Una actividad o función como la educación primaria —escribe—, puede ser adjudicada muy apropiadamente al sector público en un período de la historia y con una comunidad política, mientras que en otro período de la historia y con una comunidad política diferente, tal asignación representaría más bien locura social que buen criterio. Los niveles de renta y bienestar, la homogeneidad de los ciudadanos, la densidad de población, los usos y costumbres predominantes, la eficacia del sistema legal, el estado de la tecnología; éstos, junto con otros muchos elementos del contexto social, influirían o deberían influir en la elección de la asignación básica. Entre los datos a considerar tienen singular importancia según este autor "las características que presente el proceso político-gubernamental por sí mismo, así como las características descriptivas de la alternativa de mercado". «La asignación de una actividad al sector público, al Gobierno, puede ser muy apropiada —dice— en una comunidad en la que el Gobierno está limitado por restricciones constitucionales efectivas, pero totalmente inadecuada en una comunidad en la que el Gobierno actúa con independencia de tales restricciones.»

4.2.3 El planteamiento colectivista

Junto a estas razones, formuladas todas ellas desde la perspectiva de una economía de mercado, se han esgrimido en otras ocasiones motivaciones o justificaciones que responden a otros planteamientos ideológicos, a un distinto modo de concebir la economía y la sociedad, de tipo colectivista y de dirección centralizada.

El testimonio quizás más completo y reciente de este planteamiento es el contenido en el programa común de la izquierda, formulado en Francia en 1972 y reconsiderado de cara a las elecciones presidenciales y generales de 1975 y 1978 (35).

Según esta opción, la nacionalización debe alcanzar a todos aquellos sectores o grupos industriales que ocupan una «posición estratégica» en la economía nacional, entendiendo por tales los siguientes (36):

- 1) El sector bancario y financiero en su conjunto.
- 2) Las empresas que controlan las ramas y sectores esenciales para el desarrollo de la economía del país.
- 3) Los centros de acumulación capitalista que dominan ciertas producciones y en los que la competencia se reduce a unas pocas empresas gigantes.
- 4) Las sociedades que viven o se nutren de fondos públicos, ya se trate de contratos con el Estado, subvenciones, crédito privilegiado o cualquier otra vía.
- 5) Empresas que responden directamente a funciones colectivas, que tienen el carácter de servicio público o responden a necesidades sociales fundamentales.

En otras ocasiones, los comunistas franceses han explicado que entienden como empresas (o grupos) «estratégicas» aquellas que «tie-

(35) Las formulaciones del ala izquierda del laborismo inglés coinciden bastante con las francesas aunque con más moderación. (Vid., por ejemplo, Hohn H. CHESHIRE: *Ten criteria for extending Public Ownership*, «Public Enterprise Group», núm. 10, septiembre, 1975.) Unas y otras son igualmente ambiciosas y también igualmente vagas e imprecisas. Puede verse una enumeración de las mismas en el artículo de GASOLIBA, ya citado, pp. 44-45 y 139 y ss. Estas propuestas recientes, y la crítica situación económica por la que atravesamos, así como el resurgir del pensamiento y la política económica liberal en gran parte de Europa (Francia; Gran Bretaña, Suecia, etc.) han creado las condiciones para que se abra de nuevo el debate en torno a las nacionalizaciones y la extensión deseable del sector público.

(36) Se transcriben literalmente los textos del programa común de la *gauche*.

nen capacidad de invertir masivamente», que «constituyen los polos dominantes de la producción», que tienen «un peso decisivo en el comercio mundial», que gozan de un «elevado nivel técnico y científico», que «tienen un papel dominante en el mercado», y otras expresiones semejantes (37).

En definitiva, según esta concepción del Estado y de la sociedad, todo aquello que es dinámico, clave, productivo, importante en la economía de un país, debe pasar a poder del Estado. Aplicando estos criterios debían estatalizarse —según el programa de la izquierda francesa— los siguientes sectores: bancario y financiero (incluidos seguros) en su totalidad, construcción aeronáutica, químico-farmacéutico, construcción eléctrica, informática o nuclear, aluminios y aceros especiales, energía en su totalidad (incluidos los derivados del petróleo) toda clase de transportes, alimentación, y tantos más (38). La magnitud de la propuesta es verdaderamente impresionante (39).

Este *approach* al problema es justamente el contrario del anterior: en lugar de corregir y mejorar los mecanismos del mercado y la libre iniciativa, lo que con estos planteamientos se busca es acabar con ella. Es el paso a una sociedad socialista, la ruptura con el sistema liberal de mercado lo que, detrás de toda esa jerga de dogmatismo marxista se persigue (40). En efecto, los propios objetivos proclamados de tales nacionalizaciones masivas son algunos como los siguientes: asegurar el cumplimiento de la planificación (economía de dirección centralizada), reducir el poder de los grupos oligárquicos que escapan al control del Estado, promover la expansión selectiva, etc. Todas ellas son fórmulas más o menos eufemísticas con las que se quiere apuntar a un cambio radical: que las decisiones en materia económica (y con ello, en casi todas las demás materias, como fácilmente se comprueba en aquellos países presididos por estos sistemas) queden desplazadas de la libre iniciativa empresarial (del productor) o personal (del con-

(37) Vid. GILBERT MATHIEU: *Les nationalisations aujourd'hui et demain*, «Le Monde», 29 juin 1977.

(38) El programa del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), según las conclusiones de su XXVII Congreso Nacional, edición a cargo de Alfonso Guerra, Madrid, 1977, no anda lejos de esta formulación de nacionalizaciones masivas.

(39) Vid. un resumen cifrado de la misma en GASOLIBA BOHM, *ob. cit.*, pp. 146-147. Y un análisis detallado de su alcance y repercusión en la economía francesa, en GALLAIS-HAMMONO: *Les nationalisations...*, *cit.*, pp. 17 y ss.

(40) En los múltiples análisis a que este «programa común» se ha sometido a lo largo de los últimos años hay una opinión unánime: su implantación supondría la radical transformación del sistema económico francés, lo cual era justamente el objetivo deseable para unos y, para otros, el caos.

sumidor) a la dirección o decisión central del Estado, que dirá a unos y a otros lo que deben producir o consumir (41).

Esta concepción parte de una crítica certera a algunos aspectos de la economía de libre empresa que sería muy deseable corregir, pero las soluciones o remedios que ofrece son peor que la enfermedad que tratan de curar: así, nos quiere «liberar» del poder de la oligarquía capitalista, pero ¿no irá a parar ese poder a otra oligarquía peor, la del partido, burocrática o sindical?: malo es que existan grupos de poder que escapen al control del Estado, pero es mucho peor que el aparato del Estado—el más totalitario y poderoso de todos—escape al control de la sociedad; el socialismo entiende que todo aquello que es actividad de punta, sector clave, dinámico, creador, estratégico o como se le quiera llamar, debe pasar al poder del Estado, pero el problema es saber si seguirá siéndolo después de esta transferencia; y así otras observaciones que podrían hacerse. En cualquier caso, debe señalarse aquí que ambos enfoques son absolutamente incompatibles, no sólo en cuanto a su resultado final, sino también en el propio planteamiento del problema: ambos responden a puntos de partida diferentes.

4.2.4 ¿Es posible un compromiso?

De ahí que sea incluso difícil llegar a situaciones de verdadero compromiso (es decir, estable) aunque se llegue a la aceptación por ambas partes de ciertas medidas institucionales de intervención, planificación o control sobre la economía (incluida la empresa pública). Los objetivos

(41) Hay que decir, ciertamente, que entre socialistas y comunistas se plantearon profundas diferencias respecto al modo de llevar a la práctica el Programa y sobre las formas de gestión y grado de autonomía de las empresas del sector público. Los comunistas eran partidarios del monopolio sectorial único del Estado y los socialistas preferían mantener el mercado y un régimen de competencia entre empresas estatales y, en su caso, privadas o extranjeras; los primeros abogaban por un régimen de plena vinculación al Plan a través de los Ministerios competentes en los distintos sectores, que impondrían a las empresas públicas y los nuevos Monopolios del Estado las condiciones y objetivos de su actuación; los socialistas preferían, por el contrario, una mayor flexibilidad y autonomía para las empresas, que negociarían directamente sus programas con la Comisaría del Plan, sin las constantes interferencias de los Ministerios tutores; también en cuanto a la forma y pago de las nacionalizaciones: los socialistas proponían conservar el accionariado (desposeyéndoles de sus poderes de gobierno de la empresa, pero conservándoles su derecho al capital y un beneficio razonable), los comunistas eran partidarios de eliminar inmediatamente al accionariado con un sistema de pago aplazado por la vía de conversión de sus acciones en obligaciones amortizables escalonadamente. Todas estas diferencias son importantes, si bien secundarias, ante la radical transformación que ambas entrañaban. Vid. sobre ellas, Carlos A. GASOLIBA: *Las nacionalizaciones...*, cit., pp. 149 y ss.

finales que ambas posiciones persiguen son por completo diferentes y por ello es difícil un entendimiento verdadero. Lo que para unos constituye una medida equilibradora y defensora del mercado (por ejemplo, la presencia pública en el sector del crédito) en manos de otros constituiría un instrumento para acabar con él. François RENARD ha puesto de manifiesto el problema con toda claridad (42).

Como es sabido, la mitad, aproximadamente, del potencial de los bancos de depósito, fue nacionalizada en Francia hace treinta años. El juicio crítico emitido en torno a esta experiencia ha sido por completo dispar. Para el sector de mercado, el juicio ha sido relativamente positivo. Digamos ante todo que el sector en su conjunto (y ello ocurre igualmente en España) se ha convertido en un sector estrictamente disciplinado y obediente a las exigencias o directrices de las autoridades monetarias, tuteladoras del sistema: la *Banque de France* y el Ministerio de Finanzas. Ocurre, sin embargo, que éstas han sido bastante respetuosas con la libertad comercial de los Bancos, tanto oficiales como privados. Por ejemplo, la orientación del crédito de los bancos estatales no ha quedado vinculada a las prioridades del Plan, salvo en ocasiones muy singulares. No ha habido, pues, consignas ni directivas técnicas para la banca oficial (de carácter comercial), distintas de las normas generales reguladoras u ordenadoras del total sistema crediticio. Dicho brevemente: la banca oficial en Francia ha funcionado bien, entre otras razones, porque ha actuado, y se le ha dejado actuar, *como si fuese privada*.

Pues bien, ésto es justamente lo que la izquierda francesa ha criticado, porque entiende que con ello han quedado frustradas las finalidades sociales y públicas de la nacionalización. La izquierda desea intensificar este control, mediante la nacionalización total del sector o, alternativamente, mediante la constitución de un nuevo Consejo Nacional del Crédito, no sólo encargado, como hasta ahora, de la tarea global de dirección y reglamentación de la profesión, sino también de *determinar en concreto los objetivos y las obligaciones de los bancos*, de acuerdo con las transformaciones, programas de inversiones y financiación a largo plazo definidos por el Plan.

Un ente central, Banco Nacional de Inversiones, *controlaría y decidiría la distribución de todos los créditos a plazo medio, cualquiera que sea el banco que los otorgue*. En realidad, para conseguir una gran parte de estos resultados, no sería necesario nacionalizar el sec-

(42) Vid. su artículo *La prière angulaire du crédit*. «Le Monde», 6 juillet 1977.

tor (bastaría aplicar de verdad los poderes de control que ya hoy se tienen), pero entienden que es políticamente necesario, para hacer desaparecer entre los bancos nacionales la excusa de la concurrencia, que les hace actuar—a ellos también—como si fuesen privados (cosa nefasta para la izquierda).

Obviamente, este control del crédito significaría un dominio aplastante del Estado sobre las empresas privadas por la vía del control de su financiación. El crédito constituye en la economía de hoy, como se ha dicho alguna vez, el «arma absoluta», combinada habitualmente con el control de los salarios y de los precios, que ya tiene el Estado en gran medida. Ahora bien, si la nacionalización total llegara efectivamente a producirse, el poder, que se dice arbitrario, de la oligarquía financiera, sería sustituido por el más arbitrario todavía de una burocracia planificadora y un centralismo bancario que acabaría con toda libertad de empresa. La respuesta socialista de una organización «pluralista» y «descentralizada» en este campo, como en el tema de la educación, es pura palabrería, pues la totalidad del sistema funcionará como una unidad.

He aquí como unas mismas instituciones y poderes de dirección o reorientación del crédito son vistos de modo muy diferente y serán utilizados—se puede estar seguro de ello—con muy diferente intensidad, según que el titular de los mismos sea un defensor de la iniciativa privada y el mercado o un defensor de la dirección centralizada y el colectivismo.

4.2.5 *La socialización encubierta*

Las soluciones de compromiso, muchas veces intentadas, pueden llevar a un modelo de economía y sociedad aparentemente «mixto», pero que acaban irremisiblemente en una sociedad socialista. La «ruptura con el capitalismo» se produce, mucho antes de llegar a las nacionalidades masivas, por el manejo hábilmente combinado de los siguientes medios (43).

- 1) El control del crédito, especialmente a medio y largo, de acuerdo con el plan, lo cuál permite controlar en gran medida las decisiones de inversión (44).

(43) *Vid.* sobre ello, GALLAIS-HAMMONO; *ob. est.*, pp. 35 y ss.

(44) Sobre la instrumentación posible de tal control, a través de líneas preferentes a sectores, manejo del tipo de interés, etc., *vid.* GALLAIS-HAMMONO, *ob. cit.*, pp. 36 y 37.

- 2) El control de los precios, práctica que está hoy ampliamente extendida en nuestro país, alcanzando a grandes sectores de bienes y servicios (45).
- 3) El control de las cargas sociales y fiscales que pesan sobre las empresas y contribuyen, junto con el anterior, a respetar o eliminar los excedentes empresariales (esto es, el beneficio) condicionado así decisivamente las posibilidades de autofinanciación y aumentando correlativamente la dependencia del crédito, en manos del Estado.

Con estos poderes de intervención, bien manejados, se acaba en la práctica con el sistema de empresa privada, ésto es, con la libertad de emprender. Porque para que ésta desaparezca no es preciso suprimirla legalmente, sino que basta alterar las condiciones esenciales para su existencia, lo cual se consigue si a las intervenciones anteriores se añaden estas otras dos:

- 4) Un sector público suficientemente amplio, que no se limite a los servicios públicos, sino que alcance también a sectores básicos y productos manufacturados (automóviles, televisores, calzado, etc.), desde los cuales puedan «imponerse» precios (aunque sea a costa de *déficit* empresariales, que el Presupuesto del Estado se encargará de absorber).
- 5) Finalmente la llamada «planificación democrática» que según la terminología de la izquierda francesa «encuadrará y garantizará el funcionamiento del sector privado». No deja de tener gracia que el funcionamiento del sector privado tenga que ser «garantizado» por un plan estatal.

5. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN ESPAÑA

Una vez vista la teoría y práctica de la intervención estatal a través de empresas productivas y sus consecuencias, experimentadas o previsibles, de acuerdo con lo que nos dicen la teoría económica y la ciencia política, es el momento de plantear el análisis del marco constitucional y legal en el que debe ser abordado el problema de la extensión del sector público en España y los límites a su expansión.

(45) Vid. sobre sus consecuencias y tratamiento jurídico del problema, ARIÑO ORTIZ, G.: «El control de los precios y la justa remuneración de la inversión», en vol. colectivo *El Accionariado popular en la España actual*, Madrid, 1978, páginas 47 y ss.

5.1 *Situación anterior a 1978. Legalidad y realidad del sector público hasta esa fecha*

En nuestro Ordenamiento jurídico, la delimitación y amplitud del sector público ha sido abordada tanto a nivel constitucional como de legalidad ordinaria. En la legislación fundamental anterior a la vigente Constitución (Fuero del Trabajo, Fuero de los Españoles y Ley de Principios del Movimiento) se establecía los siguientes principios rectores:

- Se reconoce y ampara la propiedad privada, pero subordinada en todas sus formas a las necesidades de la Nación y al bien común (FE. art. 30).
- Se reconoce la iniciativa privada como fundamento de la actividad económica (fuente fecunda de la vida económica de la Nación), pero se consagra el Estado-empresario cuando falta la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación (FT. XI, 4 y 6; LP X).
- Indirectamente (LP, II) se proclamaba el principio de subsidiariedad.

La legislación ordinaria vino a reconocer estos principios desde el primer momento, si bien entendiendo la acción del Estado con un carácter muy amplio. Así la Ley de Ordenación y defensa de la industria nacional, de 24 de noviembre de 1939, art. 4.º, n), preveía la acción del Estado, «*cuando falte la iniciativa privada, para el mejor aprovechamiento de las materias primas nacionales o de las fuentes de energía o se estime conveniente el establecimiento o coordinación de instalaciones industriales en forma que su realización pueda incrementar la producción nacional o la mejore*». Se preveía también la incautación de empresas industriales «*cuando lo exija el interés supremo de la Defensa o Economía Nacional*». Dos años más tarde se crea el INI (Ley de 25 de septiembre de 1941) con el objeto (art. 1) de:

«Propulsar y financiar, en servicio de la Nación, la creación y resurgimiento de nuestras 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*.»

Y su Reglamento, artículo 2.º, precisaba algo más, diciendo:

«... propulsar y financiar en servicio de la Nación la creación o ampliación de las industrias a que se refiere la Ley de su creación, bien estimulando a la iniciativa particular con la yuda económica necesaria o creando por sí *aquellas que el interés superior del país aconseje* o que por exigir *cuantiosas inversiones* o por *no producir beneficios* suficientemente remuneradores al capital *no ofrezcan incentivo bastante a la economía privada.*»

Hay que decir igualmente, que en una declaración de buenas intenciones, el artículo 15 de la Ley de 1939 prescribía que:

«Las industrias del Estado y las de las Corporaciones y Organismos públicos no podrán competir ventajosamente con las particulares en la fabricación de artículos no relacionados con la defensa de la Nación» (46).

Este fue, esencialmente, el marco legal (ratificado en cuanto a sus principios por numerosas disposiciones) en el que la iniciativa pública se desarrolló ampliamente hasta 1962. La realidad fue que al amparo de esta legislación, el INI, fundamentalmente asumió una importante misión de industrialización de España (47).

El objetivo militar fue perdiendo importancia, pero la tarea de asumir tareas de reestructuración sectorial y de promover empresas industriales de gran magnitud, capaces de acudir a los mercados internacionales, ha sido su principal objetivo. Más que de principio de subsidiariedad, *la realidad era, hasta este momento, de complementariedad e iniciativa pública en muchos campos* (48).

A partir de 1962, sin embargo, y respondiendo a un cambio de política económica, se tratará de articular legalmente ese vagoroso principio de subsidiariedad, instrumentándolo a través de un procedimiento en el cual se acredite la inexistencia o insuficiencia de la iniciativa

(46) Más bien lo que ocurrió en algún caso fue lo contrario: que la actividad estatal se protegió legalmente frente a la privada, prohibiendo, por ejemplo, la instalación de establecimientos hoteleros a unas distancias mínimas de los paradores y albergues del Ministerio de Turismo, tal como prescribió el Decreto de 4 de abril de 1952. Medida ésta que, aparte de innecesaria, da idea del clima de la época.

(47) Cfr. SCHWARTZ, P.: *Una historia del INI*, Madrid, 1979, p. 2.

(48) DE MIGUEL GARCÍA, P.: *El intervencionismo y la empresa pública*, Madrid, IEA, 1974. También, en este sentido, BENZO MESTRE, F.: «Equilibrio entre empresa pública y privada», en *La Empresa Pública Industrial en España: el INI*, IEF, pp. 35 y ss.

privada. Así el Decreto de 23 de noviembre de 1962 (de medidas preliminares del Plan de desarrollo) recogiendo en este punto las recomendaciones formuladas por el informe del BIRD sobre España (49) declara en su artículo 4.º 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*.»

Desarrollando estos principios y tratando de articular la subsidiariedad del Estado, la Ley de 28 de diciembre de 1963, aprobadora de I Plan de Desarrollo, afirmará en su artículo 4.º, 2:

«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, habrá de concurrir alguno de los siguientes motivos:

a) *Insuficiencia de la iniciativa privada*. Por el Gobierno podrá apreciarse la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla con la actividad pública, 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.

(49) En este informe puede leerse: «El Gobierno debería guiarse, en términos generales, por el principio de que el INI no debe entrar en ningún sector en el cual la empresa privada esté actuando con resultados positivos o se dispone a entrar con arreglo a planes conocidos. Análogamente, el INI no deberá expansionarse mediante la adquisición de empresas privadas existentes o el establecimiento de las suyas propias en sectores donde aquéllas pueden operar de una forma rentable. En los casos marginales debería concederse el beneficio de la duda al sector privado. Las nuevas actividades del INI en el futuro deberían ser esencialmente las de un precursor industrial, que abriera nuevos campos y los desarrollase hasta una fase en que la empresa privada pudiera tomar el relevo.» Y en otro lugar dice: «puede haber casos en que el Gobierno entienda que la intervención del INI es necesaria, porque falta claramente el capital y la iniciativa privados—quizá porque el volumen de capital requerido o los riesgos implicados son demasiado grandes—, o en que se registren serias imperfecciones en el mercado (por ejemplo, una situación de monopolio) y todos los otros medios de tratar estos problemas hayan sido agotados. Tales casos, sin embargo, son excepcionales.»

b) Conveniencia de impedir o combatir *prácticas restrictivas de la competencia*.

c) Imperativos de la *Defensa o de alto interés nacional*.

En el supuesto del apartado a) del número anterior, y salvo que existan razones técnicas o de urgencia apreciadas por el Gobierno, éste, a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia, antes de proceder a la constitución de una empresa nacional o de iniciarse actividades distintas o establecerse otras plantas industriales por las empresas ya existentes, publicará el 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.»

Dicho precepto se ha repetido literalmente en los textos refundidos del II y III Plan de Desarrollo.

Esta imagen liberal y abstencionista (por lo que a la creación de empresas se refiere) que la legislación del plan quiso ofrecer (50) era, sin embargo, más aparente que real, pues quedaba al arbitrio del Gobierno apreciar conceptos como «insuficiencia de la iniciativa privada» (apreciable en función de los objetivos del plan), «conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas», «defensa o alto interés nacional» y «razones técnicas o de urgencia apreciadas por el Gobierno». Como ha subrayado la doctrina,

«... estas facultades discrecionales de apreciación, aunque no implican naturalmente ninguna habilitación para ejercer la arbitrariedad, suponen en la práctica, dada la presunción de legitimidad de los actos de la Administración, 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» (51).

(50) Se le ha calificado alguna vez de «auténtico ataque frontal contra la política de creación de empresas públicas», GARRIDO FALLA, F., *ob. cit.*, p. 885.

(51) DE MIGUEL GARCÍA, P.: *Hacia un Estatuto de la empresa pública*, cit., página 204. En el mismo sentido, ALVARO MUÑOZ: «Empresa pública y Constitución», en *Estudios CEC*, 1978, pp. 10 y 11 del texto mecanografiado.

Los críticos de esta formulación han hablado—no sin cierta sorna—de que el nuevo sistema más que asentar el principio de subsidiariedad consagraba el «principio de discrecionalidad» (52). Todo dependía de lo que el Gobierno quisiera hacer. Pues, en efecto, tanto la creación de empresas como su expansión se acordaba simplemente por Decreto (art. 4.º, 4, de la Ley de 1963; art. 5.º, 3, del texto refundido de 1972). Ciertamente que no era impensable un posible control judicial de tales decisiones, incluso en su fondo material, pero sí resultaba de muy difícil estimación (53). De hecho, el Gobierno actuó con la misma libertad de movimientos que antes, aunque en el caso del INI con menos iniciativas empresariales de lo que lo *había hecho* hasta entonces (54).

Sin embargo, esta relativa falta de crecimiento del INI (con las dos formidables excepciones de Hunosa y Uninsa) se vio sobradamente compensada con el surgimiento y crecimiento constante del otro gran *holding* que se inicia por entonces (1962 en adelante) y que no ha dejado de crecer hasta nuestros días, en los que hemos asistido a la sorprendente compra de Calzados Segarra, S. A. Me refiero, como es lógico, al *holding de empresas* radicado en la Dirección General del Patrimonio del Estado, cuya última Memoria (de 1977) da una cabal idea de su volumen.

Igualmente pueden citarse las constantes iniciativas de otros entes públicos (como el INV, el INUR o el IRYDA), que han creado también sus propias sociedades.

(52) SCHWARTZ y GONZÁLEZ: *Una historia...*, cit., p. 100. Discrepo de estos autores, sin embargo, en su análisis comparativo entre Informe del BIRD y criterios del Plan («el uno—dicen—era libre cambista, el otro capitalista de Estado»). No he conseguido yo leer en este Informe lo que estos autores le hacen decir: «que aceptaba la empresa pública en cualquier campo, si lo hacía sin ventajas financieras»; a mi entender, el Informe dice lo contrario. Olvidan además que por definición y por hipótesis la empresa pública tiene la formidable ventaja de disparar siempre con pólvora del rey, y que se encuentra en una condición en que es muy difícil (quizá imposible) no jugar con ventaja. Vid. sobre el tema, LAUBADÈRE, A.: *Traité...*, t. IV «L'administration de l'économie...».

(53) La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1954 desestimó un recurso interpuesto por CAMPSA en relación con la Refinería de Petróleos de Cartagena por estimar que «el Decreto de que se trata, por los motivos de interés nacional a que responde y por todo su contenido, es una disposición de innegable carácter general, en la que no hay precepto concreto aplicable que vulnere determinadamente derecho alguno administrativo de la Entidad actora», las Sentencias de 15 de noviembre de 1955 y 28 de octubre de 1957 desestimaron igualmente los recursos interpuestos por varias sociedades eléctricas contra los Decretos por los que se encomendaba al INI la creación de una empresa para el aprovechamiento integral del Noguera-Ribagorza.

(54) Así lo ponen de manifiesto recientemente SCHWARTZ y GONZÁLEZ: *Una historia del INI*, cit., pp. 103-104.

Cabe concluir, por tanto, que a pesar de los buenos propósitos de contención de las empresas nacionales, que esa esmerada articulación del principio de subsidiariedad parecía querer lograr, nada se logró. Y la clave explicativa hay quizá que buscarla, no tanto en los principios, sino en los medios, en los procedimientos: el Gobierno gozaba de los mismos poderes omnímodos de ampliar el sector público por simple acuerdo de Consejo y las tentaciones de la empresa pública son demasiado fuertes para los políticos.

5.2 *La Constitución de 1978 y el proyectado Estatuto de Empresas Públicas. ¿A dónde vamos?*

5.2.1 *El marco constitucional*

Llegamos así al momento actual, que se caracteriza por el hito fundamental de una nueva Constitución española, la de 1978, y por el compromiso y proyecto del Gobierno de un nuevo Estatuto de las Empresas públicas, cuya primera formulación ya ha sido elaborada y circulada. Veamos cuál es el nuevo marco constitucional en la materia y la legalidad que se avecina.

En primer lugar, debe ser destacado que el artículo 38, dentro del título I («Derechos y deberes fundamentales»), capítulo II («Derechos y libertades»), reconoce, como tal derecho fundamental, «*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*», derecho que por estar incluido en el capítulo II «vincula a todos los poderes públicos» y «sólo por ley, que en todo caso deberá *respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio» (art. 53, 1), gozando además de la protección y tutela del Tribunal Constitucional (art. 161) y de los Tribunales ordinarios (art. 53, 2).

De acuerdo con el significado doctrinal comúnmente aceptado (por tanto, de acuerdo con la mente del legislador constitucional), la economía de mercado es un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada, y no al Estado; éste no actúa más que en aquellos casos o en aquellas circunstancias en las que la iniciativa privada no puede hacerlo, o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita. La libertad de empresa (libertad de comercio e industria) comporta, como reconoce unánimemente la doctrina, una regla general de abstención de los poderes públicos en el ámbito empresarial, por la sencilla razón de que dichas intervenciones masi-

vas desplazarían fácilmente la iniciativa privada y acabarían, de hecho, con la libre competencia en razón a los superiores medios y las ventajas financieras de que goza la Administración (55). La doctrina española ha constatado además cómo en nuestro país ha habido «una tendencia a convertir las empresas públicas en auténticos monopolios, mediante el juego de las autorizaciones que necesariamente había de conceder la Administración como requisito previo para que pudiesen surgir empresas privadas de tipo competitivo...», y cómo «ciertas restricciones al sistema de libertad industrial han sido impuestas como medidas proteccionistas a favor de empresas nacionales» (56). En otras palabras, que *donde aparece la empresa pública fácilmente desaparece el mercado*.

Por tanto, el artículo 38 permite concluir que el Estado no deberá intervenir por la vía de la empresa pública, si en el campo de actuación de que se trate la iniciativa privada cumple su función productiva y no lo exige un interés general prevalente y cierto. En breve, el principio general es la iniciativa privada, y la excepción —que deberá justificarse— la iniciativa pública. Pero, sin embargo, y un tanto sorprendentemente, el artículo 128, dentro del título VIII («Economía y Hacienda»), en el que se establecen criterios y normas de referencia para el normal desarrollo de la actividad económica dentro del orden constitucional, afirma en su número 2:

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. *Mediante ley* se podrá, reservar al sector públi-

(55) Vid. una excelente y sintética exposición del tema, entre los economistas, en Santiago GARCÍA ECHEVARRÍA: *Economía Social de Mercado; papel de la actividad privada y pública*, Madrid, 1978. Y entre los juristas, entre otros, recientemente, LAUBADÈRE, A.: *Traité de Droit Administratif*, tomo IV («L'administration de l'Economie»), París, 1977, pp. 186 y ss. MONEDERO GIL, J. I.: «Estructura de la empresa pública», en *ob. cit.*, pp. 94 y ss. MARTÍN MATEO, R.: *La Ordenación del Sector Público en España*, Madrid, 1973, p. 82, que escribe lo siguiente: «tratóndose de empresas aparentemente concurrenciales, puede operarse una nacionalización indirecta parcial si, por ejemplo, ante un mercado no elástico las restantes empresas habrían de limitar su cifra de negocios o ver reducida su expansión o, por último, disminuyesen sus beneficios, sobre todo teniendo en cuenta que las disponibilidades económicas del Estado y el origen de sus recursos financieros colocan a las empresas públicas en una situación favorecida que adecuadamente explotada puede invalidar la competitividad del sector privado hasta anularlo quizá».

(56) Vid. GARRIDO FALLA, F.: «La Empresa Pública en el Derecho Español», en *Studia...*, cit., pp. 862-863. Este fue un punto denunciado expresamente en el Informe que a solicitud del Gobierno español emitió el BIRD en 1962, con las siguientes palabras: «Las empresas españolas y extranjeras han tropezado con largas demoras cuando trataban de conseguir autorización para establecer factorías en sectores en los que el INI también deseaba entrar.»

co recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

Este párrafo apunta a una doble realidad. Por una parte, se refiere a la posible existencia de «reservas al sector público» (que supone la exclusión en dichos campos de la actuación privada, esto es, la nacionalización total del sector) y otra la llamada «iniciativa pública en la actividad económica», que supone la posibilidad de crear empresas por el Estado en otros sectores en concurrencia con los particulares. En uno y otro caso, la consecuencia es la creación de empresas públicas, con la diferencia de que en el primero la reserva excluye a la iniciativa privada y se ha de hacer expresamente por ley, mientras que en el segundo se alude a la creación de empresas públicas que actúen en el mercado al lado de las privadas, y para ello no se requiere, constitucionamente, una ley en cada caso.

Dejando ahora a un lado las posibles reservas al sector público, de las que nos ocuparemos después, y el caso de intervención de empresas (que en nada se opone a un sistema de economía de mercado si se mantiene dentro de los confines señalados por la Constitución), lo que sí supone una cierta contradicción con el artículo 38 es ese reconocimiento genérico, sin limitaciones, de la iniciativa pública, para la que no se exige condicionamiento alguno. Parece que el Estado puede ser un empresario más en el mercado. Si en el desarrollo legislativo de la Constitución no se delimitan de algún modo los criterios de creación de empresas públicas, éstas podrán extenderse o alcanzar a cualquier campo de la actividad económica, con la amplitud e intensidad que el Gobierno estime conveniente, ya que no hace falta ley para ello. Existirá naturalmente un límite presupuestario (la habilitación de fondos necesarios), pero éste es un límite fácilmente desbordable a través de los amplios apoderamientos globales financieros contenidos hoy en las leyes de Presupuestos, y más fácilmente aún, a través de los recursos financieros públicos extra-presupuestarios.

Ahora bien, esta situación (o, mejor, esta posibilidad) *atenta claramente, por cuanto hemos dicho más atrás, a la letra y al espíritu del artículo 38*, en el que se consagra como derecho fundamental la libertad de empresa y como definición del propio orden económico la economía de mercado. Se impone, por consiguiente, un cierto deslinde y delimitación de cuál deba ser el alcance de esa «iniciativa pú-

blica». Y del propio texto del artículo 128 (en relación con el artículo 33, 3, y art. 131) puede deducirse que la intervención empresarial del Estado y demás Administraciones públicas debe venir exigida por un *interés general prevalente*, por la existencia de una *especial utilidad pública* en dicha actividad, o la necesidad de atender a necesidades colectivas que de otra forma quedarían desatendidas. En definitiva, la iniciativa pública, la empresa pública, deberá tener un papel estricto y secundario (57) que se hace necesario concretar por ley posterior, ley que, por afectar de modo directo al desarrollo de derechos fundamentales, deberá tener el carácter de orgánica y ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso, según el artículo 81 de la Constitución.

Esta ley puede ser el proyectado Estatuto de la Empresa Pública o, quizá mejor, como se ha solicitado entre nosotros (MONEDERO GIL), una *Ley General de Ordenación Económica* que defina el marco jurídico completo de la economía de mercado y las bases de la intervención del Estado en la economía. Esta ley es absolutamente necesaria (58).

5.2.2 *Nota crítica en este punto al Proyecto de Estatuto de las Empresas Públicas*

El artículo 8.º del Proyecto de Estatuto hasta ahora conocido (59) adopta en este problema el criterio de habilitar a la Administración

(57) MONEDERO GIL, J. L.: *Estructura de la Empresa pública...*, cit., p. 4.

(58) Sin esta Ley orgánica, que precise (y limite) el alcance de esa «iniciativa pública», será muy difícil contener la expansión de ésta, en base al artículo 38 y a un posible recurso de anticonstitucionalidad de la norma de creación de la empresa pública, como a veces se ha dicho (cfr. MENDOZA OLIVÁN, V.: *Aspectos Jurídicos del Proyecto de Ley de 1978, sobre el Estatuto de la Empresa Pública*, en «Libre Empresa» (p. 191), pues ese límite del artículo 38, en relación con el 53, no es un concepto jurídico indeterminado que pueda ser apreciado por un Tribunal (ni siquiera por el constitucional), sino que es un «principio jurídico-constitucional»; sólo utilizable frente a un ataque frontal y total al sistema, pero no frente a medidas aisladas de creación de empresas públicas en sectores determinados que, hábilmente justificadas políticamente, serían irrevisables por los jueces; justamente por ello: porque encierran siempre procesos de valoración política en cada caso (si hay o no una necesidad colectiva desatendida, si hay o no verdadera competencia, si se da un interés público prevalente, etc.), y no *meras operaciones de interpretación jurídica* (que es lo propio de los conceptos jurídicos indeterminados). Así pues, no creo que tenga muchas posibilidades de éxito un control de la iniciativa pública por la vía judicial o del Tribunal Constitucional, en base a pretendidos atentados al contenido mínimo de la libertad de empresa del artículo 38. Nuestra tradición jurisprudencial ha sido hasta ahora, como ya se ha dicho, contraria a estos pronunciamientos: *vid. lo escrito supra*.

(59) Me refiero aquí al que fue circulado, para informe, a los Ministerios y otras entidades públicas. No sé si es o no el mismo texto definitivamente llevado

para la creación de empresas públicas «cuando así lo requieran las exigencias de los intereses generales», entre los cuales cita a continuación, en un sistema de lista y *ad exemplum*, hasta once supuestos, entre los que se contienen los clásicos sectores de actuación hasta el presente, y una cláusula final en la que se dice: «Cualquier otra actuación en sectores en que no exista o sea insuficiente la iniciativa privada» (60). La verdad es que todos ellos son reconducibles a las grandes justificaciones de siempre:

- Inexistencia o insuficiencia de mercado de iniciativa privada y libre competencia: Apartados *c)*, *d)*, *g)*, *h)*.
- Reestructuración, promoción y equilibrio de la economía nacional: Apartados *a)*, *b)*, *f)*.
- Razones de política social: Apartados *g)*, *h)*, *i)*.
- Defensa y seguridad nacional: Apartado *e)*.

Y no tiene mucho sentido esa enumeración por vía de lista que siempre será incompleta.

Cabe otra solución, que consiste en consagrar una fórmula genérica que venga a repetir los principios constitucionales, afirmando que «la creación de empresas públicas deberá responder a las exigencias del interés general en el marco de la economía de mercado, con

a Consejo de Ministros y, al parecer, aprobado por éste el 15 de diciembre próximo pasado. En cualquier caso, no me consta que haya sido remitido texto alguno a las Cortes ni publicado en el «Boletín Oficial» de éstas. Con posterioridad he visto un texto del Proyecto publicado en «Libre Empresa» núm. 9 (noviembre-diciembre 1978), que no coincide con el manejado por mí (justamente ha suprimido dicho artículo) y, según se dice allí, fue el definitivo. Es igual. Las consideraciones que se hacen en el texto a continuación contemplan ambas posibilidades.

(60) El texto literal del artículo era el siguiente: «Podrá procederse a la creación de las Empresas públicas a que se refiere el presente capítulo cuando así lo requieran las exigencias de los intereses generales, tales como:

- a)* Ordenar los sectores económicos en función de la política del Gobierno.
- b)* Atenuar los desequilibrios económicos regionales promoviendo el desarrollo de las zonas deprimidas y atrasadas.
- c)* Impedir o limitar, en su caso, prácticas restrictivas de la competencia.
- d)* Prestar y gestionar servicios públicos.
- e)* Garantizar la defensa y seguridad nacionales.
- f)* Fomentar la investigación científica y tecnológica y su aplicación, así como promover industrias de tecnología avanzada.
- g)* Regular el mercado del suelo urbano y de la vivienda para evitar su encarecimiento y escasez y mejorar el medio ambiente.
- h)* Asegurar el abastecimiento y comercialización de materias primas y productos básicos o de primera necesidad.
- i)* Garantizar el cumplimiento de las funciones sociales del crédito y del seguro.
- j)* Fomentar las exportaciones.
- k)* Cualquier otra actuación en sectores en que no exista o sea insuficiente la iniciativa privada.»

respecto al principio de la libertad de empresas y de iniciativa privada», tal como desde alguna enmienda al anteproyecto se propuso entre nosotros. Una tal formulación tampoco resuelve el problema, que quedaría en todo caso remitido a la apreciación de ese «interés general». Y el problema es: ¿Por quién? Como ya he dicho, una formulación aceptable y bastante más precisa que ésta era la contenida en la Ley del Plan, que, sin embargo, dejaba en el fondo la decisión a la discrecionalidad de Gobierno. En definitiva, la garantía de que la iniciativa pública no va a experimentar un desarrollo y una expansión que pueda poner en peligro el normal funcionamiento del sistema no está sólo en que por vía legislativa se precisen (o no) al máximo los títulos y supuestos habilitantes de la gestión empresarial pública, sino en los procedimientos y garantías que se establezcan para una correcta toma de decisión.

Finalmente, una tercera opción que al parecer fue adoptada en una de las últimas redacciones del Estatuto en proyecto es no decir absolutamente nada sobre criterios de creación de empresas públicas, dejando así incondicionada (e ilimitada) esa «iniciativa pública» del artículo 128 de la Constitución para que el Gobierno haga uso de ella cuando lo crea conveniente como un agente más en el mercado, siempre que no atente a los principios de libre competencia y no discriminación (ni privilegios) en relación con la iniciativa privada. Este planteamiento parte de una situación de igualdad (falsa igualdad) entre la iniciativa pública y la privada, que tendrá como consecuencia una potencialmente ilimitada expansión del Estado-empresario al modo italiano. Esta solución legislativa lleva consigo evidentemente una virtualidad expansiva del sector público.

En el fondo, no es que haya muchas diferencias entre todas estas soluciones, pues mientras los poderes de creación (o ampliación, por la vía de las filiales) de las empresas públicas residan en el Gobierno, éste gozará de una considerable discrecionalidad en la materia, cualquiera que sea la formulación legal (como la historia de las más diversas formulaciones legales viene demostrando). Lo importante, pues, no es la formulación de criterios, sino la consagración de un procedimiento y unos requisitos para su creación.

5.3 *El procedimiento de creación de empresas públicas*

Es obvio que, en definitiva, la apreciación en cada caso de si existe, *hic et nunc*, una necesidad colectiva o un interés público que justifi-

que la gestión empresarial del Estado, es algo que será apreciado por éste soberanamente, cualesquiera que sean los términos de la Ley que lo regule, dentro del necesariamente amplio marco constitucional. Quiérese decir con esto que estamos ante una decisión política de difícil encasillamiento legal. Por ello, *el problema clave en la práctica es determinar la competencia, los procedimientos y las garantías de tales decisiones*. Los dos sistemas posibles son: a) Habilitar al Gobierno con carácter general para llevar a cabo dichas intervenciones (creación o extinción de empresas, adquisición o enajenación de participaciones en sociedades, intervención de empresas, etc.), cuando lo crea conveniente; y b) Exigir en *cada caso* la intervención del Parlamento por vía de *ley formal*, previa justificación por el Gobierno y debate de la constitucionalidad, necesidad o conveniencia de tal actuación.

Por otro lado, la creación de empresas públicas puede revestir dos modalidades: creación *ex novo* o adquisición, total o parcialmente, de alguna de las empresas ya existentes; y, a su vez, esta última modalidad puede producirse por la vía de la expropiación forzosa (nacionalización de una empresa aislada) o por la vía del mercado de valores (adquisición de títulos de aquellas que se cotizan en Bolsa).

En los supuestos de reserva al sector público (art. 128 de la Constitución), la Ley que ordena la reserva llevará consigo lógicamente la habilitación para expropiar (si no se llega antes a la venta voluntaria). En el caso de expropiación de empresas existentes se requerirá también previa ley habilitante (arts. 11 y 12 LEF). Así, pues, el problema de la competencia (legislativa o gubernamental) queda reducido a los otros dos supuestos (creación *ex nihilo* o compra de participaciones), supuestos ambos en los que hasta el momento el Gobierno ha actuado prácticamente con plena libertad.

En efecto, la solución tradicional entre nosotros ha sido entregar estas decisiones al Gobierno (61). Así la Ley del INI de 1941 facultará al Instituto para la creación de empresas públicas, con la previa auto-

(61) La creación de organismos autónomos o entidades de Derecho público requiere ley (art. 6, 1, de la LEA), lo cual responde a otras motivaciones; fundamentalmente al deseo de poner un freno al proceso desintegrador de la Administración Pública que se había producido con la exagerada proliferación de organismos personificados, con todas las graves consecuencias de deslegalización de régimen jurídico (y especialmente financiero) que ello entraña: *vid.* ARIÑO ORTIZ, G.: *La Administración Institucional*, Madrid, 1972. Pero ello no obsta para que siga siendo cierto lo que se dice en el texto: como regla general, la creación de empresas, hasta ahora, ha sido decidida por el Gobierno.

rización del Gobierno. En manos de éste quedará la posible creación sin límites legales hasta 1983. La primera ley del Plan tratará, como hemos dicho, de establecer estos límites, si bien plagados de discrecionalidad y con relativa imposibilidad de hacerlos valer frente al Gobierno. En su artículo 5.º, 3 (texto refundido de 1972), se exigía la creación por Decreto, y desde entonces lo normal ha sido que un Decreto encomiende al INI o a otro Departamento la creación de una empresa para la realización de un fin concreto.

En el mismo sentido, la Ley del Patrimonio del Estado (arts. 100 y siguientes) y su Reglamento (arts. 195 y ss.) prevén que:

- «La *adquisición* por el Estado de títulos representativos del capital de empresas mercantiles, sea por suscripción o compra, *se acordará por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda*. Regirá la misma norma para la constitución de empresas por el Estado, pudiendo en este caso el Gobierno acordar la aportación de bienes inmuebles del patrimonio, cualquiera que sea el valor de los mismos.»

En cuanto a la enajenación de acciones o participaciones, se puede acordar por el Gobierno si el valor de la enajenación no excede del 10 por 100 del importe de la participación total que el propio Estado ostente en la sociedad; pero, en cambio:

- «La *enajenación* de acciones o participaciones en cuantía superior a la indicada o que suponga para el Estado la pérdida de su condición de socio mayoritario deberá ser *autorizada por una Ley*.»

Finalmente, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 ha venido a confirmar la competencia gubernamental y parece haber derogado parcialmente la Ley del Patrimonio, en cuanto a la enajenación, al afirmar en su artículo 6.º, 3:

- «La creación de las sociedades a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 anterior y los actos de adquisición y *pérdida* de la posición mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos en las demás, se acordarán por el Consejo de Ministros.»

Puede, por tanto, concluirse que hasta este momento, y con la salvedad de los Organismos autónomos de carácter comercial o industrial y de las entidades de Derecho público dotadas de estatuto privativo (supuestos ambos en que se exige creación por ley), la creación de empresas públicas y su extensión o presencia en cualquier sector productivo ha sido una decisión del Gobierno, prácticamente sin limitación.

Ahora bien, ¿es mantenible esta situación? A mi juicio, sin duda que no. Tanto por razones económicas como por razones políticas, la decisión estatal de embarcarse en una actividad empresarial, especialmente cuando se trata de grandes operaciones de inversión pública, tiene una trascendencia de primer orden, y la exigencia para ello de una ley constituye la garantía imprescindible de una decisión correcta en cada caso. Ello asegurará algo muy deseable: la plena publicidad de los motivos, la existencia de un debate abierto sobre los pros y los contras de la operación, la valoración ponderada de su impacto en la economía y en el mercado, una discusión razonada sobre la rentabilidad económica y social del proyecto de que se trate (calculada sobre los costes reales de financiación y aplicando una tasa de descuento legalmente aprobada), la fijación de un techo a la financiación pública privilegiada (dotaciones presupuestarias o fondos procedentes del Banco de España (62), la participación de los sectores y grupos interesados que pueden verse afectados por estas decisiones y, en definitiva, una clarificación de los objetivos nacionales que con ello se pretende conseguir y de sus costes. Todos estos aspectos son los que deben ser estructurados en un procedimiento y regulados en el Estatuto, como requisitos de necesario cumplimiento para la creación de una empresa por el Gobierno, que después deberá sancionar el Parlamento por una Ley de Comisión (art. 75, 2, de la Constitución).

Naturalmente que ello puede suponer un freno a la expansión incontrolada del sector público, pero es que ello es justamente lo deseable —y lo procedente— en una economía de mercado, según hemos visto, tanto desde el punto de vista de la ciencia económica (y de la experiencia de más de un tercio de siglo de nacionalizaciones en Europa), como desde el punto de vista de nuestra estructura constitucional. Y justamente la experiencia española de más de treinta años

(62) Vid. sobre estos dos últimos puntos P. SCHWARTZ: *El Proyecto de Ley...*, citado, pp. 220 a 223.

demuestra que es inútil pretender poner límites al sector público, si la ampliación de éste queda en manos del Gobierno. Las buenas intenciones del artículo 15 de la Ley de 1939 (antes citado), los intentos del Plan de Desarrollo de articular el principio de subsidiariedad (que hemos visto) o una larga lista de supuestos habitantes, justificadores de la necesidad de empresas públicas, han sido y serán absolutamente inútiles para frenar los afanes de un Gobierno expansionista. Naturalmente, que en un sistema como el nuestro, en el que el Parlamento es un dócil corderito de un Gobierno de mayoría (sistema electoral de listas cerradas, disciplina de partido, etc.), esto tampoco va a suponer un obstáculo definitivo, pero permitirá al menos debate y crítica pública.

5.3.1 *Nota crítica en este punto al proyecto de Estatuto*

A la vista de todo ello, no puede menos que ser criticado el sistema que en este punto se refleja en el proyectado Estatuto. Dejando a un lado las entidades de Derecho público (para las que se exige ley), el artículo 6.º del proyecto reitera el criterio de que la creación de empresas públicas se acuerde simplemente por Consejo de Ministros (a propuesta conjunta de Hacienda y el ministro del ramo competente, previo informe de Economía). Más aún, el número 2 del proyectado artículo 6.º prevé la creación de éstas también por aquellas entidades de Derecho público a quienes su ley reguladora faculte expresamente, previa autorización del Gobierno. (Se vuelve con ello al sistema del INI del año 41.) Otro tanto se dice para la adquisición a título oneroso por el Estado de participaciones en el capital de sociedades mercantiles, que se acordará igualmente por el Consejo de Ministros o por las entidades de Derecho público a quienes su Ley faculte para ello, con autorización en este último caso del Gobierno (y aun esto sólo en el caso de que tales adquisiciones supongan pasar a ser socio mayoritario).

En cuanto a la extinción de la empresa pública, ésta se puede llevar a cabo también por simple acuerdo del Consejo de Ministros en la mayoría de los supuestos: disolución por haber desaparecido las causas que la justifican, venta (por el Estado o por Organismos autónomos) de la empresa como conjunto patrimonial (o de elementos segregados de ellas que formen una unidad de explotación), venta por el Estado de títulos representativos del capital que no suponga la pér-

dida de la mayoría de los títulos (63). En todos estos casos, según los artículos 9.º y 11, basta el acuerdo del Consejo de Ministros. Sólo se requiere ley para la pérdida de la mayoría en las participaciones estatales *directas* o en las sociedades prestadoras de servicios públicos.

Pues bien, por todo lo que llevamos dicho, entendemos que este poder omnímodo de hacer y deshacer por el Gobierno, en un campo tan sensible de actuación política y económica como éste, resulta excesivo y quizá peligroso para la estabilidad de las condiciones del mercado en que la iniciativa privada necesariamente descansa. Un régimen jurídico-político de este corte será una fuente de arbitrariedad y de intervencionismo injustificados, según el color o las inclinaciones de los Gobiernos de turno. Ciertamente la exigencia de la ley puede suponer para el sector público una cierta falta de agilidad en sus adaptaciones (ampliaciones o reducciones) a las necesidades de la coyuntura, pero resulta sin duda a la larga mucho más deseable asegurar la estabilidad del sector público y un desarrollo equilibrado del mismo, cosa que se conseguirá más fácilmente si queda sometido, en su expansión o reducción, al control parlamentario.

5.4 *Las reservas al sector público y su alcance. Notas para una cabal interpretación del artículo 128 de la Constitución*

Llegamos así a uno de los temas importantes en la delimitación del sector público: el tema de los sectores reservados al Estado. Como hemos dicho, este supuesto, previsto en el artículo 128 de la Constitución, contempla la nacionalización y reserva al Estado *en exclusiva* de sectores concretos, de los que se excluye, a partir de ese momento, la iniciativa privada. Esta reserva, que supone una negación radical de la libertad de emprender del artículo 38, sólo es posible y legítima en los casos definidos en la Constitución; a saber: «Recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio». Deberá ser declarada necesariamente por ley, que, en virtud del artículo 81, 1, podría requerir carácter orgánico, ya que afectará esencialmente a los derechos fundamentales y libertades públicas.

¿Cuál es el sentido y alcance de esa expresión «recursos o servicios esenciales»? Como es sabido, el texto inicial de la ponencia era

(63) O por organismos autónomos u otras entidades de Derecho público aun cuando supongan la pérdida de su condición de socio mayoritario o implique la pérdida de su carácter de empresa pública. No se olvide que estos casos son la mayoría!

ligeramente distinto y decía: «Servicios públicos esenciales, explotación de fuentes de energía o actividades que constituyen monopolio.» Y ambos textos son paralelos a los del preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y al artículo 43 de la italiana, que se pronuncian en términos análogos (64).

Es inútil esforzarse en definir o interpretar *ex ante* estas expresiones, pero sí podemos aventurar algunas consideraciones que, a mi juicio, ayudarán a comprender el alcance del texto:

- 1) La reserva no es ningún fenómeno nuevo; nuestro derecho conoce desde hace un siglo estas actividades industriales o comerciales, que no suponen autoridad soberana, y cuya titularidad está reservada al Estado (exclusividad regalística). Estas actividades son, ni más ni menos que los servicios públicos en sentido estricto, declarados expresamente tales.
- 2) La declaración de una reserva mediante ley (como es el caso de los servicios públicos) no ha supuesto nunca, ni tiene por qué suponerlo ahora, la gestión directa por el Estado por vía empresarial. La fórmula empleada tradicionalmente en España para muchos de ellos ha sido la concesión administrativa, al amparo de la cual se han desarrollado en este país actividades como los ferrocarriles, los teléfonos, las autopistas, la electricidad, los transportes por carretera o el suministro de carburantes. Todos ellos, salvo los ferrocarriles, han funcionado bastante bien, y su gestión posterior en mano pública no ha mejorado precisamente las cosas, como es notorio.
- 3) Así, pues, creo que para la comprensión correcta de estas reservas, conviene distinguir entre la «nacionalización de la actividad» (o del servicio, o de los recursos) y la «nacionalización de los medios de producción» con los que aquél se presta o se explota; la primera se produce necesariamente con la reserva (que es esencialmente la declaración legal de que tal actividad o sector pertenece al *quehacer del Estado*, en exclusiva); la segunda puede ser necesaria, pero puede no serlo, y constituirá una cuestión de oportunidad y análisis de las circunstancias, costes y beneficios para la colectividad, deci-

(64) La Constitución italiana habla de «servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio». La francesa de «empresas que tengan o adquieran los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho».

dir si deben ser asumidas directamente por el Estado o delegadas (concedidas), en su gestión, a empresas privadas.

- 4) Como es lógico, estas reservas afectan siempre al sector en su conjunto, no a empresas aisladas; la expropiación de éstas por razones de utilidad pública o interés social—declarada legalmente—siempre es posible (art. 33 de la Constitución y Ley de Expropiación Forzosa), tanto si pertenecen como si no a sectores «reservados». Se presumirá, sin embargo, que el interés público existe siempre para la expropiación en cualquier momento de aquellas empresas que actúen en estos últimos.
- 5) El mero hecho de monopolio no es causa suficiente para declarar la reserva (ésta es una diferencia importante con el texto primitivo de la ponencia constitucional y el de la Constitución italiana en que aquélla se inspiró), sino que aquélla requiere siempre la calificación previa de «servicio o recurso esencial»; la existencia de un monopolio de hecho en sectores no esenciales deberá ser combatido por otros medios (la aplicación de legislación antimonopolio, una política arancelaria que consiga romper el monopolio de la oferta o incluso la «iniciativa pública», esto es, la creación de empresas públicas en el sector), pero no habilitará nunca—sería anticonstitucional—para declararlo «sector reservado». Por lo demás, digamos que la existencia de recursos o servicios que podrían ser calificados de «esenciales» (por ejemplo, el crédito, las panaderías o las farmacias), que no constituyen monopolio, sino que están correctamente explotados por el sector privado en régimen de mercado, no deben ser tampoco declarados tales, porque ello sería atentar contra el principio general (no se olvide que la reserva es la excepción) del artículo 38. En resumen, que *la declaración de reserva exigirá ordinariamente ambas notas tipificadoras conjuntamente.*
- 6) La esencialidad o no esencialidad de una actividad, recurso o servicio, es de *imposible definición a priori*; su reconocimiento como tal, económica y socialmente (pensemos, por ejemplo, en la energía eléctrica), tampoco exige imperativamente—*velis, nolis*—la nacionalización formal, si la comunidad se encuentra correctamente atendida por la iniciativa privada. La Constitución dice que «se podrá reservar», pero como ha destacado

uno de sus más tempranos comentadores, «el problema básico es la racionalidad social, económica y técnica de la actividad» y, como ya hemos dicho, hay que actuar en estos campos sin prejuicios dogmáticos o de partido (si es que ello es posible), de modo que actividades genéricamente comprendidas en supuestos nacionalizadores pueden nacer o seguir en el sector privado si con ello se evitan peores males que los que se trata de remediar (65).

Tales son las observaciones que hay que hacer para un correcto entendimiento del citado artículo 128 de la Constitución y del tema de las reservas.

5.5 *El principio de especialidad de las empresas públicas*

Una última cuestión en torno a la extensión y límites legales del sector público nos queda por tratar, y es la que se conoce con el nombre de principio de especialidad de las empresas públicas y, en concreto, la posible creación por éstas de filiales o empresas auxiliares, o la extensión de sus actividades a áreas o zonas que nada tienen que ver con su objeto social.

¿Es lícito, por ejemplo, que la Renfe instale una cadena de hoteles, una agencia de viajes o una compañía de seguros? ¿Sería admisible que Lactaria Española o CARCESA, empresas ambas de alimentación pertenecientes al INI, decidiesen un día ampliar sus actividades a la fabricación de pan? ¿Sería además legalmente admisible que el Estado ordenase un día a todos sus servicios (ejércitos, prisiones, hospitales, comedores y cafeterías, etc.), que en ellos el suministro de pan se realizase en exclusiva por aquellas empresas? Todavía un caso más delicado: ¿Sería legal y constitucional que el Estado, a través de alguna de las empresas del INI, o de la Agencia Efe, Sociedad Anónima, autorizase la creación de una gran empresa nacional de publicidad, que canalizase en exclusiva la totalidad de los gastos de publicidad del sector público en su conjunto? A nadie se le escapa el riesgo de una política empresarial expansionista, por la vía de filiales o empresas auxiliares, que pondría en serias dificultades a muchas empresas privadas y aun las mismas libertades públicas (¿dónde quedaría la libertad de prensa si esa supuesta Empresa

(65) MARTÍNEZ ESTERUELAS, Sur.: *El principio de libre iniciativa económica privada en el Anteproyecto de Constitución*, en Estudios CEC, pp. 15 y 16 del texto mecanografiado.

Nacional de Publicidad hiciese el boicot a un periódico, lo cual no es pura hipótesis?) (66).

Pues bien, estos riesgos, de expansión incontrolada del sector público y de atentados materiales a las libertades públicas, son los que se trata de evitar con una determinación precisa —y vinculante— del fin u objeto social de cada empresa pública. Sin embargo, el asunto no es fácil.

Como es sabido, una de las notas que se afirman como peculiares de las personas morales es el principio de especialidad. Las personas jurídicas no son entes de fines totales y potencialmente ilimitados como las individuales, sino que nacen con una finalidad específica, que se afirma en sus estatutos o carta fundacional, y con ese alcance son reconocidas por el Derecho. En el caso de las personas jurídico-públicas, la doctrina ha destacado el carácter estricto que tal principio tiene, porque juegan en este campo otras dimensiones importantes. La teoría de la especialidad de las personas públicas fue formulada en Francia en relación con los establecimientos públicos, más o menos en estos términos: «La regla de la especialidad de los establecimientos públicos quiere que cada servicio administrativo viva encerrado estrictamente en la función para la cual fue establecido por ley» (67). Esto no es, en definitiva, en las entidades públicas, sino una consecuencia de la especialidad de la competencia que se afirma para todos los centros (personificados o no) que integran la organización de los Estados modernos (68).

Ahora bien, conviene hacer notar el diferente sentido que la especialidad tiene referida a personas morales públicas o privadas que no constituyen Administración en sentido subjetivo (69) y las personas o entidades (estatales o locales) que son entes institucionales de carácter fundacional, encuadrados en la organización general del Estado o de una Administración local. En las privadas, la especialidad es el límite de su actuación lícita, pero no su condición habi-

(66) Esta idea no es una imaginación. Me consta que ha existido en su día una propuesta en tal sentido.

(67) JORDANA: «Ensayo sobre las entidades públicas representativas y profesionales», *Est. Jordana*, I, pp. 346-7. Más recientemente, VEDÉL, G.: *Droit Administratif*, 4.ª edic., PUF, 1968, p. 637: *Chaque établissement ne pouvant avoir d'attribution et de compétence que dans la matière même que est la sienne aux termes de la loi et des règlements.*

(68) Es un medio —escribe CONSTANS— «de hacer respetar las reglas de la organización administrativa», *op. cit.*, p. 12.

(69) Asociaciones privadas. Fundaciones (privadas) de interés público, Corporaciones (públicas) que no son Administración y, por supuesto, Sociedades.

litante; el título legitimador de su actividad lo constituye no la norma legal, sino la voluntad de los asociados o del fundador, actuada a través del Patronato de la fundación. En el segundo, en cambio, la especialidad del fin es al mismo tiempo límite de lo que no puede hacer y condición positiva habilitante de toda su actuación administrativa; actuación que es, además, un deber. La diferencia es importante, por cuanto que en el primer caso la persona moral puede hacer todo lo prohibido (dentro del campo de sus fines y con una *interpretación extensiva respecto del carácter medial o complementario de la actividad*), y en cambio el ente u órgano estatal sólo puede hacer lo permitido: aquello para lo que fue habilitado por el Ordenamiento, restrictivamente entendido respecto a actividades complementarias. Además, en el primer caso no hay obligación de actuar, sino sólo posibilidad; en cambio, en el segundo, no sólo es un poder, sino un deber funcional (70).

Pues bien, hemos de preguntarnos ahora con qué alcance juega dicho principio en el caso de las empresas públicas y, en concreto, de aquellas de tipo societario que ajustan su organización y actividad al derecho privado.

En principio, y como consecuencia del carácter excepcional que, según vimos, tiene la gestión empresarial pública en una economía de mercado, el fin u objeto social de una empresa pública (aquél para el cual se autorizó su creación) debe delimitar el alcance y extensión de sus actividades, ya que extender éstas a campos o sectores no previstos supondría desarrollar una competencia ilegal con las empresas privadas actuantes en dichos campos y un atentado al régimen de economía de mercado. Ni el Gobierno, ni desde luego la propia empresa, pueden actuar aquí con la libertad con que lo haría un particular.

Ya hemos visto que en la legislación hasta ahora vigente se requería la previa aprobación del Gobierno (la misma que para su creación) para «la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes» (art. 5.º, Ley del Plan). Igualmente se requería, previa autorización por Decreto, para la creación de filia-

(70) En contra, GARCÍA-TREVIJANO, para quien tanto las personas (jurídicas) públicas como privadas están sometidas al principio de que lo no permitido no puede ser actuado, afirmación que es consecuencia de su concepción de un derecho común a las organizaciones, tanto públicas como privadas: el derecho supraindividual; véase *Tratado*, tomo I, pp. 381 y ss. y tomo II, p. 344.

les. El proyectado Estatuto, en sus artículos 7 y 49, limita también la expansión de actividades no previstas al prescribir en el primero de ellos que:

«... en ningún caso las empresas públicas a que se refiere el presente capítulo podrán iniciar actividades no incluidas en su objeto social sin que, *previa autorización del Gobierno*, se haya adoptado el acuerdo social correspondiente.»

Y en el 49, que

«... las empresas públicas que revistan la forma de sociedad anónima podrán proceder a la creación de sociedades mercantiles o la toma de participación mayoritaria en el capital de otras existentes. La creación y disolución de sociedades filiales y, en su caso, la adquisición o enajenación de participaciones en el capital de sociedades mercantiles, cuando determinen la condición de socio mayoritario o la pérdida de la misma deberán ser sometidas a la autorización del Consejo de Ministros por conducto del Ministerio de Hacienda o del que ejerza la tutela sobre la entidad pública titular de acciones de la empresa pública matriz.»

De nuevo, este aparente embridamiento de las empresas públicas es más aparente que real. En primer lugar, porque el fin u objeto social está formulado muchas veces con carácter muy amplio, lo cual permite extender la actividad a otras de carácter medial o complementario. Es muy frecuente que en los Estatutos sociales se consiguieran cláusulas como la siguiente: «y cualquier otra operación relacionada directa o indirectamente con dicho objeto social, según libre determinación de la Junta general de accionistas y en la forma jurídica que la misma acuerde». En segundo lugar, porque, en definitiva, queda en manos del Gobierno la última palabra, sin posible (o al menos, muy difícil) control judicial de tales decisiones. Y, finalmente (y ésta es la razón de las otras dos) porque la dinámica propia del mercado y de la actividad mercantil e industrial requiere cierta libertad de movimiento de las empresas para adaptar o reconvertir sus actividades, si llega el caso, o para iniciar mediante filia-

les, actividades mediales o complementarias que permitan seguir siendo competitiva a la empresa principal (71).

El posible control de esta expansión de actividades públicas puede pensarse en principio tanto por vía legislativa como judicial. En el fondo, la iniciación de nuevas actividades o la constitución o compra de filiales no son sino supuestos de «creación» de nuevas empresas públicas (con o sin formalización de personalidad jurídica distinta) y si se ha exigido Ley para su creación, lo lógico sería requerirla también para su expansión o su desdoblamiento. Tanto en un caso como en otro, estas autorizaciones podrían estar contenidas en la Ley de Presupuestos o ser aprobadas por Ley o acuerdo de Comisión. De esta forma no constituiría una excesiva carga de trabajo para el legislativo (que tampoco sería tanta, dicho sea de paso).

Respecto al control judicial, es perfectamente pensable la impugnación por los afectados de los actos o acuerdos de constitución de una empresa filial o de iniciación de nuevas actividades; actos que desde luego deben ser publicados (en el «Boletín Oficial del Estado», en el de Comunidades autónomas o provincial) o comunicados a las organizaciones empresariales o sindicales interesadas. Este control se ha practicado en Francia hasta este momento, tanto en vía ordinaria (por competencia ilegal o desleal) como en vía contencioso-administrativa (*por excès de pouvoir*) (72). Hay que reconocer, sin embargo, que el *Conseil d'Etat* se ha mostrado hasta ahora muy cauteloso en este punto y ha declarado en la mayoría de los casos que no había lugar a la acción por falta de fundamento de la impugnación (así, por ejemplo, en el supuesto de creación de un seguro de equipajes por la SNCF, impugnada por la *Fédération des sociétés d'assurances françaises*, el *Conseil d'Etat* entendió que la medida de la compañía ferroviaria «no suponía competencia directa con los negocios de las compañías reclamantes...»). Esta situación ha sido criticada por un sector de la doctrina (WALINE). El hecho, sin embargo, es que el principio de especialidad en el caso de las empresas públicas se ha construido por la jurisprudencia francesa de un modo muy amplio y flexible, sólo aplicable en el supuesto de que las iniciativas públicas estén, de hecho, entorpeciendo o menoscabando la libre com-

(71) Vid. sobre el tema, TMSIT, G.: «La Spécialité des entreprises publiques», en varios autores, *Etudes de Droit Public*, Cujas, París, 1966.

(72) Vid. DRAGO, A.: *Public and Private Enterprise in France*, apud. Friedman, loc. cit., pp. 3 y ss.

petencia (73). Este es el criterio esencial: entender que la libertad de comercio e industria y la existencia de libre competencia es el valor último a salvaguardar. Si el Estado, con la ampliación de sus actuaciones, no las infringe, su actuación no debe ser obstaculizada. Si, por el contrario, se aprovecha del monopolio de algunos de sus servicios (teléfonos, electricidad o gas) para imponer en base a ellos servicios complementarios que las propias empresas ofrecen en exclusiva (por ejemplo: reparaciones, alquiler de contadores, empresas de instalación, etc.), entonces tales condiciones son declaradas ilegales.

El mismo proceso de evolución se ha producido en cuanto a creación de filiales o empresas auxiliares, y así el *Conseil d'Etat* ha admitido como lícita y legítima la creación de cualesquiera empresas auxiliares *siempre que haya una vinculación* del tipo que sea entre su actividad y la principal y siempre —igualmente— que dichas empresas filiales no reciban un trato de favor o de privilegio por parte del Estado o de su fundador respecto a las demás del sector (principio de igualdad de trato y no discriminación).

Resumiendo las conclusiones en torno a este punto puede afirmarse:

- Que la teórica vinculación (según el principio de especialidad) a su fin u objeto social se ha visto desmentida en la práctica por una gran flexibilidad de actuación;
- Que esto constituye un indudable peligro de expansión incontrolada y manipulación del mercado (con posibles motivaciones políticas) que hay que evitar;
- Que el único verdadero control posible es la autorización parlamentaria anual en la Ley de Presupuestos o excepcionalmente mediante leyes o simples acuerdos de la comisión parlamentaria correspondiente;
- Que además dichas actuaciones deben quedar sometidas al control judicial por competencia ilegal o desleal.

Y con ello creo que han quedado analizadas las principales cuestiones que plantea hoy en España el tema de la delimitación del sector público y control de su expansión.

(73) Vid. sobre el tema, LOSCHAK, D.: *Les problèmes juridiques posés para la concurrence des services publics et des activités privées*, en «AJDA», 1971, I, páginas 283 y ss.