

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LA ORGANIZACION Y ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS PUBLICAS

POR

ENRIQUE RIVERO YSERN

Catedrático de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho.
Universidad de Salamanca

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. LOS FINES DE LA EMPRESA PÚBLICA: A) Análisis de algunos planteamientos en la doctrina extranjera y organismos internacionales. B) El planteamiento de los fines de la empresa pública en el Derecho español. C) El planteamiento de los fines de la empresa pública en la doctrina española. D) El modelo organizativo de las empresas públicas en el Derecho español. E) El ordenamiento regulador de la actividad del modelo organizativo. F) Concepto de la empresa pública en la doctrina española. G) Valoración del modelo organizativo y del ordenamiento regulador de la actividad de las empresas públicas.—II. POSIBLES PLANTEAMIENTOS DE «LEGE FERENDA» DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: A) Consideraciones previas. B) La naturaleza jurídica de la empresa pública. Sus fines como condicionantes de la naturaleza jurídica. C) Concepto de empresa pública. D) La organización de las empresas públicas: ordenamiento regulador. E) La actividad de las empresas públicas: ordenamiento regulador

INTRODUCCIÓN

Puede decirse, sin temor a equivocación, que la empresa pública es una institución que, desde sus inicios, preocupa de forma preferente a juristas, economistas y políticos.

Ello viene motivado, fundamentalmente, porque el intervencionismo del Estado en materia económica se lleva a cabo, de forma global, a través de la planificación (1) y, para que ésta sea eficaz, es nece-

(1) A juicio de GALGANO, la participación de los poderes públicos en las actividades económicas se manifiesta en una triple forma:

1.º El propio Estado u otros entes públicos territoriales ejercitan, en forma accesorio respecto a sus principales actividades político-administrativas, otras actividades dirigidas a la producción o intercambio de bienes o servicios. Ejemplo, los monopolios fiscales.

2.º Actividades dirigidas a la creación de riqueza ejercitadas por entes públicos que hacen de tales actividades su propio objeto exclusivo o, de cualquier modo, principal. Ejemplo, la Banca oficial.

3.º El Estado u otros entes públicos suscriben, en el acto de constitución, o bien adquieren posteriormente en el mercado, participaciones en sociedades anónimas privadas. En este caso el poder público se sitúa en condiciones de influir o incluso dirigir la política económica de las empresas privadas.

Entre los dos primeros y la tercera hipótesis existe solamente un nexo de naturaleza económica o, si se prefiere, de naturaleza sociológica. Jurídicamente el fenómeno del accionariado público debe situarse en un ámbito de clasificación completamente distinto al de la empresa pública.

Entre las dos hipótesis a las que se asigna la noción de empresa pública existe, sin embargo, una diferencia interna: en la primera, el ejercicio de la empresa es, para el ente público, solamente una actividad secundaria respecto al desarrollo

sario contar con un sector público fuertemente constituido. Este sector público se integra básicamente por las empresas públicas.

Este intervencionismo económico, por otra parte, y como ha puesto de manifiesto STAMMATI, se ha acentuado por dos factores: la presión ejercitada para un reparto diverso de la renta por los movimientos obreros surgidos de la revolución industrial y, por otro lado, la decadencia de los mecanismos espontáneos de reequilibrio de la economía capitalista (2).

Desde el prisma político es indudable que, para los marxistas, la empresa pública se configura como un importante instrumento en la fase del presocialismo, como una institución que facilita su consecución.

Para los no marxistas, la empresa pública, como parte integrante del intervencionismo estatal, suscita, y está inmersa, dentro del planteamiento de condiciones en base a las cuales una economía que se caracteriza por la coexistencia de la iniciativa privada con un amplio sector de intervencionismo público, puede constituir una alternativa válida, para un futuro próximo, frente al modelo colectivista (3).

La temática de la empresa pública se encuentra necesitada de una revisión sustancial y formal en nuestro país. Esta revisión pretende plasmarse, según el sentir casi unánime de juristas, economistas y políticos, en un Estatuto para la empresa pública y la creación de un Ministerio análogo al de las Participaciones estatales existentes en Italia (4).

de otras actividades, de naturaleza no económica, que constituyen su objeto principal; en cambio, en la segunda hipótesis, la actividad de empresa constituye el objeto exclusivo o, en todo caso, principal del ente público.

GALGANO: «Sobre la estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público», en *La empresa pública*, Bolonia, 1970, vol. I, pp. 248 a 251.

(2) STAMMATI: «La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado», en *La empresa pública*, cit., vol. I, p. 43.

El interés por el tema del intervencionismo económico del Estado se explica, según DREYFUS, por dos órdenes de hechos:

Por una parte, el desarrollo creciente y sin cesar del papel del Estado en un dominio de actividad tradicionalmente considerada en manos de los sujetos privados.

Por otra parte, el conjunto de problemas jurídicos específicos con los cuales el juez y la doctrina se enfrentan, por el hecho de la diversificación de los procedimientos utilizados para la realización de la política económica.

DREYFUS: *L'interventionnisme économique*, París, 1971, p. 5.

(3) STAMMATI, *op. cit.*, p. 47.

(4) GUARINO no se muestra partidario de un único Ministerio competente, ya que conduce, según él, a la homogeneización de la disciplina jurídica y a la persecución de fines unitarios, incompatible con las diversas funciones de las empresas públicas. Véase en «*Scritti di diritto pubblico dell'economia*», Milano, 1970, página 158.

No es objeto de nuestra investigación entrar en el análisis de la conveniencia o no de ambas cuestiones, aunque pensamos que son convenientes tanto la una como la otra. Lo que sí queremos poner de manifiesto desde este momento es que las cuestiones jurídicas relativas a la organización y actividad de las empresas públicas, que están en función de los fines de éstas, y que deben plantearse a la vista del contexto social, político y económico de nuestro país, son fundamentales a la hora de configurar un Estatuto para la empresa pública.

Nuestra investigación tiene dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera verificamos la determinación de los fines de la empresa pública tanto en el Derecho comparado como en la legislación y doctrina española.

A continuación se hace un análisis del modelo organizativo que, con carácter general establece nuestro Ordenamiento para las empresas "públicas", así como las excepciones, algunas de ellas, que existen también en nuestro Ordenamiento respecto del modelo organizativo.

Examinado el modelo organizativo estudiamos el Ordenamiento jurídico regulador de la actividad de las empresas públicas. Con estos presupuestos, se realiza por la doctrina española, a nuestro juicio, la formulación del concepto de empresa pública. A tal efecto, examinamos las diferentes posiciones doctrinales.

Finalmente, terminamos esta primera parte haciendo un juicio crítico, una valoración, de la actividad de las empresas públicas, poniendo de relieve hasta qué punto el ordenamiento jurídico regulador de la vigente configuración de la organización y actividad de las empresas públicas ha influido en los resultados obtenidos.

La segunda parte del trabajo, que tiene un planteamiento fundamentalmente de *lege ferenda*, constituye nuestra visión propia sobre las cuestiones capitales que afectan a nuestra investigación: fines y naturaleza jurídica de las empresas públicas y concepto, cara a los planteamientos organizativos y dinámicos de la empresa pública.

I

LOS FINES DE LA EMPRESA PÚBLICA

A) *Análisis de algunos planteamientos en la doctrina extranjera y organismos internacionales*

En la doctrina italiana, STAMMATI ha puesto de manifiesto cómo, dada la acción directa, más segura y rápida, sobre el volumen, estructura y localización de las inversiones, a las empresas públicas se les puede encomendar tareas como la rápida neutralización de tendencias anticoncurrenciales en sectores determinados, o el desarrollo de ciertos sectores caracterizados frecuentemente por un alto presupuesto inicial de capital, o, por último, la industrialización de regiones que no presentan condiciones favorables para atraer la iniciativa privada (5).

En relación a sus fines, por tanto, se pueden hacer cinco grupos de empresas públicas:

a) Empresas para gestionar servicios públicos, por motivos sociales, redistributivos o económicos.

b) Empresas que operan para contribuir al desarrollo económico del país actuando sobre todo en los sectores productivos estratégicos o propulsivos, a fin de evitar estrangulamientos en puntos críticos para el desenvolvimiento del proceso de desarrollo.

c) Empresas para regular la estructura del mercado, quebrantando formaciones monopolísticas y oligopolísticas, o estabilizando el mercado operando sobre el mecanismo de los precios.

d) Empresas que actúan con fines innovativos político-sociales, como son esencialmente el empleo de los recursos disponibles localmente, sean recursos naturales o de mano de obra.

e) Empresas cuya actuación va dirigida a garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en las diferentes regiones y para conseguir la elevación de las condiciones económicas de las áreas en depresión (6).

(5) *Op. cit.*, p. 50.

(6) STAMMATI, *op. cit.*, p. 54.

En definitiva, que el fin que persigue la empresa pública es satisfacer las necesidades de la colectividad. El beneficio se manifiesta como un elemento no subordinado, sino condicionado a la consecución de los fines asumidos por ella, de forma que las decisiones de inversión se adoptan teniendo como parámetro de maximización, no sólo el beneficio y vida de la empresa, sino, sobre todo, el desarrollo del país (7).

Para GUARINO es indudable que no todas las empresas públicas deben desarrollar las mismas funciones. Teniendo en cuenta que los sectores de intervención son diversos, diversas han de ser las funciones y la organización interna. La pluralidad de especies y la diferenciación de las funciones constituyen presupuestos básicos para la valoración del papel de la empresa pública en la planificación (8).

La autonomía de la que goza la empresa privada, señala BENVENUTI, falta en la empresa pública, que no persigue fines propios, ni puede tener en cuenta otros fines que los generales. El conseguir los fines la empresa pública es para alcanzar fines más amplios y complejos (9).

Según OTTAVIANO, la empresa pública debe perseguir, en la medida de lo posible, el máximo beneficio; pero la titularidad de una empresa por el Estado u otro ente público sólo se justifica en cuanto mediante su ejercicio se consigan finalidades de interés general (10).

Para RIVERO, las empresas nacionalizadas están al servicio del interés general, pero son empresas y, como tales, tienen intereses que defender, incluso contra el Estado (11).

La ONU señala como fines de las empresas públicas: la defensa nacional, los beneficios para el Estado, fines antimonopolio, desarrollo de la cultura, enseñanza (12).

(7) STAMMATI, *op. cit.*, p. 53.

(8) GUARINO, *op. cit.*, p. 251.

(9) BENVENUTI: *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, en «Rivista delle società», marzo-junio 1962.

(10) OTTAVIANO: «Sometimientto de la empresa pública al Derecho privado y exigencias conexas con los fines públicos que mediante el ejercicio de esta empresa se quieran conseguir», en *La empresa pública*, *op. cit.*, vol. I, p. 271.

(11) RIVERO, J.: «Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif», en *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, París, 1952, p. 167.

(12) Véase en *Rapport du cycle d'études des Nations Unies sur l'organisation et l'administration des entreprises publiques*, Genève, 1966.

B) *El planteamiento de los fines de la empresa pública en el Derecho español*

a) *Planteamiento constitucional.*

El Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, señala que:

«... La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado.»

El Punto XI, 6, del Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938, indica:

«El Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación.»

El Punto XI, 4, del mismo Fuero del Trabajo preceptúa que:

«En general, el Estado no será empresario, sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación.»

Como puede observarse, fines de interés colectivo justifican a nivel constitucional la creación de empresas públicas. Sin embargo, como ha puesto de relieve PÉREZ MORENO, el principio de subsidiariedad, acogido en nuestras Leyes Fundamentales, «no está concretado caso por caso en las normas dispersas que regulan las empresas públicas» (13).

b) *Planteamiento a nivel del ordenamiento jurídico ordinario.*

La determinación de los fines de la empresa pública, en función de la entrada en juego del principio de subsidiariedad, se encuentra regulado con carácter general para un tipo de las empresas públicas, las llamadas empresas nacionales, en el artículo 5,1 de la Ley del Plan

(13) PÉREZ MORENO: *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969, página 50.

A su juicio, «con carácter general para todas las modalidades de empresa pública, creemos poder afirmar que el principio de subsidiariedad no debe relacionarse con todas y cada una de las actividades o ramas de la vida económica, sino con la vida económica en su conjunto, es decir, que el principio queda respetado aun cuando sea algún sector básico, y no sólo alguna empresa dentro del mismo, el que asuma el Estado, siempre que se den las circunstancias de exigencia del bien común», p. 53.

de Desarrollo Económico y Social, texto refundido aprobado por Decreto de 15 de junio de 1972.

Según el artículo 5,1:

«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.

b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia:

c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional» (14).

Por lo que respecta a la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, es curioso constatar la omisión en su articulado relativo a las empresas públicas de todo planteamiento respecto de los fines de interés general, al menos con esta terminología.

Solamente en su exposición de motivos se indica que las empresas nacionales son creadas:

«... para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas».

C) *El planteamiento de los fines de la empresa pública en la doctrina española*

La doctrina administrativista ha realizado sus aportaciones en relación con los fines de la empresa pública.

(14) Un análisis crítico de este precepto puede consultarse en PÉREZ MORENO, op. cit., p. 52. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional*, en el número 49 de esta REVISTA, pp. 309 a 322.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ distingue entre empresas públicas que gestionan servicios públicos y empresas públicas que sirven a fines de política económica (15).

PÉREZ MORENO acepta la anterior clasificación, pero dentro de las empresas públicas que sirven a fines de política económica «deben separarse aquellas en las que la presencia de la Administración está determinada por la idea de promoción, de las que ésta integra con el fin de control gestor permanente o temporalmente indeterminado para asegurar otros efectos económicos» (16).

Para TAMAMES la empresa pública tiene diferentes finalidades en Occidente. A su juicio, pueden agruparse en cinco categorías:

La primera consiste en hacerse cargo de proyectos necesarios que por razones de su gran envergadura o importante riesgo económico que entrañan, por razones de seguridad en conexión con problemas militares, etc., no pueden ser asumidos por el capital privado.

El segundo campo de actuación de las empresas públicas occidentales es lo que podría denominarse gestión de los monopolios naturales. Se trata de actividades que no pueden funcionar satisfactoriamente sino en régimen de concesión en exclusiva.

Un tercer frente de acción para el cual se crean empresas públicas es para luchar contra los monopolios, y sobre todo contra los monopolios extranjeros.

Se trata, en definitiva, de sustituir monopolios privados nacionales o extranjeros por monopolios de Estado.

Un cuarto supuesto que implica la creación de empresas públicas en Occidente es forzar la producción cuando la empresa privada no acierta a encontrar el camino para establecer nuevas iniciativas industriales o sucesivas actividades en los sectores de servicios.

Finalmente, las empresas públicas nacen en función de la planificación y la lucha contra el ciclo (17).

MENDOZA OLIVÁN pone de relieve que a través de la empresa pública el Estado programa la economía y la dirige hacia el interés general. Este parece ser el objetivo fundamental de las empresas públicas. Pero existen otras razones de política social y de política general diversa que justifican la presencia y el aumento de empresas públicas. Entre

(15) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, en el núm. 48 de esta REVISTA, p. 101.

(16) PÉREZ MORENO, *op. cit.*, p. 259.

(17) TAMAMES: «Una nueva estrategia para las empresas públicas», en *La empresa pública en España*, Madrid, 1972, pp. 387 a 390.

las primeras, la necesidad de satisfacer determinadas necesidades sociales que la iniciativa privada no atiende porque no son rentables económicamente hablando, así como la necesidad de poner fin a tensiones sociales existentes en algún sector; entre las segundas, las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad y de la política nacional, que postulan o demandan que ciertas actividades económicas sean gestionadas por el Estado (18).

Para SOSA WAGNER las empresas públicas, entre otras funciones, pueden desempeñar las siguientes:

En primer lugar, la gestión de servicios públicos, que se produce en virtud de nacionalizaciones o servicios fuertemente condicionados por el Estado.

Fines antimonopolísticos puede desempeñar la empresa pública o evitar estrangulamiento en sectores claves de la economía.

En tercer lugar, las empresas públicas pueden poner en marcha las llamadas industrias *de pointe* (electrónica, industria aeroespacial, etc.), donde las investigaciones deben contar con un equipamiento adecuado, pues es peligroso que estos sectores claves para la independencia nacional estén controlados por el capital extranjero.

Como instrumento de ejecución de la planificación económica, las empresas públicas han visto crecer su importancia. Estos participan tanto en la elaboración como en la ejecución del plan.

En quinto lugar, las empresas públicas tienen un importante cometido consistente en hacer revivir las áreas o regiones deprimidas o subdesarrolladas.

Finalmente, cara a la integración europea, las empresas públicas tienen que jugar un importante papel. Los órganos decisorios en la Comunidad Económica Europea no pueden desdeñar la realidad del paso económico que el sector empresarial que gestiona el Estado tiene en la economía de los Seis (19).

D) *El modelo organizativo de las empresas públicas en el Derecho español*

Dentro de este epígrafe lo que tratamos de examinar es cómo se estructuran, organizan, las empresas públicas en España por el legislador.

(18) MENDOZA OLIVÁN: «La configuración jurídica de la empresa pública», en *La empresa pública en España*, op. cit., pp. 100 y 101.

(19) SOSA WAGNER: *La organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1971, pp. 14 a 19.

Hay que indicar cómo la potestad organizatoria en este sector la ostentan tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo.

a) *Planteamiento general del modelo organizativo.*

Si se parte de una definición absolutamente lógica, comúnmente admitida, de que empresa pública es cualquier actividad empresarial de la Administración, hay que indicar cómo en nuestra realidad jurídica estas actividades se llevan a cabo tanto por organismos autónomos, entes de Derecho público según la Ley de Entidades Estatales Autónomas, como por empresas públicas, entidades de Derecho privado según la exposición de motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (20). ¿A qué obedece esta dualidad de modelos organizativos? *Prima facie*, al hecho de que el régimen jurídico de los organismos autónomos es un régimen jurídico público, y el de las empresas públicas jurídico privado. Ello no es así. Existen organismos autónomos, como el Crédito Social Pesquero, que realizan la casi totalidad de su actividad sometida al Derecho privado, y empresas públicas que tienen parte de su actividad sometida al Derecho público, como tendremos ocasión de ver.

Por tanto, para actividades materialmente objeto de empresas públicas nuestro legislador adopta lo que él piensa son técnicas jurídico-privadas y técnicas públicas.

No es éste, sin embargo, el planteamiento de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, que escinde tajantemente la empresa pública del organismo autónomo, confundiendo naturaleza jurídica del ente con las normas que regulan su actividad.

Pero veamos el supuesto concreto de las empresas públicas.

La exposición de motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas no emplea el término empresa pública, sino empresa nacional, aduciéndose que «tal apelativo resulta paradójico y perturbador cuando se aplica a empresas justamente regidas en su actuación funda-

(20) BAENA DEL ALCÁZAR indica que: «en realidad, creo que no hay ninguna razón para diferenciar rigidamente fuera del criterio de la forma jurídica, las empresas nacionales y los organismos autónomos que realizan actividades comerciales e industriales. No puede negarse que la atribución de una u otra forma tiene muy importantes consecuencias en el mundo del Derecho, pero en la realidad la creación de empresas públicas supone un fenómeno análogo al de las fundaciones públicas. Una masa de bienes se destina al cumplimiento de fines del Estado, dotándose a la nueva entidad de una organización determinada. Todo ello es lo mismo que sucede también en el caso de los organismos autónomos». *Administración Central y Administración institucional en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 150.

mentalmente por normas jurídico privadas. Por lo demás, el nombre de su empresa nacional no hace sino reiterar el que ya ostentan muchas de las entidades españolas de esta naturaleza» (21).

La exposición de motivos indica que la Ley define a las empresas nacionales «como entidades de Derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidad predominantemente económicas».

¿Es esto cierto? Veamos la Ley. El artículo 91 indica que:

«Las empresas nacionales se registrarán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.»

Como puede observarse, no hay explicitado que se trate de entidades privadas, sino una referencia al ordenamiento que las regu'ará, que por supuesto no es exclusivamente, como se desprende del propio precepto y la realidad demuestra, el Derecho privado.

El artículo 92,1 manifiesta que:

«Las empresas nacionales habrán de ser constituidas precisamente como Sociedades anónimas de fundación simultánea a su creación y la participación que tengan en su capital el Estado o los organismos autónomos deberá ser siempre mayoritaria, salvo que por Ley se autorice expresamente una menor participación.»

Tampoco el legis'ador explicita aquí el carácter de ente privado de las empresas públicas, sino que, llevado de la confusión ya denotada,

(21) DE MIGUEL GARCÍA señala que dicho párrafo incurre en dos defectos importantes: por un lado parece establecer una ecuación entre los términos empresa pública y empresa nacional, cuando en realidad la relación no es de identidad, sino de género o especie; por otro lado da a entender que el calificativo de «públicas» que se añade a dichas empresas deriva del régimen jurídico aplicable a las mismas, cuando la verdad es que se refiere a la naturaleza del ente que asume su dirección, gestión y responsabilidad. El carácter de las normas que regulan la actuación de un ente nunca puede servir para determinar su naturaleza, pues en otro caso habría que convenir que la Administración pública deja de ser pública cuando se somete al Derecho privado y que los particulares adquieren la condición de entes públicos cuando entre ellos y la Administración media una relación jurídico-administrativa. *El intervencionismo y la empresa pública*, Madrid, 1974, páginas 295 y 296.

llega a la conclusión de que el régimen de la actividad postula una forma privada de organización. Pero ¿qué queda de la sociedad anónima una vez que el Estado instrumentalmente usa de ella? Prácticamente nada.

La delimitación del objeto social, que responde al principio de especialidad, según el artículo 7.º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y 4.º de la Ley del Plan de Desarrollo, se ve en la práctica vulnerado. En este sentido puede mencionarse la Orden de 3 de noviembre de 1952, en la que se autoriza a las empresas del INI para que puedan presentarse a las licitaciones de obras y servicios relacionados con sus respectivos objetos sociales, añadiendo que podrán hacerlo también en los demás casos cuando estén autorizadas en cada una de ellas por Orden ministerial acordada en el Consejo de Ministros.

El régimen de órganos de gobierno, en cuanto a su estructura y composición, en nada se parece a una sociedad anónima privada.

Lo mismo puede decirse de las importantísimas excepciones que a la Ley de Sociedades Anónimas establecen la Ley de Patrimonio del Estado, la Ley del Plan de Desarrollo y la Ley del INI, en materia del régimen de acciones y de obligaciones (22).

(22) *El régimen de las acciones en las empresas públicas.*—Por lo que respecta a las empresas municipales y provinciales, el artículo 29-2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales establece que la Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la empresa (se refiere a empresas municipales o provinciales), y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades, salvo en los supuestos regulados por la sección cuarta.

Por su parte, el artículo 103 de la Ley del Patrimonio del Estado establece para las empresas del Estado que la enajenación de títulos requerirá acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, cuando el valor de los que se pretenda enajenar no exceda del 10 por 100 del importe de la participación total que el propio Estado ostente en la respectiva empresa. En ningún caso podrá el Gobierno acordar, dentro de un mismo año, la enajenación de acciones o participaciones que rebasen el porcentaje indicado. 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 (la empresa dejaría de ser nacional), deberá ser autorizado por Ley. Excepcionalmente, el Ministerio de Hacienda para enajenar los títulos que por su número no puedan considerarse como auténticas inversiones patrimoniales. El sistema de venta es en principio el de la Bolsa, mediante remisión de los mismos a la Junta Sindical con la orden de venta. Si no se cotizan en Bolsa, se enajenan mediante pública subasta, a no ser que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, acuerde la enajenación directa. El procedimiento en cada caso puede ser fijado por el propio Ministerio. Debemos señalar que el sistema enunciado se refiere a las acciones del Estado y no a la de sus Organismos autónomos.

Finalmente hay que citar aquí también lo prevenido en el artículo 4.º-6 de la Ley del Plan de Desarrollo, que establece que cuando el Gobierno, a juicio del Ministerio competente, o del Organismo autónomo correspondiente, hubieran desaparecido las causas que motivaron la creación de una empresa nacional, podrá

Como ha puesto de manifiesto BROSETA, las sociedades públicas ocasionan graves inconsecuencias por comparación con las entidades so-

proponer al Gobierno la enajenación de las participaciones del Estado o de los Organismos autónomos. La enajenación de los títulos se realizará conforme a lo dispuesto en la Ley del Patrimonio del Estado, en el grado y medida que las circunstancias lo aconsejen. En tal caso, el Ministerio de Hacienda, previo informe del de Trabajo y de la Organización Sindical, facilitará al personal de la empresa la adquisición de las acciones que se enajenen, en la forma prevista en la Ley de Fondos Nacionales.

De los transcritos preceptos se deduce una serie de consecuencias que debemos ordenar: en primer lugar, hay que diferenciar el problema de las acciones en empresas que pertenecen en su totalidad a la Administración y de las empresas en que el Estado es sólo un partícipe. Con relación a las primeras, el papel tradicional de la acción es más problemático que en las segundas. Con relación a aquéllas, BROSETA ha podido decir que en las empresas públicas no existe el régimen de acciones, ya que no tiene sentido decir que la acción es parte alícuota del capital cuando no se la utiliza como medio de financiación, así como medio de medir la intensidad de los derechos, puesto que éstos suponen pluralidad de miembros que no se dan aquí, ni decir que son título-valor cuando la Ley dice (se refiere a las empresas locales) que son intransmisibles ni sirven para asistir a las juntas generales, ya que a éstas se asiste por ser miembro de una Corporación y no se pueden impugnar por el único accionista los acuerdos de sí mismo.

Creemos, sin embargo, que, salvo las cuestiones de transmisibilidad, de los que a continuación nos ocupamos, todos los defectos enunciados se dan también en la sociedad anónima unipersonal sobrevenida, que de hecho juega en nuestra práctica mercantil. De otra parte, las acciones de las sociedades anónimas públicas adquieren su papel normal al convertirse la empresa en mixta.

Veamos a continuación los problemas de la transmisibilidad de las acciones. Existen aquí tres problemas fundamentales, que son: a) la compatibilidad entre el principio de la libre transmisibilidad y el de la pretendida intransmisibilidad de las acciones en manos públicas; b) la incompatibilidad del tanteo y preferencia de los accionistas en relación con la enajenación de las acciones en mano pública y el principio de la subasta, y c) la incompatibilidad de los derechos de preferencia con el capitalismo popular.

Con relación a la primera cuestión, más que de intransmisibilidad de las acciones habría que hablar de transmisibilidad, de acuerdo con las normas administrativas. Estas, en principio, no son bienes de dominio público y, por tanto, no son inalienables, solamente han de transferirse de acuerdo con los principios administrativos que marca para estos casos la autorización del Gobierno o de una Ley en supuestos de venta de más del 10 por 100 de la participación estatal, o cuando el Estado pierda la condición de mayoritario. No conviene olvidar que estas ideas responden perfectamente a la transmisibilidad de los bienes patrimoniales del Estado.

En principio no hay que rechazar la posibilidad estatutaria de los derechos de tanteo o preferencia en favor de accionistas en las empresas públicas. Ciertamente ello podrá oponerse a la subasta, pero no conviene olvidar que el artículo 104 de la Ley del Patrimonio ofrece la suficiente flexibilidad para no imponer automáticamente la subasta.

Finalmente, el supuesto de capitalismo popular contenido en el artículo 4.º-B de la Ley del Plan de Desarrollo sólo se da como posibilidad, y ella sólo jugará cuando el tanteo o la preferencia no estén estatutariamente establecidos.

En cuanto a la adquisición de títulos por el Estado es necesario el acuerdo del Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda, según establece el artículo 100 de la Ley del Patrimonio del Estado. Por lo que respecta a las Corporaciones locales, el artículo 11 del Reglamento de Bienes de dichas Corporaciones, de 27 de mayo de 1955, establece que la adquisición de valores mobiliarios (a título oneroso) necesita autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del de Hacienda, y si consistiere en acciones de una sociedad mercantil, la autorización

cietarias privadas, reguladas por la Ley de Sociedades Anónimas. Su constitución, señala el mencionado autor, por una «disposición normativa»; los estatutos que las regulan no son expresión del acuerdo de

no podrá extenderse a más del 50 por 100 del total de aquéllas (hay que entender del total del capital, pues la existencia de acciones de varias series de distinto valor hace que no siempre el 50 por 100 de las acciones sea el 50 por 100 del capital), salvo cuando mediaran las formalidades para la constitución de la empresa mixta, o municipalización o provincialización de servicios. En cuanto a las formalidades de adquisición, el Reglamento de Bienes se remite al Reglamento de Contratación, que establece fórmulas rígidas de adquisición. Tales formas no son necesarias en los casos de municipalización o provincialización.

Finalmente, el artículo 6.º de la Ley creadora del INI establece que la adquisición o venta de participaciones en acciones, como asimismo la concesión de financiamientos, cuando la operación exceda de cinco millones de pesetas necesitarán previa autorización del Ministerio de Hacienda. La adquisición de participaciones accionarias o la venta de acciones requerirá la aprobación del Gobierno cuando representen la reunión en el Instituto de la mitad, por lo menos, de los votos que correspondan a las acciones de la sociedad, o bien cuando reduzcan la preexistente participación del mismo a una cuota inferior a la indicada.

El precepto transcrito, como puede verse, es más flexible que el artículo 100 de la Ley del Patrimonio, y, a nuestro juicio, para el INI no están derogadas por la expresada Ley, ya que ésta sólo se refiere a las adquisiciones del Estado, pero no a la de sus Organismos autónomos.

Régimen de las obligaciones.—Con relación a esta materia son de destacar los siguientes preceptos:

a) El artículo 8.º de la Ley del INI, que admite la conversión de acciones en obligaciones en los casos de expropiación de empresas. Es un interesante problema jurídico de conversión con muchas facetas, como son si el importe de las obligaciones es o no el valor nominal de las acciones o su valor real, si constituye o no un convenio expropiatorio y si se puede dar o no el derecho de reversión del expropiado.

b) El artículo 5.º de la propia Ley, que establece una serie de beneficios para las obligaciones del INI, ampliados por disposiciones posteriores. El plazo de las obligaciones no será inferior a veinte años, siendo necesaria la apropiación por Decreto de la emisión. Por su parte, el artículo 18 y siguientes del Reglamento de 22 de enero de 1942 establece que las obligaciones podrán adscribirse a una empresa en concreto. MARTÍN-REYORTILLO, comentando esta materia, señala cómo además del INI las empresas pueden también omitir obligaciones siempre y cuando estén debidamente autorizadas para ello, obligaciones que gozan de ciertos beneficios fiscales, estando además admitidas para constituir reservas de Sociedades de Seguros y de las Mutualidades Laborales.

c) El artículo 105 de la Ley del Patrimonio del Estado, que establece, en cuanto sea posible, la aplicación del régimen previsto para las adquisiciones del Estado, a la adquisición, tenencia y enajenación de obligaciones o títulos análogos pertenecientes al patrimonio del Estado.

Estatutos.—Las normas singulares que configuran a una sociedad adquieren fuerza jurídica en el Derecho privado en virtud del pacto de los socios y de la inscripción en el Registro Mercantil, así como accionistas y de la inscripción registral correspondiente.

Aunque ello resulta también así en muchas ocasiones en las empresas públicas, observamos, también a veces, que el estatuto o normas singulares de estas entidades se producen por la vía de las fuentes del Ordenamiento jurídico y no por la vía del pacto. Así ocurrió, por ejemplo, con los Bancos nacionalizados. La personalidad es pública, pero se excluyen de la Ley de Organismos Autónomos (al considerarse incluidos en su artículo 5.º, que es el precepto que excluye de la Ley a las entidades allí citadas) por lo que sus estatutos están por encima de la Ley de 26 de diciembre de 1858. Ahora bien, esos estatutos o normas primarias singu-

los fundadores, sino un acto de imperio unilateral; no existe el derecho o régimen de las acciones, que es esencial en toda sociedad anónima; falta la Junta general entendida como órgano deliberante; el nombra-

lares tienen nada menos que el rango de Decreto-ley (fundamentalmente son casi todos de 20 de julio de 1962), y como tal norma de Derecho objetivo son susceptibles de ser reglamentados jurídicamente, teniendo esta publicidad del «Boletín Oficial», primacía sobre el Registro Mercantil. Esto determina que frente a las decisiones administrativas en esta materia quepan las garantías de la justicia administrativa (recursos gubernativos y contenciosos) más que las garantías registrales.

Por lo que respecta a la RENFE, su estatuto constituye una disposición administrativa, publicada por Decreto de 23 de julio de 1984, que se antepone incluso a las normas del Derecho privado que juegan supletoriamente en relación a dichos estatutos (véase el artículo 4.º del citado Decreto).

Aquellas empresas públicas que funcionan como Organismos autónomos se regulan por sus estatutos, que han de ser aprobados por Ley, estableciéndose en el artículo 6.º-3 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas el contenido de dichos estatutos (funciones a realizar, Ministerio del que dependen, bases generales de su organización, órganos colegiados, acuerdos, bienes y medios económicos), que han de respetar la Ley de Entidades Estatales Autónomas, que es el Derecho general que las rige.

Por lo que respecta a la Administración local, los artículos 175 y 176 presuponen la escritura pública como forma de constitución de las empresas municipales y de las empresas mixtas. Por su parte, el Reglamento de Servicios, al regular la empresa municipal, vuelve a hablar de los estatutos y de la forma de sociedad anónima y de las disposiciones mercantiles, añadiendo, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento, que, por lo tanto, se aplica con preferencia al Derecho mercantil, y el 103, al regular las empresas mixtas, establece la constitución por escritura pública en forma de sociedad mercantil comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada. Por cierto, que al examinarse las formas de constitución de las empresas mixtas se menciona el convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el estatuto por el que hubiese de regirse en el futuro. En resumen, por lo que respecta a la Administración local, el régimen de estatutos está más de acuerdo con las técnicas tradicionales del Derecho mercantil.

Otro tanto cabría decir también de las empresas del INI. En otras ocasiones, la empresa pública surge mediante convenios con otras empresas ya existentes, entre los cuales suele figurar una modificación de los estatutos existentes para acomodarnos a la nueva situación, en la que la totalidad del capital pasa a mano pública, lo que también suele ocurrir cuando el INI pasa a formar parte de una sociedad ya existente sin adquirir todo su capital.

El Consejo de Administración.—La circunstancia de que en determinadas empresas públicas de total propiedad administrativa no exista junta general hace que las facultades del Consejo se aumenten, pero, de otra parte, la circunstancia de que el verdadero propietario de las empresas tenga sus propios órganos de gobierno (Consejo de Ministros, Ayuntamientos, Consejo del INI, etc.) determina a la inversa que muchas e importantes facultades de los Consejos de Administración y de las juntas generales de accionistas se trasladen a los órganos del Estado de los Organismos autónomos o de las Administraciones locales de las que tales empresas dependen.

En el extranjero, en ciertos países, ha habido una cierta tendencia a una fórmula tripartita en el gobierno de las empresas públicas mediante Consejos que integran a representantes del Estado, del personal y de los consumidores.

Por otra parte, la figura del Consejero en una empresa pública no deja de ser singular, ya que él no está en el Consejo por ser titular personal de parte del capital social, sino porque ha sido nombrado Consejero por la Administración propietaria del capital. El Consejero no va a sufrir en su propio capital las consecuencias de una mala gestión, y por ello la designación para estos cargos es algo delicado, que no debe otorgarse para premiar otros servicios. El Consejero

miento y revocación de los administradores está sujeto a un régimen peculiar; finalmente, no parece verosímil reconocer a las empresas

está sometido a las instrucciones que recibe de la Administración (arts. 101 de la Ley del Patrimonio del Estado y 33 del Reglamento del INI).

Basta leer los artículos 101 de la Ley del Patrimonio del Estado, 33 del Reglamento del INI y 4.º y 5.º de la Ley del Plan de Desarrollo para comprender el gran vaciamiento de competencia que se produce en las normales atribuciones del Consejo de Administración de una sociedad anónima. El último dice que el Gobierno, a propuesta del Ministerio o del Organismo autónomo de que dependan las empresas nacionales (INI), este último por conducto del Departamento a que esté adscrito, y previo informe de los Ministerios interesados, del de Hacienda y de la Comisaría del Plan de Desarrollo, aprobará los programas de inversiones y de actuación de dichas empresas, de cuya realización conocerá el Ministerio competente por razón de la materia. Dichos programas serán publicados regularmente, y en ellos se señalarán los criterios a que habrá de ajustarse su financiación. Basta leer, por ejemplo, el programa de actuación de las empresas del INI para 1964 (Orden de 21 de septiembre, «BOE» de 22 de septiembre) para comprender que el verdadero gobierno financiero no radica en los Consejos de Administración de las empresas nacionales.

En la RENFE es el Gobierno quien nombra a los doce Consejeros, que lo serán con independencia de los representantes del personal; se marcan minuciosamente sus atribuciones y sus relaciones con el Gobierno, con el Ministerio de Obras Públicas, de Hacienda y con los respectivos Delegados de estos Ministerios en la RENFE.

Conviene señalar que la primacía que la Administración realiza en las empresas públicas nacionales se debe al Derecho administrativo más que al régimen privado de estas sociedades, y da lugar a lo que entre nosotros ha llamado VILLAR PALASÍ la tutela integrativa. Conviene señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1932 sobre amovilidad de los Consejos del Estado en la CAMPSA.

Por lo que respecta a los Consejeros de las empresas locales públicas de carácter unipersonal, no se nombrarán por menos de dos años ni períodos superiores a seis. Su número depende de la escala de población, varía entre 5 y 9, y como máximo un tercio de Consejeros pertenecerán a la Corporación (arts. 93 y 94 del Reglamento de Servicios). En lo tocante a las empresas mixtas locales, los artículos 106 y siguientes del citado Reglamento ofrecen la regulación del Consejo. Los representantes de la Corporación son nombrados por ella.

La junta general de accionistas.—Puede señalarse, en relación con las empresas públicas unipersonales, que la junta general de accionistas prácticamente no existe, ya que, como dice BROSETA, nadie puede deliberar consigo mismo, y de hecho son los órganos administrativos promotores (del Estado, de la Provincia, del Municipio, del INI) los que deciden sobre las más importantes materias; reservadas tradicionalmente a la junta general de accionistas (art. 4.º de la Ley del Plan de Desarrollo, art. 92 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). En la organización de otras muchas empresas públicas unipersonales falta por completo la junta general, como en los Bancos nacionalizados y en la RENFE.

Quizá en esta materia el precepto más curioso lo sea el artículo 92 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, que establece que la Corporación asumirá las funciones de la junta general, funcionando como tal bajo las normas del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (y no bajo las normas correspondientes de la Ley de Sociedades Anónimas), aplicándose las normas de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales. La Corporación tendrá las siguientes funciones: a) nombrar el Consejo de Administración, b) fijar la remuneración de los Consejeros, c) modificar los estatutos, d) aumentar o disminuir el capital, e) emitir obligaciones, f) aprobar el inventario y balance anual, y g) las demás que la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a la junta general.

En las empresas mixtas locales que se constituyan por compra de acciones por la Administración de una sociedad existente será la junta general la que podrá

públicas las causas de liquidación previstas para las sociedades anónimas. En suma, la sociedad anónima sirve a la empresa pública totalitaria de máscara, pero no de estructura (23).

De todo lo expuesto, a mi juicio, la conclusión es clara. No puede sostenerse que las empresas públicas, organizativamente, tal y como las prevé la Ley de Entidades Estatales Autónomas, disposiciones posteriores y la realidad estructural vigente de las mismas demuestra, sean sociedades anónimas equiparables a cualquier sociedad privada. Ello es fundamental sentarlo desde este momento cara a nuestra construcción posterior. Lo que acontece, en lo que estamos en presencia, es en una utilización táctica del Derecho privado, de sus esquemas, que se adaptan posteriormente a las exigencias organizativas de la

adaptar los estatutos a las normas sobre empresas mixtas del Reglamento de Servicios. El número de votos de los representantes de la Corporación podrá ser inferior al capital que representan, salvo en los cinco años últimos de la concesión, en que deberá ser igual o superior. Los acuerdos de los órganos de gobierno y administración deben ser adoptados por mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los siguientes casos: a) modificación del acto de constitución o de los estatutos, b) aprobación y modificación de los planes y proyectos generales de los servicios, c) operaciones de crédito, y d) aprobación de balances. Finalmente debe señalarse que los representantes de la Corporación local en los órganos de gobierno y administración serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.

La regulación que se nos ofrece de las empresas mixtas es confusa, ya que se habla de órganos de gobierno y administración, votos proporcionales al capital, todo ello sin distinguir entre el Consejo de Administración y la junta general. Debemos también aclarar que la empresa mixta en la esfera local es sobre todo una entidad concesionaria de servicios públicos y, por tanto, ello explica ese extraño precepto del artículo 106, por el cual el número de votos puede ser inferior a la proporción del capital de la Corporación, salvo en los cinco últimos años. La razón de ello está en que es precisamente en los últimos años de la concesión cuando los socios privados están más remisos a la buena marcha del servicio por estar próxima su reversión. CLAVERO ARÉVALO y PÉREZ MORENO: *Apuntes del IUCE. Empresa Pública*. (Inéditos.)

(23) BROSETA PONT: *Las empresas públicas en forma de sociedad anónima*, en «Revista de Derecho Mercantil» núm. 100, pp. 267 y ss.

Sobre el tema, también DE MIGUEL GARCÍA, *op. cit.*, pp. 336 a 342. PERULLES BASAS: *La empresa pública y su normativa*, Barcelona, 1970, pp. 170 a 176.

En relación con el problema de la quiebra de las empresas públicas, SOSA WAGNER indica: «No creo que exista ninguna imposibilidad teórica de que las empresas públicas, al menos las que adopten forma jurídica societaria, puedan ser declaradas en quiebra. Para ver el problema desde una perspectiva realista hay que ponerlo en conexión, una vez más, con la función económica que la empresa pública desempeñe. Quiero decir que en los casos de que a través de ellos se gestionen típicos servicios públicos, resulta impensable que el mecanismo de la quiebra pueda ponerse en marcha, pues lógicamente el Estado acudiría en su auxilio, otorgándoles la necesaria apoyatura financiera. Sin embargo, en aquellos supuestos en que las empresas públicas realicen prestaciones en condiciones análogas a aquellas en que lo haría cualquier empresa privada, la posibilidad es mayor, aun cuando ello vaya en contra del prestigio del propio Estado como empresario, quien en definitiva siempre detenta en sus manos la posibilidad de salvarlos.» *Op. cit.*, p. 82.

Administración, configurándose de esta forma nuevos esquemas organizativos desconocidos por la organización administrativa de cuño clásico (24).

b) *Quiebras del modelo organizativo.*

Las quiebras al modelo organizativo previsto para las empresas públicas con los planteamientos que hemos hecho, es lógico que se produjeran.

La primera manifestación, ya indicada, la constituyen aquellas organizaciones para realizar fines económicos que siendo sustancialmente empresas públicas se configuran formalmente como organismos autónomos. Estas inconsecuencias del legislador llegan luego hasta el punto de que, como hemos señalado, existen organismos autónomos que su actividad se rige por el Derecho privado.

Pero existe una otra manifestación importante, que se produce al margen de las previsiones de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.

Se trata del caso de auténticas empresas públicas apátridas cuyo régimen organizativo es de Derecho público.

Veamos algunas manifestaciones. La Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre organización y régimen del crédito oficial, crea el Instituto de Crédito Oficial.

Según el artículo 10:

«El Instituto de Crédito Oficial es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, que actúa con plena capacidad para el cumplimiento de sus fines bajo la directa dependencia del Ministerio de Hacienda.»

Toda la organización del Instituto es de Derecho público, y como tal entidad se configura. Basta asomarse a los artículos 12 a 22 para ver que con arreglo al Derecho administrativo se lleva a cabo la actividad organizativa del ente.

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que las sociedades con capital exclusivo del Estado son pertenencias de la Administración. Sus relaciones *ad intra* son de Derecho público; *ad extra*, de Derecho privado, pero siempre está presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 1.ª ed., Madrid, 1974, pp. 256 y 257.

Normas organizativas de Derecho público se contemplan igualmente para las entidades oficiales de crédito (art. 25 de la Ley) que adoptan la forma de sociedades anónimas.

El Decreto 2170/1964, de 23 de julio, aprobó el Estatuto de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (25).

En su artículo 1.º se señala que la RENFE es una entidad con personalidad de Derecho público, actuando en régimen de empresa mercantil. Pues bien, toda su organización, como se desprende de la casi totalidad del Estatuto, es de Derecho público, primando incluso, como se desprende del artículo 4.º, sobre los esquemas organizativos juridico-privados.

La Ley 27/1968, de 20 de junio, Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, regula en su título II los puertos en régimen de Estatuto de autonomía. Según el artículo 16,1, son entidades públicas. Sus esquemas organizativos, como se desprende del artículo 16,2 y de los artículos 18 a 33, son de Derecho público.

E) El ordenamiento regulador de la actividad del modelo organizativo

a) El Derecho positivo.

La exposición de motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, siguiendo el ejemplo de otros países, indica, somete a las empresas públicas a un régimen de Derecho privado, «salvo escasas peculiaridades recogidas en dicho título III», y ello porque la actividad de estas empresas «requieren una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo».

El artículo 91 del texto que analiza indica:

«Las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y las disposiciones aplicables a las mismas.»

Como puede observarse, no puede decirse, a la vista del tenor del precepto, que en su actividad absolutamente estén regidas por el Derecho privado, sino que existe la posibilidad de mixtificación en el régimen jurídico de la actividad.

(25) La base de este estatuto se encuentra en el Decreto-ley 16/1964, de 23 de julio, por el que se modifica el Decreto-ley 27/1962, de 19 de julio, sobre reorganización de la RENFE.

Ello es particularmente claro en la regulación de las que hemos denominado empresas públicas apátridas, en las que, junto con indicarse su naturaleza jurídico-pública, su actividad queda sometida al Derecho público y al Derecho privado.

Así, el artículo 16,1 de la Ley reguladora de las Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, de 20 de junio de 1968, señala:

«Los puertos en régimen de Estatuto de autonomía son entidades públicas que sujetan su actividad al Derecho privado con la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus fines.»

Este tenor, sin embargo, se traiciona en el mismo artículo 16,4, que indica:

«Los puertos autónomos se regirán por la presente Ley, por su respectivo Estatuto de autonomía y, como supletorias, por las normas de Derecho privado.»

El artículo 4.º del Estatuto de la RENFE, Decreto de 23 de julio de 1964, señala que:

«... Actuará en su gestión en régimen de empresa mercantil, con sujeción al Decreto-ley 27/1962, de 19 de julio, modificado por el 16/1964, de 23 de julio, y al presente Estatuto, y en lo no previsto por los mismos, al Derecho privado, procurando obtener una proporcionada rentabilidad de su capital.»

b) *La doctrina española.*

Nuestra doctrina, al examinar el tema del régimen jurídico de la actividad de las empresas públicas, acepta prácticamente y con escasas consideraciones críticas los planteamientos formulados por el Derecho positivo.

SOSA WAGNER señala que el régimen *ad extra* de las empresas públicas es un régimen de Derecho privado. Ello es lógico, porque de esta forma se facilita considerablemente el funcionamiento de las empresas públicas, lo que no ocurriría si se sujetaran a las formalistas normas del Derecho administrativo. Desde una perspectiva horizontal

para el estudio de la empresa, el análisis de sus relaciones *ad extra* correspondería a los privatistas.

El régimen de obligaciones y contratos que afecta a las empresas públicas debe ser de Derecho privado, porque este derecho de obligaciones y contratos es el mismo para todas las empresas, cualquiera que sea su titular. Concluye, no obstante, SOSA WAGNER, indicando que el régimen externo de las empresas públicas está fundamentalmente regido por el Derecho privado (26).

Para DE MIGUEL GARCÍA, no puede afirmarse sin más que el régimen jurídico de las empresas públicas sea el público o el privado, según la naturaleza de la forma que se adopte, porque la presencia de la Administración y la realización de una actividad económica «forzosamente van a ejercer una recíproca y opuesta "vis atractiva" hacia un régimen u otro, cuyo resultado será la coexistencia de ambos, con predominio diferente según los casos» (27).

MARTÍN MATEO señala que las relaciones *ad extra* de las empresas públicas son de Derecho privado, pero siempre existe una preponderancia estatal o se da alguna penetración del ordenamiento administrativo (28).

BAENA DEL ALCÁZAR indica que el argumento de la no aplicación del Derecho administrativo a las empresas nacionales no es tan poderoso como pudiera pensarse a primera vista, como se desprende de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y de la Ley de Patrimonio del Estado (29).

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ existe un supuesto específico en el cual la huida del Derecho administrativo general puede justificarse parcialmente: el caso de las empresas públicas que

(26) SOSA WAGNER, *op. cit.*, pp. 80 y 86. Señala cómo en el Derecho francés el Consejo de Estado ha admitido desde hace ya bastante tiempo la competencia de la jurisdicción ordinaria sobre las relaciones jurídicas de las empresas públicas, aunque quedan materias que van al Consejo de Estado: posibilidad para las empresas públicas de llevar a cabo contratos administrativos, existencia de personal con carácter de funcionario. Página 81.

(27) DE MIGUEL GARCÍA, *op. cit.*, p. 383.

(28) MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*, Madrid, 1974, páginas 58, 59 y 67.

(29) BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 152. «Lo que sucede es que en muchos casos la diferencia sustancial (en cuanto opuesta a la formal) entre Organismos autónomos y empresas nacionales es bastante pequeña, ya que la decisión estatal respecto a la creación de uno u otro tipo de organismos ha dependido del interés en matizar o no que la cúspide de la organización del ente a crear se rija, y por cierto en muy pequeña parcela, por el Derecho público. Pero cualquiera que haya sido la decisión es claro que las empresas nacionales se encuentran obligadamente en conexión con la total organización administrativa.» Páginas 152 y 153.

actúan en el tráfico sometidas a un régimen mercantil al nivel de las empresas comerciales privadas (30).

b) *Algunas quiebras al régimen jurídico privado de la actividad de las empresas públicas en el Derecho español*

Ya hemos expuesto cómo nuestro ordenamiento vigente no prevé de forma exclusiva la operatividad del Derecho privado en la actividad de las empresas públicas.

Como señala DE MIGUEL GARCÍA, «la adopción de formas privadas para la realización por la Administración de actividades económicas está plenamente justificada desde el punto de vista de la naturaleza de dichas actividades. Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, concebidas las citadas formas para ser utilizadas por los particulares, la presencia de la Administración forzosamente ha de provocar ciertas distorsiones» (31).

1. *Actividad relativa a los bienes.*—El régimen de uso no es simplemente el de Derecho privado.

Respecto de la RENFE, el artículo 28 de su Estatuto indica que los bienes integrados en RENFE conservarán los caracteres y condiciones que correspondan a los bienes del Estado con arreglo a las leyes.

2. *Privilegios.*—La RENFE, en el ya mencionado artículo 28 del Estatuto, tiene las facultades de recuperación posesoria según la naturaleza de los bienes.

3. *Contratación.*—No puede sostenerse sin más, y como expøndremos más detenidamente en otro momento, que los contratos privados de las empresas públicas excluyan trámites, normativa jurídico-administrativa, a la vista de la sola lectura de los artículos 4.º de la Ley de Contratos del Estado y 8.º de su Reglamento.

4. *Actividad en general.*—El artículo 24,1 de de la Ley 27/1968, de 20 de junio, Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, señala que:

«Los acuerdos que dicten los órganos de gobierno de los Puertos autónomos no tendrán carácter de actos administrativos, y de las pretensiones que en relación con

(30) *Op. cit.*, p. 243.

(31) *Op. cit.*, p. 343.

ellos se deduzcan conocerá la jurisdicción que en cada caso corresponda, sin necesidad de formular la reclamación previa en la vía gubernativa.»

Sin embargo, el apartado 2 indica que no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Los recursos referentes a la aplicación de las tarifas por servicios habrán de interponerse en la vía económico-administrativa; y

b) Los recursos de los usuarios por razón del servicio no comprendidos en el número anterior se formularán ante el Delegado del Gobierno, cuyas resoluciones causarán estado en la vía administrativa y podrán impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 68 del Estatuto de la RENFE señala que:

«RENFE está sometido a las normas comunes sobre competencia y jurisdicción aplicables a las personas de Derecho privado, con las siguientes particularidades:

2.º Las resoluciones de los recursos de alzada contra los acuerdos de RENFE formulados por los usuarios de los servicios, encomendada por razón de la materia al Ministerio de Obras Públicas, será atribuida a la Delegación del Gobierno y tendrá la consideración de acto administrativo definitivo a los efectos de su posible impugnación en vía contencioso-administrativa.»

F) *Concepto de empresa pública en la doctrina española*

Para terminar con esta exposición de las cuestiones jurídicas fundamentales que plantea la empresa pública hemos dejado conscientemente para el último momento la determinación de las posiciones doctrinales en nuestro país.

Y ello porque, como se verá del conjunto de ellas, las vacilaciones, imprecisiones y confusionismos del legislador aparecen en alguna de estas posiciones, donde los planteamientos estrictamente formales priman sobre los sustantivos o materiales.

Un concepto estricto de empresa pública fue formulado por VILLAR PALASÍ hace ya años. Para este autor, la empresa pública es una forma específica de la actividad industrial del Estado, que se caracteriza por estar sometida a un régimen de Derecho público, lo que excluye las sociedades estatales en forma mercantil (32).

GARCÍA DE ENTERRÍA distingue entre gestión directa diferenciada mediante personificación pública y sometida a un *status* de Derecho público (establecimiento público) o de Derecho privado (empresa pública) (33).

GARRIDO FALLA señala que es empresa pública cualquier forma de entidad administrativa o empresa mercantil poseida por el Estado que, por razón de interés público, o simplemente de lucro, asume la gestión de una actividad susceptible de explotación económica, con el riesgo inherente a tal explotación (34).

Este criterio amplio sobre la empresa pública es aceptado también por ALBIÑANA, quien destaca dos elementos constitutivos en la empresa pública: la realización de una actividad económica, de modo exclusivo o preponderante, regida o condicionada por las fuerzas del mercado, y la persecución y cumplimiento de fines de utilidad pública o colectiva (35).

(32) VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA.

(33) *La actividad mercantil e industrial de los Municipios*, núm. 17 de esta REVISTA, pp. 131 y ss.

(34) GARRIDO FALLA: «La empresa pública en el Derecho español», en *La Empresa...*, ob. cit., vol. 55, pp. 869 y 870.

(35) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA: *El concepto de empresa pública en las cuentas económicas de 1966*, separata de la revista «De Economía» núm. 114, Madrid, 1970.

Este criterio amplio se observa en algunos documentos e informes. Para el Centro Europeo de la Empresa Pública tienen esa condición «todas las empresas en las que el poder público, aunque no posea una participación mayoritaria, dispone de parte del capital y de medios de presión suficientes para ejercer un control ejecutivo de la sociedad».

El Informe BALOG, sobre «La organización administrativa de las empresas públicas», presentado en el XIII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, celebrado en julio de 1965, destaca estas notas de las empresas públicas:

a) Haber sido creados por el Estado o por un Organismo público, o con la participación de uno y otro.

b) Estar dotados de personalidad jurídica.

c) Ejercer sus actividades provenientes del dominio económico sobre la base de la autonomía y conforme a principios económicos.

d) No pertenecer a particulares, aunque el capital privado pueda participar en ellas.

Para PÉREZ MORENO, las empresas nacionales son un sujeto organización, constituyendo una manifestación de la descentralización administrativa (36).

MEILÁN GIL señala que el camino para la delimitación conceptual de la empresa pública estaría marcado por las siguientes notas:

a) Consideración de la empresa pública como una realidad económica y no como un ente jurídico.

b) Necesaria presencia de la Administración controlando internamente la empresa en calidad de accionista mediante los procedimientos jurídico-privados o por procedimientos exorbitantes de Derecho privado cuando su participación es minoritaria.

c) Actividad predominantemente económica, industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas (37).

Para MENDOZA OLIVÁN, el concepto de empresa pública se determina por un análisis previo de sus dos elementos integrantes: en primer lugar, se trata de una empresa, entendida como una unidad económica resultante de la organización de medios personales y materiales para el ejercicio de una actividad económica; en segundo lugar, la empresa es pública, es decir, que la propiedad y la dirección de la misma corresponden a una Administración pública (38).

Planteamiento similar al de MEILÁN y MENDOZA OLIVÁN es el de DE MIGUEL GARCÍA, quien señala cómo el punto de partida de todo intento descriptivo de la empresa pública debe ser su consideración como realidad económica y no como figura jurídica concreta (39).

Toda empresa pública supone la existencia de tres notas esenciales: presencia de la Administración, individualidad y realización de una actividad económica (40).

La acentuación de la idea de control como básica para definir la empresa pública es sostenida por MARTÍN MATEO y SOSA WAGNER.

MARTÍN MATEO señala que para la existencia de una empresa pública es necesario que la organización que la anima se encamine al

e) Estar reguladas sus relaciones con el Estado en lo concerniente a controles y participación en la gestión por disposiciones legales generales o por el plan general o el programa de actividades o desarrollo económico.

(36) PÉREZ MORENO: *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969, pp. 86 y ss.

(37) MEILÁN GIL: «Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España», en *La empresa pública en España*, ob. cit., pp. 230 a 232.

(38) MENDOZA OLIVÁN, op. cit., pp. 104 y 105.

(39) DE MIGUEL GARCÍA, op. cit., p. 294.

(40) DE MIGUEL GARCÍA, op. cit., p. 300.

interés general y, por tanto, esté a disposición de los titulares representativos que dominan los centros públicos de poder.

El control estatal, bien por vías íntegramente públicas, bien a través de facultades excepcionales que materializan su dominio sobre una empresa privada, es dato decisivo (41).

SOSA WAGNER, después de analizar las dos notas que integran el concepto empresa pública, manifiesta que «la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público. Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública; en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público» (42).

Desde mi punto de vista, la crítica más acertada que se ha hecho a estas posiciones doctrinales es la realizada por BAENA DEL ALCÁZAR, quien señala cómo lo más sencillo, al margen de la forma jurídica, es admitir que las empresas nacionales son una prolongación de la organización administrativa, manipulada por el Estado de tal forma que se les aplique en parte un derecho distinto del Derecho administrativo, de forma análoga a lo que ocurre respecto de numerosos organismos autónomos. Esta interconexión de las empresas nacionales y la total organización del Estado explica que exista a veces alguna posibilidad de intercambiar elementos de la organización (43).

G) *Valoración del modelo organizativo y del ordenamiento regulador de la actividad de las empresas públicas*

Verificado el análisis de las cuestiones fundamentales suscitadas por las empresas públicas, y examinadas las respuestas que el ordenamiento jurídico y doctrina españolas dan a las mismas, es imprescindible realizar una valoración del modelo organizativo y del ordenamiento regulador de la actividad de las empresas públicas antes de exponer nuestros planteamientos sobre ambas cuestiones fundamentales.

Según las conclusiones del estudio de «Iberplan» sobre las empresas públicas en España, éstas necesitan de una adecuada ordena-

(41) MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

(42) SOSA WAGNER, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

(43) BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*

ción dentro de la economía nacional, de una sistematización interna del conjunto de empresas públicas y de una organización y gestión a nivel particular de cada empresa (44).

A juicio de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, para ponderar el resultado y gestión de nuestras empresas públicas es necesario llevar a cabo un análisis institucional. Partiendo de los objetivos que le fueron asignados al INI en su Ley fundacional-gestión antimonopolio, autarquía económica nacional y apoyo destinado a la industria destinada a la defensa nacional, puede decirse que ninguno de ellos se ha alcanzado de forma decisiva y plena por el INI. Incluso los resultados han sido obtenidos a un costo elevado en exceso desde un punto de vista económico y social (45).

Para TAMAMES, el papel que las empresas públicas desempeñan en el desarrollo económico es más bien modesto; de hecho, se ha renunciado a propósitos de envergadura, a convertirlas en punta de lanza. La empresa pública, a la postre, se ha acomodado al resto de la economía nacional, convirtiéndose en un apoyo de la misma, en lo que la crítica marxista llama capitalismo monopolista de Estado.

La empresa pública en España, con esquemas organizativos inadecuados, con una inadecuada política de inversiones y financiación, con una dedicación preferente a provincias que no son precisamente subdesarrolladas, ha sido prácticamente domada por la empresa privada (46).

A nuestro juicio, y desde el punto de vista de los fines colectivos que la empresa pública tenía que satisfacer, los juicios deben ser más severos, que ilustrativamente han sido iluminados por BAENA DEL ALCÁZAR.

A su juicio, «la actuación estatal en la vida económica se realiza apoyándose básicamente en las empresas privadas, lo que se traduce, en el plano orgánico en que dichos empresarios y la representación y defensa de sus intereses son acogidos en el seno de la organización estatal, que no gestiona exclusivamente el interés público, sino además unos determinados intereses de clase o grupo (47).

Ello motiva, lógicamente, la incardinación de representantes de grupos de presión privados en los órganos administrativos.

(44) Conclusiones que pueden examinarse de forma detenida en *La empresa pública en España*, ob. cit., pp. 447 a 472.

(45) MARTÍN-RETORTILLO, S.: «La empresa pública como alternativa. Un análisis del sistema español», en *La empresa...*, ob. cit., pp. 147 y 148.

(46) TAMAMES, op. cit., pp. 397, 412 y 419 y ss.

(47) BAENA DEL ALCÁZAR: «La estructura administrativa del Estado contemporáneo».

Esto es un hecho palmario en las empresas públicas, en forma de sociedades privadas, en cuyos Consejos de Administración, además de los representantes del capital público, se sientan otros del privado, que son habitualmente los titulares de intereses en otras grandes empresas privadas, a veces del mismo sector económico (48).

A nuestro juicio, la actuación del Estado a través de las empresas públicas no ha sido, ni mucho menos, satisfactoria desde el punto de vista de aquellos sectores que debieran haber sido los más beneficiados y de preferente atención. La empresa pública ni ha servido a los intereses de las clases trabajadoras, de los consumidores, en general, ni a los de las provincias menos desarrolladas, ni ha socializado ganancias, sino sólo pérdidas, entre otras razones, por causa del modelo organizativo y ordenamiento regulador de su actividad.

El fenómeno de la empresa pública, que atacaba frontalmente los esquemas organizativos clásicos de la Administración pública y la propia concepción del Derecho administrativo, requería, y requiere básicamente, una labor creativa en torno a la problemática de la organización administrativa y a una concepción de un ordenamiento propio, común, con principios jurídico-privados y jurídico-públicos para las empresas públicas.

Sin embargo, ello no ha sido así. La actuación del Estado como empresario, sometido a los esquemas jurídico-privados, desprovisto de la *puissance*, ha sido lesiva para la comunidad, en una valoración de conjunto, y beneficiosa para el capitalismo español. Al entrar la empresa pública en el juego de este capitalismo, incrustado, gobernando el propio Estado, ha caído presa en sus redes. El Derecho privado, el Derecho mercantil, es fundamentalmente, aunque ello no debiera ser así, un Derecho al servicio, pensado por y para un determinado sistema socioeconómico.

Abandonando el principio de legalidad y juridicidad, sometiéndose a la disciplina jurídico-privada, el control de la actividad de las empresas públicas ha escapado a la sociedad, a la Administración y a los propios tribunales. Una vez más, los intereses sectoriales, de grupo, han prevalecido sobre los colectivos. La realización de los enfáticos postulados del Estado social de Derecho se ven paralizados por la estructura socioeconómica, en abierta contradicción con aquellos postulados.

neo.» Lección inaugural del curso académico 1976-77 en el Colegio Universitario San Pablo (CEU), Madrid, 1976, p. 20.

(48) BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 23.

II

POSIBLES PLANTEAMIENTOS DE «LEGE FERENDA» DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

A) *Consideraciones previas*

El análisis que he realizado de los fines, concepto, naturaleza jurídica y ordenamiento regulador de las empresas públicas es absolutamente imprescindible para poner de relieve, como creo que así lo he hecho, las contradicciones, ambigüedades e incertidumbres en las que se debate nuestro ordenamiento y nuestra doctrina a la hora de enfrentarse con la empresa pública.

Todo esto, como también ya se indicó, ha provocado la inoperatividad grave de las empresas públicas en las funciones que tenía asignadas.

En este momento, por tanto, estamos ya en situación de estructurar, con un planteamiento de *lege ferenda*, como dijimos, las cuestiones básicas relativas a la empresa pública.

B) *La naturaleza jurídica de la empresa pública. Sus fines como condicionantes de la naturaleza jurídica*

En otro momento se destacó cómo los fines de la empresa pública, directos e inmediatos, deben ser fines colectivos, de interés general.

Como señala STAMMATI, cualquiera que sea la forma jurídica con que se presente la empresa pública, la característica común a todas es tratarse siempre y en todo caso de instrumentos utilizados por el Estado para conseguir sus fines (49).

El que el Estado reconozca a algunas empresas gestionadas directa o indirectamente por él la necesidad de que se comporten como cualquier empresa privada, sea en cuanto a su forma jurídica o conducta económica, ello no significa que le reconozca una identidad de fines con aquélla; significa, por el contrario, que el Estado considera necesario, respecto a los fines que se ha propuesto conseguir, ese tipo

(49) STAMMATI, *op. cit.*, p. 51.

de forma y de comportamiento como más conforme a empresas que deben operar en el marco de una economía de mercado (50).

Fines directos e inmediatos de interés general, por tanto, en la empresa pública que condicionan el problema de su naturaleza jurídica, cuestión que, a nuestro juicio, debe despejarse previamente antes de formular un concepto de empresa pública.

El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo.

Pero existe otro factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional.

La organización administrativa tradicional se vertebra en torno a la personalidad única del Estado, constituida su Administración por un conjunto de órganos sin personalidad, con unas relaciones interorgánicas muy decantadas y con unos controles jerárquicos perfectamente delimitados. Igualmente delimitados estaban los aspectos patrimoniales y personales de estos órganos.

La capacidad de personificación del Estado, que se va a p'asmar fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales.

En efecto, para satisfacer los fines para los que se crean las empresas públicas no sirven los esquemas organizativos tradicionales, pero el legislador y la doctrina, en lugar de enfrentarse con la transformación, con un nuevo estudio, con la propuesta de nuevas fórmulas organizativas, prefiere someter a las empresas públicas, con todas las contradicciones e inconsecuencias, al concepto de entes privados de carácter societario.

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas.

La consideración de la empresa pública como ente público es sos-

(50) STAMMATI, *op. cit.*, p. 51.

tenida por GUARINO, que al hablar del Estatuto de las empresas públicas seña'a que el ente público (empresa pública) está ligado a él (51).

Para ROVERSI-MÓNACO es incontestable la naturaleza publicística de las empresas públicas, aunque con lo que él denomina publicidad pasiva (52).

Según BENVENUTTI, desde el punto de vista organizativo, para el administrativista el problema de la empresa pública hay que encajarlo en la organización administrativa del Estado. No es un órgano, sino un elemento de la organización. Es más, el problema de la empresa pública es el moderno problema de la organización administrativa. La empresa pública interesa no tanto al Derecho mercantil, cuanto al Derecho administrativo. La publicidad de la empresa consiste en una publicidad en su organización y la posibilidad de que intervenga el Estado organización (53).

Para BERTI es indudable el carácter de ente público de las empresas públicas de órgano administrativo, aunque con una actividad jurídica diversa de los órganos administrativos tradicionales.

Manifiesta que el organismo público que gestiona una empresa, o que en sí es una empresa, tiene naturaleza distinta del ente público y del órgano público inserto en la actividad jurídica. El título de su publicidad reside en ser instrumento en relación con la voluntad, determinaciones y directrices del órgano público con el que se encuentra vinculado; es más, su carácter público reside en el hecho de que ha sido creado para desarrollar tareas ejecutivas frente a las manifestaciones de poder imputables al órgano al que pertenece. Se trata de una publicidad de grado menor, de un reflejo de publicidad (54).

Estas empresas públicas pueden tener o no personalidad jurídica. Ante todo, es de gran importancia el aspecto relativo a su base patrimonial y financiera; para algunos, se puede decir incluso que el aspecto en el que se pone más de manifiesto su dependencia de la Administración está en el régimen patrimonial, financiero y contable,

(51) GUARINO, *op. cit.*

(52) ROVERSI-MÓNACO: «Consideraciones sobre los entes autónomos de gestión», en *La empresa...*, *ob. cit.*, vol. II. También puede verse en *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, p. 150.

(53) BENVENUTTI: *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, «Rivista delle società», 1962, marzo-junio. Señala cómo la empresa pública es un modo de articularse y manifestarse el Estado en un mundo que no le pertenecía hasta ahora.

(54) BERTI: *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, página 506.

bien porque se beneficien de aportaciones de la hacienda estatal, bien porque los instrumentos financieros los obtengan, en parte, por el desarrollo de su actividad. En tal caso, su publicidad estriba, sobre todo, en su sumisión al régimen financiero y contable de la Administración del Estado (55).

Los órganos que carecen de personalidad jurídica, o no pueden ser titulares en nombre propio de bienes, se caracterizan por el hecho de emplear o administrar un patrimonio que pertenece al ente público al que están vinculados, y que, por lo mismo, está sometido a las reglas del patrimonio público, y especialmente al estatal (56).

Lo importante, como destaca BERTI, es que la publicidad, el carácter público, es, en primer lugar, un régimen antes que la naturaleza de una actividad (57).

Plantearse el problema de la naturaleza de un ente, si jurídico pública o jurídico privada, quiere decir, en el campo económico, si alguno de los elementos que sirven al ente para desarrollar su actividad es atraído en alguna forma en la esfera pública, y debe tratarse, consecuentemente, como formando parte de los elementos característicos de la Administración estatal (58).

En cualquier caso, en casos en los que la naturaleza no se específica, la reserva en favor del ente u órgano al que pertenece la empresa de nombrar los administradores, las obligaciones de informar, de comunicar a los órganos estatales el balance y los programas de la actividad, la sumisión a controles de inspección y sustitución respecto de los administradores, constituyen ulteriores manifestaciones del régimen publicístico (59).

(55) BERTI, *op. cit.*, p. 507.

(56) BERTI, *op. cit.*, p. 508.

(57) BERTI, *op. cit.*, p. 508.

(58) BERTI, *op. cit.*, p. 508.

(59) BERTI, *op. cit.*, pp. 509 y 510.

STAMMATI señala que el ente político se encuentra en una posición de superioridad respecto del que gestiona la empresa, lo que le permite impartir directrices al mismo.

Las directrices, sin embargo, deben referirse a las orientaciones en conjunto y no a la gestión ordinaria de la empresa, que queda reservada al sujeto que la gestiona y de la cual es el único responsable. En la elaboración de las directrices puede participar también el ente que gestiona la empresa, en el sentido de que está obligado a proporcionar todos los datos que puedan ser necesarios a quien deba elaborarlas con el fin de que respondan a las exigencias de la realidad económica. *Op. cit.*, p. 274.

BENVENUTI indica que el poder de decisión en la empresa pública, en cuanto a su ejercicio, depende de consideraciones más complejas que las que atienden al mercado empresarial; el riesgo no cae sobre la empresa, sino que se transfiere a los componentes de la comunidad nacional. *Op. cit.*

La publicidad de estas empresas públicas, evidentemente, opera en un nivel diferente de la de los entes u organizaciones que se manifiestan y concretan su actividad en el ejercicio de poderes; igual que existe una publicidad referida al poder, que se actúa a través del procedimiento, existe otra que se realiza mediante una actividad económica (60).

El ente público económico persigue un interés de la Administración, o del Estado en general, operando en la realidad práctica y conformando, adecuando su proceder a las directrices recibidas. El mismo hecho de su constitución para actuar en un determinado sector económico corresponde a una primera y esencial manifestación de poder, y la acción del ente es ejecución respecto a esta manifestación primaria (61).

Al hablar de ente económico nos referimos también a la empresa pública, puesto que muchos entes económicos son empresa, y, de todas formas, la actividad en que consiste la empresa, examinada desde la perspectiva del interés público, es también una actividad ejecutiva (62).

Este planteamiento, lúcido, de BERTI es detectado por BAENA DEL ALCÁZAR en nuestra doctrina, quien encaja en el seno de la organización administrativa las empresas públicas, aunque no se pronuncie de forma clara acerca de su naturaleza.

Manifiesta que, «queramos o no, las realidades primarias, cuando se está hablando del Estado, son la organización y el poder que la mueve, y sólo después, y a efectos importantes, pero limitados, se predicará de esta realidad orgánica la personalidad jurídico-pública o privada» (63).

En otro lugar nos dirá que determinadas entidades de Derecho privado (por ejemplo, las empresas nacionales españolas) pueden formar parte de la organización administrativa, y las organizaciones administrativas pueden tener una personalidad jurídico-pública sin que esto lleve consigo la aplicación total del Derecho administrativo (por supuesto, ni el común ni normas específicas distintas) y sin que dejen de pertenecer a la organización administrativa en su conjunto (64).

(60) BERTI, *op. cit.*, pp. 511 y 512.

(61) BERTI, *op. cit.*, p. 518.

(62) BERTI, *op. cit.*, p. 519.

(63) BAENA DEL ALCÁZAR: *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 16.

(64) BAENA DEL ALCÁZAR: *Administración...*, *ob. cit.*, p. 16.

Más adelante dirá que «el Estado puede usar del instrumento de la personalidad cuando organizaciones administrativas a las que por principio no se aplique el Derecho administrativo, bien en la mayor parte de su actividad, bien en ninguno de los aspectos de ésta. La no aplicación del Derecho administrativo no significará, sin embargo, el no ejercicio del poder porque, en definitiva, se trata siempre de una parte de la organización administrativa» (65).

Con estos planteamientos manifestaremos nuestra opinión. Creo que, de *lege ferenda*, la empresa pública debe ser configurada como un ente público con o sin personalidad jurídica, aunque lo normal, tanto si la empresa gestiona servicios públicos como si realiza fines de política económica de trascendencia colectiva, es que la empresa pública éste dotada de personalidad jurídica (66).

Esta empresa pública se incrusta, forma parte de la organización administrativa, dependiendo, o bien de un ente expresamente creado para la actividad industrial y mercantil del Estado, o bien de un departamento ministerial concreto (67). Esto quiere decir que la actividad de la empresa pública se imputa, en todo caso, al Estado-organización.

El planteamiento que hacemos, y como ha destacado acertadamente GARCÍA-TREVIJANO, lleva a la posibilidad de concebir al sector público como una unidad cuyos componentes, «aun teniendo personalidad jurídica en el momento de su actuación, la pierden, y ésta se supera en el momento de su imputación y responsabilidad frente a terceros» (68).

Empresa pública, por tanto, configurada como ente público; empresa cuyos aspectos organizativos y dinámicos examinaremos una vez que formulémos seguidamente el concepto de la misma, cosa que estamos en condiciones de hacer una vez determinada su naturaleza jurídica.

(65) BAENA DEL ALCÁZAR: *Administración...*, *op. cit.*, p. 21.

(66) Como ya se ha indicado el Estado ostenta el poder de personificación.

(67) GIANNINI ha puesto de relieve la existencia de órganos con personalidad jurídica, como una creación del Derecho positivo. Estos órganos presentan dos aspectos: en cuanto órganos, se insertan en un cuadro de relaciones interorgánicas, sometido a controles y poderes jerárquicos; en cuanto personas jurídicas, tienen propias relaciones patrimoniales, propia contabilidad, organización, personal y bienes.

En la intervención en la economía puede denominárseles órganos-empresa; son órganos técnicos, aunque no todos los órganos técnicos son empresa. «Diritto amministrativo», vol. I, Milano, 1970, pp. 236, 237, 232 y 233.

(68) GARCÍA-TREVIJANO: «Concepción unitaria del sector público», en *La empresa...*, *op. cit.*, vol. I, p. 96.

C) *Concepto de empresa pública*

Eludiendo cualquier tipo de planteamiento formalista, y una vez determinada la naturaleza jurídica, es fácil definir la empresa pública como un ente jurídico público, dotado o no de personalidad jurídica (aunque esto último será lo normal), que, o bien incrustado en la organización administrativa tradicional, o bien dependiendo de un ente creado al respecto, gestiona servicios públicos o realiza fines colectivos de índole económica.

Como ya hemos indicado, los aspectos organizativos y dinámicos los analizaremos más adelante, pero lo que no cabe la menor duda es de que en el concepto de empresa pública no se comprende el accionariado estatal, minoritario, en empresas privadas que no controla el Estado (69); por otra parte, un control efectivo en empresas privadas no debe abocar, de *lege ferenda*, sino a una publicación lógica de la empresa o a la nacionalización de la actividad.

D) *La organización de las empresas públicas: ordenamiento regulador*

En otro momento hemos indicado cómo la crisis de la organización administrativa tradicional se opera, de forma fundamental, por causa de las empresas públicas.

Por otra parte, como ha señalado BAENA DEL ALCÁZAR, la extensión de la organización, a causa de las empresas públicas, no ha supuesto un aumento de la aplicación del Derecho público (70).

Determinado el carácter público de la empresa pública, su incrustación orgánica en la Administración, su creación estatal, es necesari-

(69) Este accionariado tiene una repercusión indirecta en los fines colectivos. No hay que olvidar la trascendencia del patrimonio privado de la Administración. Está afectación indirecta a fines colectivos se contempla en el artículo 36 de la Ley de Patrimonio del Estado, indica que: «los frutos, rentas o percepciones de cualquier clase o naturaleza producidos por el Patrimonio del Estado, previa liquidación cuando sea necesaria, se ingresarán en el Tesoro, con aplicación a los pertinentes conceptos del Presupuesto de ingresos».

(70) BAENA DEL ALCÁZAR: *La estructura...*, *op. cit.*, p. 28. Señala cómo los grandes empresarios privados no sólo se benefician de las medidas del poder y colaboran con él, sino que se integran en las estructuras administrativas. «No es extraño, por tanto, que los juristas formalistas se obstinasen en no pasar esta frontera y, en consecuencia negasen el carácter de organización administrativa de las empresas públicas.» Consciente o inconscientemente estaban evitando así entrar en un semillero de problemas (p. 28).

rio pronunciarse acerca de quién tiene la potestad organizatoria sobre ellas, es decir, quién puede crear empresas públicas.

Con un planteamiento de *lege ferenda*, teniendo en cuenta el sistema socioeconómico en el que nos movemos, estimo que la creación de empresas públicas debe hacerse por el poder legislativo.

Esta sería la primera fase, pero inmediatamente se hace necesario examinar algo de singular importancia, como son los principios que han de observarse antes de determinar qué modelo organizativo hay que elegir para que la empresa pública desarrolle su actividad.

En todo caso, en primer lugar, hay que salvar el principio de eficiencia e imparcialidad que preside la acción administrativa, incluso con imperativo constitucional.

Este principio de eficiencia e imparcialidad opera, como ha señalado NIGRO, en el marco de la función organizadora de la Administración pública (71).

Manifiesta BERTI que la acción económica de la Administración pública debe realizarse de forma que la consecución de los fines públicos no se traduzca en una parcialidad hacia determinadas categorías o sectores, puesto que la composición del equilibrio entre las categorías económicas, frente a la Administración pública, no se efectúa a nivel operativo-ejecutivo, sino en el ámbito de la definición jurídica del poder público. Incluso el deber de imparcialidad, adaptado al ámbito ejecutivo económico, se traduce en un vínculo discrecional de la conducta de la empresa y, en general, de los intervencionismos públicos directos.

Estas vinculaciones que pesan sobre la acción administrativa son particularmente incisivas y sensibles en las sociedades con participación pública, donde el contacto y el conflicto entre el interés social, los intereses de los socios y el interés de la Administración toma forma puntual y concreta, y, por tanto, más confrontable y controlable. El interés público, incluso si se traduce en aspectos de dominio sobre la vida de la sociedad, no se puede transformar jamás en la afirmación de un desequilibrio jurídico y económico de las categorías que, según la consistencia de la sociedad y la distribución de las fuerzas, actúan en ella, y todo ello en homenaje, en el fondo, al principio de buen funcionamiento e imparcialidad económica (72).

(71) Sobre este punto puede consultarse especialmente NIGRO: *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 67 y ss.

(72) BERTI: *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1988, páginas 525 y 526

El segundo principio a mantener es el principio de control y fiscalización que debe operarse sobre la empresa pública a través de las técnicas que sean oportunas arbitrar. Estos controles, incluso de tipo jerárquico, no pueden anular la capacidad de iniciativa y libertad de acción de la empresa pública; es más, creemos que incluso hay que concederle, en determinados casos, la posibilidad de impugnar las decisiones de los órganos a los que se encuentran subordinadas.

El tercer principio es el principio de participación. Creemos que es absolutamente necesaria la presencia en la estructura orgánica de las empresas públicas de las fuerzas sindicales, movimientos o asociaciones de consumidores, e incluso ecológicas.

Una vez establecidos estos principios vendrá la elección del modelo organizativo, que realizará la Administración.

Hasta ahora, el modelo organizativo ha sido el societario, concebido para las empresas privadas. Ya hemos visto las insuficiencias de este modelo y la desvirtuación que de la sociedad anónima hace la Administración pública.

Un patrimonio público, incluso cuando interviene juntamente con él el privado, que se afecta a fines colectivos, debe tener un estatuto organizativo de Derecho público (73).

Evidentemente, es necesario actuar con gran flexibilidad. Es preciso disponer de una gama variada de formas, esfuerzo éste que está aún por realizar tanto doctrinal como normativamente.

En este tema creemos que debe jugar un papel importantísimo la ciencia de la Administración.

La utilización del Derecho privado se hará, en todo caso, de forma instrumental, táctica, salvando, con los niveles normativos necesarios, los problemas de derogaciones legales.

Configurando el modelo, el Estatuto de la empresa pública, es preciso ulterior concreción. La actividad organizativa, la organización de los elementos personales y materiales cara al ejercicio de la actividad debe quedar en manos de la empresa pública creada y configurada.

(73) Hay que evitar rigideces. GUARINO ha señalado que la forma jurídica, una vez que se ha adoptado, se traduce en un elemento autónomo de fuerza. El ente público está ligado al Estatuto y sólo puede actuar en sus límites. Dejá de desarrollar actividades colaterales a la básica por el mero hecho de que no están contemplados en el Estatuto. Ello es perjudicial porque coarta la expansión natural de la empresa. *Op. cit.*, p. 113.

E) *La actividad de las empresas públicas: ordenamiento regulador*

No ofrece ninguna duda el que la actividad de las empresas públicas es una actividad sustancialmente pública, es decir, una actividad tendente de forma directa a satisfacer los intereses colectivos.

Esta actividad sustancialmente pública, como toda la actividad de esta índole de la Administración, puede ser formalmente pública o formalmente privada, es decir, la Administración puede ejercitar su capacidad de Derecho público o de Derecho privado.

La posibilidad de que los entes públicos se sometan en su actividad sustancialmente pública a procedimientos, al Derecho privado, es sostenida sin discusión desde RANELLETTI (74), SANTI ROMANO (75) y FORTI (76) hasta nuestros días.

La doctrina italiana distingue entre una actividad administrativa de Derecho público, una actividad administrativa de Derecho privado y una actividad privada de la Administración. A los efectos de nuestro estudio sólo nos interesa las dos primeras (77).

Mientras que para algunos autores, en la actividad privada de la Administración se satisface un interés subjetivo, secundario y de carácter patrimonial de los entes públicos, para otros las dos actividades no son sino expresiones de una sola e idéntica actividad, de donde resulta superfluo diferenciarlas, haciendo aparecer a la actividad pública como la tendente a la realización de las necesidades públicas y la actividad privada como poco sensible o indiferente ante esto.

ALESSI señala cómo la Administración es titular de un interés subjetivo, secundario, junto al interés primario de realización inmediata y directa del interés público. Cuando la Administración pone en primer plano de su actuación este interés subjetivo, secundario, no debe justificarse una prevalencia coactiva de estos intereses con otros del mismo rango de las personas privadas. La posibilidad del empleo de la supremacía, del privilegio, se haya ligada a la realización del interés subjetivo de la Administración.

Mientras que en la realización de este interés público existe una supremacía potencial que se traduce en acto cuando este interés pú-

(74) RANELLETTI: *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, pp. 76 y ss.

(75) ROMANO, S.: *Corso di diritto amministrativo*, 1937, pp. 5 y 13.

(76) FORTI: *Diritto amministrativo*, vol. I, pp. 26 y ss. y 204 y ss. Del carácter privado de la actividad, afirma, no se deduce necesariamente el carácter privado del sujeto que la desarrolla.

(77) ROVERSI MÓNACO señala que estas distinciones sólo tienen valor contingente y descriptivo y su importancia no es absoluta. *Op. cit.*, p. 290.

blico lo requiere, no ocurre así en la actividad de la Administración regida por el Derecho privado, en la cual al poner la Administración en un primer plano el interés subjetivo secundario y de carácter patrimonial, ha renunciado a dicha posición de supremacía. Esto no quiere decir que en la actividad sometida al Derecho privado no existan peculiaridades en razón del sujeto que la realiza (78).

Para MIELE no es la diversidad de intereses o fines que con mayor o menor grado de inmediatez persigue la Administración lo que distingue la actividad pública de la actividad privada de la Administración, sino la disciplina que la regula. Este criterio formal, según MIELE, es suficiente y, en caso de duda, ya que el Derecho público es el normal en la actividad administrativa, éste será el que habrá de utilizarse (79).

Indica BODDA que tanto en la actividad de Derecho público, como en la de Derecho privado, se tutela el interés público, aunque en la primera el acto se dirija directa y concretamente a la realización del interés público (80).

Indicada, por tanto, la existencia de dos ordenamientos para llevar a cabo la actividad sustancialmente pública de la Administración, el problema es el de determinar cuándo se puede utilizar el Derecho público y cuándo el Derecho privado; mejor aún, siendo el Derecho público el normal de la actividad administrativa, ¿cuándo puede sustituirse por el Derecho privado?

GIANNINI ha señalado que la elección de un procedimiento iuspublicístico o iusprivatístico depende, aparte del derecho positivo, de la naturaleza técnica de los hechos y de otros elementos (81).

En nuestra doctrina, y siguiendo a AMORTH, BALBE, ha hecho una valiosísima síntesis de este problema.

La sustitución de un procedimiento de Derecho público por otro de Derecho privado se admite en las siguientes condiciones:

1. Que exista por parte de la Administración un interés subjetivo, patrimonial, en utilizar, en el desarrollo de una concreta actividad, una institución de Derecho privado en vez de la de Derecho público. Este interés no sólo debe concretarse en la obtención por parte de la Ad-

(78) ALESSI: *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1933, pp. 55 y 183.

(79) MIELE: *Principi in diritto amministrativo italiano*, Padova, 1960, t. I, pp. 30 y 55.

(80) BODDA: *Lezioni di diritto amministrativo*, 3.ª ed., Torino, p. 99.

(81) GIANNINI: *Lezioni di diritto amministrativo*, 1960, p. 111.

ministración de un mayor beneficio económico, sino en la mayor facilidad en el desarrollo de una función.

2. Que no existan razones demostrativas de que el procedimiento publicístico haya sido establecido como «regla» y no como «medio» del actuar administrativo. Para ello es necesario examinar la norma jurídica del texto donde esté regulado. El procedimiento ha podido establecerse como regla no sólo para la satisfacción de los intereses públicos, sino también para defensa de la propia Administración contra sus personas físicas, por medio de las cuales actúa.

3. Que el procedimiento de Derecho privado sea apto para conseguir el resultado que podría obtenerse siguiendo el procedimiento publicístico. Esta exigencia se desdobra a su vez en otras dos, que apuntan, respectivamente, al medio de Derecho público y al Derecho privado, a saber:

Primera, que el medio de Derecho privado sea, por su naturaleza, susceptible en abstracto de ser instrumento para la realización de fines públicos. Hay que tener presente cómo en la sumisión de la actividad administrativa al Derecho privado se da una renuncia por parte de la Administración a su situación de prerrogativa.

Segunda, que el procedimiento de Derecho público ha de ser, por tanto, no simplemente un medio, sino un medio instituido para facilitar la consecución de un cierto resultado que podría conseguirse igualmente por la Administración empleando los medios ordinarios de Derecho privado: sustituible, por ende, no es todo procedimiento publicístico por el mero hecho de aparecer como medio, sino exclusivamente aquellos que aumentan, y puede decirse en la misma dirección, las potestades y derechos que ya corresponden a los entes públicos por su genérica capacidad de sujetos de derecho, y la aumentan precisamente en consideración a sus particulares necesidades de ente público.

Señala BALLBE cómo la razón de la limitada frecuencia en la práctica administrativa del fenómeno de la sustitución deriva precisamente en la multiplicidad de casos en que el Derecho privado es absolutamente inadecuado para la consecución del fin. Existen potestades publicísticas como la reglamentaria, de policía, el poder jerárquico, respecto de las cuales hablar de una subrogabilidad mediante el Derecho privado es un absurdo.

Después de señalar estas consideraciones, sigue apuntando BALLBE cómo la sustituibilidad de un medio publicístico a un medio privatis-

tico expresamente previsto, muy limitadamente puede admitirse; no cabe olvidar que, la utilización de un medio publicístico, representa el empleo de potestades jurídico públicas, las cuales, particularmente cuando se traducen en cargas para el ciudadano, están más o menos limitadas; por tanto, cuando el medio publicístico represente la imposición de una carga para el ciudadano, no puede ser sustituido por un medio privatístico, sino cuando la Ley prevea y admita semejante sustitución y subsista, por otro lado, un interés público, primario, de las condiciones queridas por la Ley, a su consecución del resultado práctico de que se trate.

Finalmente señala BALLBE que, al ser limitada la posibilidad de la Administración de sustituir un medio publicístico preestablecido legalmente por otro privatístico, o viceversa, se suscita la cuestión de la validez y efectos del acto o negocio sustituido dictado con infracción de las condiciones de subrogabilidad de un procedimiento por otro. La doctrina, en este sentido MIELE y BODDA, analizando la hipótesis de sustitución de un medio jurídico por otro privado, llega a la conclusión de la nulidad, no de la anulabilidad del acto. No obstante se admite en algunos casos la sanación por conversión en los términos en que está establecida y se acepta por el Derecho administrativo (82).

Frente a todo este planteamiento, nuestro Derecho positivo, salvo las quiebras ya examinadas, somete la actividad de las empresas públicas al Derecho privado, con las consecuencias que ello ha traído.

Frente a este planteamiento, frente a la posición de GIANNINI que piensa que la intervención en la economía es institucionalmente y no alternativamente de Derecho privado, estimo que en su actividad, las empresas públicas pueden utilizar alternativamente el Derecho público o el privado, y así debe preverlo el Derecho positivo.

La elección de uno u otro Ordenamiento vendrá en razón de cómo se consiguen mejor, en cada caso, los fines colectivos.

En cualquier caso, y como ha destacado BENVENUTTI, a diferencia de la empresa privada, que actúa sólo dentro del ámbito del Ordenamiento jurídico, la unión de la empresa pública con el Ordenamiento se verifica de forma positiva. Esto se manifiesta a través de los actos legislativos que imponen los fines que deben alcanzar la empresa o empresas, y a través de los actos administrativos de control (83).

(82) BALLBE: *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia jurídica Seix», Barcelona, 1933, t. I, p. 74.

(83) BENVENUTTI, *op. cit.*, p. 87.

Si se utiliza el Ordenamiento jurídico privado, ello no implica, como han destacado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, una liberación de la sumisión a la legalidad de Derecho público que a la Administración necesariamente alcanza por su carácter de organización política. No se trata, por tanto, de una abdicación del Derecho público en la regulación de la Administración; más bien de la utilización por ésta, instrumentalmente, de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica (84).

El sometimiento de la empresa pública a la misma regulación, de la privada, no obstante, y como ha señalado OTTAVIANO, plantea interesantes problemas reconstructivos. Es necesario analizar en una actividad tan íntimamente penetrada por la regulación privatística, el lugar que corresponde al interés público, los problemas organizativos que plantea la empresa pública, con el fin de satisfacer tal exigencia, e incluso el relieve que deba atribuirse al fenómeno en examen, dentro de la actual tendencia de someter las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pública a esquemas de Derecho privado (85).

A su juicio, el sometimiento de la empresa pública al Derecho privado se consigue más fácilmente que en la común actividad administrativa de Derecho privado en la que cada negocio es concluido, sin embargo, para conseguir un fin público específico con él directamente relacionado. Desde este punto de vista las analogías de la empresa pública con otras instituciones del Derecho administrativo debería buscarse, antes que en la propia actividad de Derecho privado de la Administración, en los derechos de la Administración sobre sus bienes patrimoniales que en sí mismo están, al igual que la empresa, en una posición de indiferencia respecto de los bienes públicos, para cuya consecución son, sin embargo, utilizables (86).

Finalmente, estimamos que el control de esta actividad de las empresas públicas sometidas al Derecho privado, debería residir en los Tribunales contencioso-administrativos. Si ello no se estructura así, sería necesario admitir la técnica del acto separable, tal y como se manifiesta, por ejemplo, SOSA WAGNER, en el caso de las empresas públicas crediticias (87).

(84) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 254.

(85) OTTAVIANO: *Sometimiento...*, *op. cit.*, p. 268.

(86) OTTAVIANO: *Sometimiento...*, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

(87) Señala SOSA WAGNER que «una cosa es que la relación Banco-prestatario se haga a través de un cauce instrumental privado y otra es el acto previo de admisión o denegación del Banco a proceder a la puesta en marcha del posterior instrumental privado. *Crédito oficial y Acción concertada: posibilidades revisoras*, en núm. 68 de esta REVISTA, p. 225.