

SOBRE LA DETERMINACION CONCEPTUAL DE LA AUTORIZACION Y LA CONCESION

(A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)

P O R

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN ACTUAL DE LAS CENTRALES LECHERAS: 1. *Etapas de su régimen jurídico:* a) De 1867 a 1952. b) El Decreto de 18 de abril de 1952. c) El Decreto de 6 de octubre de 1966. d) El Decreto de 9 de marzo de 1972.—2. *Puntos fundamentales del sistema:* a) La obligatoriedad de higienización. b) La exclusiva de actividad. c) La intervención en los precios.—III. EL ACTO DE APROBACIÓN DE LAS CENTRALES LECHERAS DENTRO DE LA DOCTRINA SOBRE LA AUTORIZACIÓN Y LA CONCESIÓN: 1. *La teoría tradicional sobre la autorización y la concesión.* 2. *Revisión de la teoría tradicional.* 3. *El supuesto de las centrales lecheras.* 4. *Consecuencias dogmáticas para la definición del binomio autorización-concesión.* 5. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La elección de este tema está presidida por una clara finalidad metodológica: la convicción compartida sobre la importancia, más aún la urgencia, de dar su exacto sentido a la función sistematizadora propia del jurista. El espíritu de sistema que acompaña a toda tarea científica —inspirándola— corre el riesgo de ser convertido dentro del Derecho administrativo en un fin absoluto a costa de la comprensión de la realidad. La depuración del método jurídico, conquista ciertamente estimable y necesaria, puede constituir un freno para el cumplimiento de la misión a la que debe servir: la comprensión del caleidoscópico mundo de las normas administrativas.

Por un proceso sociológico y psicológicamente explicable, aunque no ciertamente progresivo, se corre el riesgo de llevar a cabo la formación de castas científicas: en el círculo de atención de los juristas sólo entran conceptos decantados, es decir, limpios de las impurezas de la concreción, inevitable patrimonio de la realidad. Y, sin embargo,

de «las baladías, intractivas, inquietantes y asistemáticas minucias» es de donde «hay que extraer las grandes líneas de la construcción jurídica» (1).

El profesor VILLAR PALASÍ ilustra esa idea con un ejemplo que es precisamente el objeto de este trabajo: «Que yo sepa son miles las monografías sobre la dote inestimada o la anticresis (que sólo atañe a unos cientos), pero a nadie importa la regulación de las centrales lecheras o de las panaderías (que afecta a millones de personas). Parece incluso dañar el prestigio del jurista invertir su tiempo y su atención en estos temas» (2). Salvo dos páginas del propio autor (3) y de ALBI (4) nada hay escrito desde la perspectiva jurídico-administrativa.

El tema, aparentemente minúsculo y excesivamente concreto, ofrece, sin embargo, enseñanzas de valor dogmático general. Así, habrá ocasión de comprobar la real operatividad de unas categorías jurídicas tan fundamentales en el Derecho administrativo como son la autorización y la concesión. Es justamente el contraste con la realidad lo que va a servir para valorar su construcción teórica.

(1) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 43.

Ya en 1930 señalaba Silvio LESSONA un camino de investigación similar: *Credo che nel rinnovamento di tutto il nostro diritto pubblico sia oltrechè utile doveroso lo studio delle concrete discipline di istituti e di rapporti, secondo raggruppamenti dapprima empirici, poi via sempre piu organici e sistematici*. La afirmación es particularmente sintomática por el contexto en que fue hecha: *La licenza d'esercizio per commercio di vendita al pubblico*, en «Scritti minori», Milán, 1958, II, p. 1023.

(2) *Op. cit.*, p. 44, nota 39.

(3) *Op. cit.*, pp. 277-278.

(4) *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960, pp. 201-202.

En la literatura extranjera: ALIBRANDI, A., *Produzione ed immissione in commercio delle preparazioni latte*, «Giur. Agr.», 1960; CHELI, E., *Le «centrali del latte»: profili costituzionali*, «Giur. cost.», 1960; DE TARANTO, A., *Assunzione da parte del Comune della gestione diretta delle «centrali del latte?»*, «Attual. am.», 1960; FOIS, S., «*Riserva originaria e «riserva di legge» nei principi economici della Costituzione*», «Giur. cost.», 1960; ROCCELLA, D., *La procedura per l'impiante delle Centrali del latte. Premessa dottrinale. Formulario pratico*, Florencia, 1961. Precisamente la Ley italiana de 18 de junio de 1938 ha inspirado, como afirma Albi, el Decreto creador de las centrales lecheras que se cita más adelante. CARABBA, M., *L'intervento degli enti locali nella economia*, Giuffré Ed. Roma, 1968.

C. FERRÁN: *L'intervention de l'Etat dans l'économie laitière*, Tesis, París, 1959, y D. 65-862, de 9 de octubre de 1965, sobre: lait pasteurisé de haute qualité. Conditions de production et de mise en vente.

Cfr. *Las centrales lecheras*, «Administración y Progreso», Madrid, núm. 38, julio 1935, p. 401. *La central lechera de Gerona*, «Administración y Progreso», Madrid, número 45, febrero 1936, pp. 52 y ss. *apud*. ALBI. Últimamente, RIVERO, E., *Consideraciones sobre las Centrales Lecheras*, en «Actas del III Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo», Madrid, 1973.

Tiene también otras implicaciones, entre las que destaca la problemática real, en un caso determinado, de la tensión entre competencias estatales y locales (5).

En torno a esos dos puntos fundamentales señalados afloran otros problemas. Por debajo de todo el mecanismo arbitrado se pone de manifiesto la flexibilidad de las técnicas cuando operan en el ámbito de la Administración económica. La solución de los problemas con frecuencia escapa al juego de las imposiciones jurídicas para discurrir por el camino de la negociación o de la presión indirecta, en la que el manejo del arancel tiene un papel importante.

II. EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN ACTUAL DE LAS CENTRALES LECHERAS

1. *Etapas de su origen jurídico*

Tres etapas fundamentales pueden señalarse en la historia de la regulación del abastecimiento público de la leche. La primera llegaría hasta 1952, la segunda hasta 1966, la tercera es la actual.

a) *De 1867 a 1952 (6).*

a') Antes de 1952 y sin ánimo de agotar todos los precedentes señalaré la *Real Orden de 8 de agosto de 1867* por la que se publica el Reglamento «a que deben subordinarse los establecimientos de vacas,

(5) Sobre estas cuestiones, cfr. mi trabajo *El régimen jurídico de las centrales lecheras*, en «Actas del III Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo», Madrid, 1973.

(6) Otras normas a tener en cuenta son las siguientes: Instrucción de Sanidad de 12 de enero de 1904. Real Decreto de 22 de diciembre de 1908 dictando las disposiciones oportunas a fin de evitar el fraude en las sustancias alimenticias. Real Orden de 12 de octubre de 1910, por la que se aprueba el Proyecto de Bases Generales para la redacción de los Reglamentos de higiene (Base IX). Ley de 4 de julio de 1918. Real Decreto de 3 de noviembre de 1923 determinando qué se entiende por productos alimenticios y cuáles se incluyen en esta consideración. Orden de 28 de abril de 1928 recordando a los Gobernadores civiles el exacto cumplimiento del Real Decreto de 22 de diciembre de 1908. Ordenes de 17 de septiembre de 1938 y 9 de abril de 1939, sobre establos y vaquerías. Orden ministerial de 19 de abril de 1961 y 29 de mayo de 1961. Orden de 17 de agosto de 1942 creando las Comisiones provinciales de precios de la leche. Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944. Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945.

Datos históricos generales, con alguna referencia al abastecimiento de la leche en P. PONCE LLAVERO: *El servicio de abastecimientos en el municipio español*, «REVL», 32 (1947), pp. 190 y ss., y en V. PALACIO ATARD: *Alimentación y abastecimiento en Madrid en la segunda mitad del siglo XVIII*, Instituto de Estudios madrileños, Madrid, 1966. («La leche y sus derivados brillaban por su ausencia prác-

burras, cabras y ovejas». En el artículo 1.º de esta Real Orden se establece la necesidad de someter a licencia del alcalde la apertura de los establecimientos para el abastecimiento público en las poblaciones que alcancen a 4.000 habitantes. La licencia no se podría otorgar por más de diez años y tanto su otorgamiento como su mantenimiento quedan subordinados a que se cumplan las condiciones reglamentarias establecidas en la Real Orden. Y así, el artículo 4.º señala:

«Si faltare alguna de las condiciones exigidas en este Reglamento o hubiere necesidad de modificar el proyecto presentado, la autoridad municipal no expedirá la licencia hasta después de haber hecho las modificaciones convenientes.»

Y los artículos 7.º y 39 aluden a que la falta de cumplimiento de lo preceptuado en el Reglamento «producirá la anulación de la licencia», mandando el alcalde «cerrar el establecimiento, imposibilitando que se abra otro».

Ya en esta Real Orden el artículo 8.º contempla el supuesto de los establecimientos en el interior de las grandes poblaciones. Según este artículo, aunque no se establece de momento su prohibición, se encarece, no obstante, a las autoridades municipales a que favorezcan «indirectamente su instalación en las afueras o en los arrabales».

b') Un segundo paso, precedente inmediato de la implantación de las centrales lecheras, es el *Decreto de 28 de marzo de 1944*. En su artículo 1.º «se autoriza a los Ayuntamientos cuya importancia de población y consumo lo permitan a establecer la obligatoriedad de la higienización y saneamiento de la leche destinada al abastecimiento público».

El móvil fundamental del Decreto, según se expresa en su preámbulo, se desenvuelve dentro del ámbito tradicional de la policía administrativa: se trata de evitar «tanto el comercio fraudulento como los riesgos de orden sanitario».

ticamente total. Las 10.500 cántaras que se registran en 1789 "o lo que es lo mismo unos 170.000 litros" corresponden a un litro por habitante y año. Este infraconsumo de leche era universal en aquel siglo. No había llegado todavía la hora de las centrales lecheras», p. 25; vid. también sobre esta materia comunicación del mismo autor al *II Symposium de Historia de la Administración*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971. N. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *Las crisis de subsistencias de España en el siglo XIX*, Rosario, 1963.

Sobre los precedentes inmediatos en Madrid, J. MARTÍNEZ AGULLO: *Problemas del abastecimiento madrileño*, en «Cátedra de Madrid», Madrid, 1954, pp. 220-221.

El régimen de higienización y saneamiento obligatorio debería establecerse de una manera progresiva teniendo en cuenta las circunstancias industriales y comerciales que lo hicieron posible.

De este Decreto se establece ya en su artículo 2.º algo que va a confirmarse posteriormente. Y es que el establecimiento de ese régimen de higienización obligatoria necesita la previa autorización del Ministerio de Agricultura. Una vez concedida se constituiría en el Ayuntamiento una Junta presidida por el alcalde y de la que formaban parte representantes de la Jefatura Agronómica, Jefatura Provincial de Ganadería, Inspección Provincial de Sanidad, Delegación Provincial de Abastecimientos y Sindicato Provincial de Ganadería. La función de esta Junta era redactar y elevar al Ministerio de Agricultura para su aprobación una Memoria y un proyecto de régimen local por el cual regiría la actividad comercial de abastecimiento de la leche.

La Ley de Régimen Local vigente, aparte de otros preceptos que genéricamente pueden referirse a este tema, en cuanto producto alimenticio, alude expresivamente en el artículo 166 a la posibilidad de municipalizar con monopolio el suministro al por mayor de leche en los municipios con más de 10.000 habitantes (7).

También es preciso citar en este apartado la Ley de 24 de junio de 1941 de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, que permite la intervención en materia de subsistencias y que todavía está vigente.

b) *El Decreto de 18 de abril de 1952.*

Con este Decreto se crean en nuestro ordenamiento las centrales lecheras. Así lo establece el artículo 12:

«En los términos municipales cuyo censo de población sea superior a 25.000 habitantes la recepción y suministro de la leche para el abastecimiento público se llevará a efecto en una o varias centrales lecheras.»

Las razones que llevan a la creación de estas centrales lecheras son de una doble naturaleza: sanitarias y económicas. Es importante subrayar esta doble naturaleza de la motivación, puesto que la implantación de las centrales lecheras se hace, según se manifiesta en el

(7) Sobre este tema de las competencias locales en la actualidad, vid. lo que se dice en la nota (5).

preámbulo del Decreto, en virtud de la habilitación que supone la base 26 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 de Sanidad Nacional (8).

Según el citado artículo 12 del Decreto, las funciones de las centrales lecheras son las siguientes: centralizar y seleccionar «toda la leche destinada al consumo directo local, excepto la certificada», que es la procedente de granjas diplomadas. Esta centralización y selección persigue el garantizar unas condiciones higiénicas en «la producción, recogida y transporte de la leche, así como asegurar un suministro de la misma en todas las épocas del año» y «regular los precios, mejorar todos los factores que afectan a la calidad de la leche y estimular su producción y consumo».

La implantación de estas centrales lecheras se preveía según el artículo 14 en tres etapas: la primera se refería a las ciudades de más de 150.000 habitantes y debería estar terminada en 1955; la segunda relativa a las ciudades entre 75.000 y 150.000 y debería estar terminada en 1958, y la última a las de más de 25.000 y menos de 75.000, que debería estar terminada en 1961.

La mecánica de implantación de las centrales lecheras suponía:

1.º La creación de unas Comisiones consultivas en cada provincia presididas por el gobernador civil, siendo vicepresidente el alcalde de la capital correspondiente y como vocales el jefe provincial de Sanidad, el ingeniero jefe de la Jefatura Agronómica, el ingeniero jefe de la Delegación de Industria, el jefe del Servicio Provincial de Ganadería, el inspector provincial de Sanidad Veterinaria, el jefe del Sindicato Provincial de Ganadería, que era el Secretario. La función de estas Comisiones era llevar a cabo un estudio de las necesidades de abastecimiento, así como de la capacidad de consumo de los distintos municipios.

2.º La puesta en marcha se iniciaba con la publicación de un concurso por el presidente de la Comisión consultiva provincial para la creación de tantas centrales lecheras como hiciese falta para cubrir el cupo de consumo probable. Al Ayuntamiento correspondía exclusiva-

(8) El texto de la citada base en lo que interesa aquí es el siguiente: «Corresponde a la Dirección General de Sanidad la reglamentación de cuanto se refiere a la higiene bromatológica, así como la definición de las características sanitarias que deban reunir los alimentos y bebidas; la determinación del mínimo de condiciones que deben tener aquéllos para considerarse como tales, y fijar la de los utensilios relacionados con la preparación y envase de los mismos; fijación del mínimo de condiciones higiénicas de locales, fábricas y almacenes destinados a la elaboración, manipulación, envase, almacenamiento, transporte y venta de los productos alimenticios, condimentos y sus derivados.»

mente el emitir un informe «sometiendo a la Comisión consultiva provincial la correspondiente propuesta de adjudicación al concursante que, a su juicio, reuniera mejores condiciones».

3.º La propuesta del Ayuntamiento, una vez estudiada por la Comisión provincial, era elevada simultáneamente a los ministros de la Gobernación y de Agricultura, a los cuales correspondía la aprobación que debería hacerse por orden conjunta.

El Decreto fue desarrollado por Orden de 31 de julio de 1952. Disposiciones posteriores que desarrollaban esta normativa de cabecera fueron la Orden de 29 de febrero de 1956, sobre precio de venta de la leche higienizada y la Orden conjunta del Ministerio de la Gobernación y del de Agricultura de 6 de abril de 1957, que desarrollaba la prohibición contenida en el artículo 26 del Decreto del 52, según el cual se prohibía la venta de leche a granel en las localidades donde prestasen servicio las centrales lecheras.

c) *El Decreto de 6 de octubre de 1966*

El Decreto de 18 de abril de 1952, así como la Orden de 31 de julio del mismo año y la de 29 de febrero de 1956, antes citadas, han sido derogadas por el Decreto 2478/1966, de 6 de octubre. En relación con las disposiciones anteriores, este Decreto—cuyo examen pormenorizado se hace más adelante por constituir en esencia el Derecho vigente—supone una sistematización más completa de la materia. Como innovación fundamental puede establecerse la culminación del proceso de nacionalización de la perspectiva con la que se contemplan las centrales lecheras. Esto es particularmente visible por lo que se refiere a la formación de los precios, como habrá ocasión de comprobar, y que se refleja en la creación de la Comisión consultiva nacional lechera, hoy integrada en el Fondo de Ordenación y Regulación de Productos y Precios (FORPPA) (9).

El Decreto ha sido desarrollado por otras normas, en concreto, por las Ordenes de 26 de enero y 31 de marzo de 1967; y el Decreto

(9) La Comisión Consultiva Central Lechera estuvo presidida inicialmente por el Subsecretario de Agricultura. Por Decreto 2045/1969, de 16 de agosto, pasó a depender funcionalmente del FORPPA, siendo presidida por el Presidente de este organismo. La componen Directores generales del Ministerio de Agricultura; Gobernación, Industria y Comercio, de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes y representantes sindicales. Por lo que aquí más interesa conviene destacar la presencia de un representante de las centrales lecheras que es designado por el Presidente del Sindicato Nacional de Ganadería.

de 13 de agosto de 1971. Además, el Decreto viene a ser una auténtica *norma respuesta* en contraste al Decreto de 1952, que por su carácter de iniciación de las centrales lecheras fue una auténtica *norma de previsión* (10). En el Decreto del 66 se sale al paso de algunos problemas que habían dado lugar a litigios bajo la vigencia de la normativa anterior: por ejemplo, el pretendido carácter automático, aceptado por el Tribunal Supremo, de la obligatoriedad de higienización en una localidad en la que se hubiere implantado una central lechera.

Además de esta normativa de carácter general, ha existido, con carácter transitorio, una *normativa específica para Madrid*. Ello es sintomático de que el problema del abastecimiento de las grandes ciudades reviste caracteres distintos a los de los demás municipios. El caso de Madrid ha sido un paradigma. Esa normativa estuvo constituida primordialmente por el Decreto 2375/1964, de 4 de agosto. En él se establecía una fase preparatoria para la implantación de un régimen definitivo de centrales lecheras. En principio se prohibía la venta al público de leche reconstituida y se señalaba seguidamente la obligación de que la leche destinada al consumo directo público «deberá estar pasteurizada y envasada y proceder de centrales lecheras y otros centros de higienización autorizados» a partir de una determinada fecha.

El Decreto 4159/1964, de 24 de diciembre, prorrogó hasta el 1 de abril de 1965 la implantación de lo preceptuado en el Decreto anterior. Una Orden de 28 de junio de 1965 insistió en un régimen provisional hasta que por Orden de 23 de diciembre de 1971 se implantó en Madrid el régimen normal de centrales lecheras (11).

(10) Sobre el alcance del cambio que supone la existencia de esas normas-respuesta, vid. mi trabajo, *El estudio de la Administración económica*, en el núm. 50 de esta REVISTA, 1966, pp. 57-58, nota 14.

(11) La Orden de 9 de marzo de 1965 es complementaria de los anteriores Decretos. Establece un régimen de transacción distinguiendo entre la leche natural producida en el «cinturón de Madrid» y la producida en el «interior del casco urbano». La venta en este caso se autoriza transitoriamente si se hace en determinadas condiciones y en «los establecimientos anexos a las respectivas vaquerías productoras».

La Orden, citada en el texto, de 23 de diciembre de 1971 (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de enero de 1972) declara que a partir del 1 de febrero de 1972 «queda establecido definitivamente en Madrid (capital) el régimen normal de obligatoriedad de higienización de toda la leche destinada al abastecimiento público y la prohibición de la venta a granel de dicho producto».

En 1965 se habían convalidado provisionalmente varias industrias para la venta de leche higienizada y envasada. Ante la insuficiencia del abastecimiento se convocó en 1968 (Orden ministerial de 30 de agosto) nuevo concurso que fue resuelto

Estas disposiciones ponen de relieve la dificultad de la implantación definitiva del régimen de higienización obligatoria de la leche destinada al abastecimiento público, y de ahí las continuas prórrogas en su abastecimiento, así como la utilización frecuente de la técnica de dispensa —*contra ius*— aunque encubierta en la terminología legal bajo el nombre de autorización.

Esa dificultad se debe a razones extrajurídicas, socioeconómicas, con implicaciones de carácter político. También a la deliberada renuncia al uso pleno de medidas coactivas de carácter jurídico. Se confía en que las propias leyes del mercado vayan transformando la estructura de este ciclo económico en el sentido deseado en las normas.

Lo que se acaba de afirmar se desprende de los hechos a que responden las citadas normas. En efecto, como consecuencia del primitivo concurso convocado en 1952 para concesión de centrales lecheras sólo existía una de capacidad notoriamente insuficiente para el abastecimiento de Madrid. Por eso el Decreto primeramente citado permitió que las centrales lecheras de otras ciudades pudieran concurrir al abastecimiento de Madrid, en contra del principio general del régimen de centrales lecheras.

d) *El Decreto de 9 de marzo de 1972*

Debe hacerse referencia también a la reforma del Reglamento de 1966 llevada a cabo por el Decreto de 9 de marzo de 1972. La reforma afecta a veinticuatro artículos de aquel texto, y su objetivo esencial estriba en atribuir al Departamento de competencia más específica en la materia (Ministerio de Agricultura) la resolución de múltiples asuntos que en la anterior regulación aparecía encomendada a la Presidencia del Gobierno. Con ello, a la vez que se descarga a la Presidencia de una materia en que era competente por un proceso de atribución residual, se da correcto cumplimiento a la prescripción del artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo, resolviéndose de esta manera —como se verá más adelante— los engorrosos problemas planteados por las competencias concurrentes de diversos Departamentos (conflicto entre el citado artículo 39 de

en 1969 (Orden ministerial de 15 de julio) adjudicándose las cinco centrales lecheras previstas que entran en funcionamiento en los años 1970 y 1971.

En la actualidad funcionan regularmente seis centrales estando prevista la entrada en funcionamiento de otra más.

la Ley de Procedimiento Administrativo y el 25 de la Ley de Régimen Jurídico), lo que ha de redundar —como expresa la exposición de motivos del Decreto— en beneficio de una mayor celeridad y eficacia de la acción administrativa.

Con esta orientación, la nueva norma ha operado una sustitución de la Presidencia del Gobierno por el Ministerio de Agricultura en cuanto a la convocatoria de concursos, concesión de centrales, declaración de concurso desierto, autorización de la puesta en marcha de las centrales, convalidación de las industrias de higienización (no centrales) para concurrir al abastecimiento, etc.

Aparte de esta modificación, que constituye la motivación esencial del nuevo Decreto, se ha aprovechado la ocasión para dar entrada en diversas fases del proceso de puesta en marcha de las centrales a organismos que, según la experiencia obtenida desde 1966, deben intervenir en el mismo. Así ocurre con el Servicio de Inspección y Disciplina del Mercado en cuanto al proceso industrial y comercial del producto tratado; la Dirección General de Comercio Interior, que ahora ha de recibir también —conjuntamente con las Direcciones Generales de Sanidad y de Industrias y Mercados en Origen de Productos Agrarios— el informe de la Comisión provincial Delegada de Asuntos Económicos acerca de las conveniencias de abastecimiento del área afectada y las repercusiones que este abastecimiento puede producir; la Dirección General de Administración Local, a quien compete efectuar la invitación a los Ayuntamientos afectados para hacerse cargo de la higienización de la leche y, por último, la Delegación Provincial de Agricultura, a quien se atribuyen facultades respecto de la revisión de las instalaciones de centrales.

El nuevo Decreto introduce, además, algunas precisiones técnicas sobre envasado, capacidad de los recipientes, estabilizadores, etc., perfeccionando asimismo el sistema de control de este proceso industrial, al distinguir la autorización para el empleo de otros envases de distinta capacidad que los preceptuados (autorización que se atribuye a la Dirección General de Industrias y Mercados en Origen de Productos Agrarios) de la autorización para el empleo de otros materiales en el envasado de determinados tipos del producto (que se atribuye lógicamente a la Dirección General de Sanidad). El otorgamiento de estas autorizaciones competía antes indiscriminadamente a los Ministerios de la Gobernación y Agricultura.

Por último, resulta sorprendente la supresión que, atendiendo al texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, se ha efectuado de los dos primeros párrafos del artículo 49 del Decreto de 1966, que dictaban normas respecto del número de centrales a establecer y condiciones a tener en cuenta para ello, y, también, sobre la capacidad mínima diaria de higienización necesaria para la adjudicación de las concesiones (12).

2. Puntos fundamentales del sistema

a) La obligatoriedad de higienización

La clave del sistema es el establecimiento del régimen de obligatoriedad de higienización. Previsto genéricamente ya en el Decreto de 1952 es recogido igualmente de una manera genérica en el artículo 42 del Reglamento actualmente vigente. Esta posibilidad genérica se concreta para cada núcleo de población mediante Orden del Ministerio de la Gobernación, previos informes de los Ministerios de Agricultura y Comercio (art. 87).

La principal consecuencia que lleva aparejada consigo el establecimiento de este régimen es la prohibición de la venta al público de la leche no higienizada, es decir, de la leche natural y de la leche a granel (art. 39) (13). El establecimiento de este régimen introduce, como es obvio, alteraciones en la esfera patrimonial de los particulares.

De todos modos no se produce ni un supuesto de expropiación forzosa—no hay privación singular—ni tampoco una transferencia coactiva, bajo ninguna de sus modalidades posibles. El ejercicio de la actividad comercial queda sujeta a nuevas limitaciones por lo que se refiere a la dirigida al abastecimiento público (14).

(12) Sobre su interpretación, *vid. infra*.

El Decreto 344/1973, de 1 de marzo, modifica el artículo 6.º del Reglamento en el sentido de aumentar el contenido mínimo de materia grasa de la leche natural en el momento de la entrega al comprador. La finalidad «estabilizadora» de la medida es clara y se corresponde con una coyuntura de excedentes.

(13) Sobre los distintos tipos de leche, sus características y condiciones mínimas para su comercio, *vid.* «Código Alimentario español», aprobado por Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre.

(14) Acerca de la caracterización de esa figura, *vid.* J. L. VILLAR PALASÍ: *Justo precio y transferencias coactivas*, núm. 18 de esta REVISTA, 1955.

Sobre la configuración como expropiación forzosa de distintos supuestos de intervención económica, antes de la actual Ley de Expropiación Forzosa, que expresamente los deja fuera sin entrar en su calificación, *vid.* L. LÓPEZ ROBÓ: *In-*

Jurídicamente esto es mantenible, aunque de hecho esas limitaciones generales pueden suponer hacer inviable la continuación del ejercicio de su actividad comercial a una serie de particulares.

El establecimiento del régimen de obligatoriedad de higienización para un determinado territorio es posterior a la constitución de las centrales lecheras, y depende de que por la Administración se estime que la capacidad de las centrales instaladas cubra «las necesidades de abastecimiento de la correspondiente población o área de suministro» (art. 87).

Es un ejemplo más del carácter nada aséptico de las técnicas de policía administrativa al servicio de la configuración de un sector económico o social determinado (15).

Con todo hay que destacar la flexibilidad del régimen transitorio establecido y el uso de la técnica de la dispensa (16).

El Reglamento actualmente vigente, con la modificación operada por el Decreto de 9 de marzo de 1972, no ha innovado sustancialmente la regulación anterior, aunque sí la ha aclarado.

El Decreto de 1952 no establecía tan nítidamente la correlación entre establecimiento de la obligatoriedad de la higienización y la suficiencia del abastecimiento por las centrales lecheras.

Así se explica un cierto equívoco que ha tenido su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto en una sentencia

tervencionismo administrativo en materia de subsistencias, en «Información Jurídica», octubre 1944, pp. 16 y ss.

Estas limitaciones se refieren, por ejemplo, a la necesidad de adaptar los establecimientos dedicados a la venta al público a las nuevas condiciones técnico-sanitarias establecidas (vid. artículos 72 y 90 del Reglamento de 1966), o a la prohibición de vaquerías dentro de las ciudades.

Puede sostenerse que esas limitaciones no suponen jurídicamente una privación de derechos, ya que el único destino de la producción lechera no es el abastecimiento público directo.

(15) Sobre esto, *vid. infra*.

(16) Así, por ejemplo, la disposición transitoria del Decreto de 1952 respeta las situaciones protegidas por el Decreto de 1944. En el mismo sentido el artículo 44 de la Orden de 31 de julio de 1952. *Vid.* sentencia de 3 de mayo de 1958 (Aranzadi 1.851).

En el reglamento actual se prevé la posibilidad de que se convalide por tiempo determinado a industrias de higienización que no alcancen las condiciones exigidas para centrales, para que puedan concurrir al abastecimiento público (artículos 57 y 58). A los cinco años de establecido el régimen de higienización obligatoria en una población pueden solicitar aumento del cupo autorizado; pero si llegan a una capacidad de higienización diaria de 25.000 litros «deberán solicitar la concesión de centrales lecheras y no la convalidación de su industria» (artículo 63).

Los fenómenos citados en el texto se observan paradigmáticamente en la normativa referente a Madrid, citada *supra*.

de 2 de diciembre de 1965 (17). En uno de sus considerandos se admite el automatismo de la obligatoriedad de higienización por el hecho de haber sido establecida una central lechera en Burgos. Se había seguido el procedimiento normal al amparo de los artículos 17 y 19 del Decreto de 1952. Se había convocado el concurso correspondiente y el presidente de la Comisión consultiva provincial había remitido a los Ministerios de Gobernación y Agricultura el oportuno expediente en tiempo y forma. La central fue aprobada al resolverse el concurso correspondiente y el Tribunal Supremo considera que esta orden de resolución del concurso «supone la aplicación concreta a dicha capital del sistema de higienización y prohibición de la venta a granel» y que esa disposición «quedó firme y consentida al no constar que fuera recurrida en tiempo y forma» (18).

La falta de correlación, explícitamente formulada, entre obligatoriedad de higienización y suficiencia del abastecimiento por las centrales adjudicadas podía ser favorecida por la antinomia interna que reflejaba la Orden de 6 de abril de 1957. De una parte, el artículo 1.º establecía que en caso de ser aprobadas más de una central lechera y no estando terminadas las obras de todas, aquella que estuviese en condiciones de iniciar su puesta en marcha podría solicitar el establecimiento de la obligatoriedad de higienización de la leche en la población correspondiente, lo cual suponía automáticamente la prohibición de la venta a granel. De otra, el artículo 2.º subordinaba la resolución favorable de la solicitud de la central peticionaria a que su capacidad fuese suficiente «para responder en todo momento del total abastecimiento de la población con leche higienizada y embotellada». Es evidente que la aprobación de varias centrales es un dato que revela la incapacidad de una sola para atender a todo el abastecimiento.

El Tribunal Supremo, incidentalmente, en sentencia de 16 de junio de 1964 (19) reconoce como presupuesto del establecimiento de la obligatoriedad de la higienización la suficiente capacidad de la central para el abastecimiento de la localidad. El asunto se refiere a la ciudad de Sevilla. Frente a la petición de que «se deje sin efecto el pro-

(17) «Aranzadi» 5401.

(18) Hay que hacer la salvedad de que los supuestos de hecho no permiten saber si en la convocatoria del concurso se había fijado el establecimiento de una sola central y si implícitamente se aceptaba su capacidad para el abastecimiento total de la población citada.

(19) «Aranzadi» 3231.

nunciamiento de la Orden preceptiva de la higienización de la leche e impediendo de su venta a granel, objetándose... que la central lechera no tiene capacidad para el abastecimiento del producto en esas condiciones», el Tribunal Supremo falla en contra precisamente por estimar que esa insuficiencia no había sido demostrada, y que los informes emitidos por los técnicos aseguraban lo contrario.

El establecimiento de la obligatoriedad de higienización y la correspondiente prohibición de la venta de leche a granel es una disposición general, aunque se refiera a una población determinada (20). Así lo considera una sentencia de 9 de julio de 1962 (21).

En uno de los considerandos de esta sentencia, que contempla un supuesto relativo a Zaragoza, se revela de pasada el alcance de esa prohibición. Lo que se prohíbe es la venta al público de ese tipo de leche no higienizada; pero no se prohíbe su venta a industriales para la fabricación de los correspondientes productos no destinados a abastecimiento directo al público. No hay, por tanto, una obligación de venta impuesta a los productores en beneficio de las centrales lecheras; la prohibición es sólo un medio indirecto de canalizar esa venta a dichos establecimientos (22).

En el alcance de esa prohibición se basa el fallo de la sentencia citada—dejando ahora aparte otras razones relativas a la falta de legitimación—que es contrario a los demandantes: «El mero hecho de que les asista un interés más o menos directo no les legitima en este especial proceso en el que dicho interés no guarda la debida adecuación con el general presuntamente lesionado por la disposición impugnada, ni ésta les obliga personal ni directamente, ya que pueden utilizar su producto con destino distinto, y la prohibición de vender leche a granel y la obligación de higienizarla no se la impone individualmente la orden que impugna.»

El régimen de las centrales lecheras se implanta en un momento que corresponde ya a una reducción del intervencionismo dominante en la política económica inmediatamente posterior al año 1939. Por ello, pese al evidente e inevitable contagio de las técnicas, no se operó una imposición al consumo como ocurrió en el ámbito del Ministerio de Industria (23).

(20) Vid. J. L. MEILAN: *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

(21) «Aranzadi» 3315.

(22) Esto se refuerza con la política de precios a que me refiero más adelante.

(23) Vid., por ejemplo, artículo 8.º de la Ley de 24 de octubre de 1939.

El intervencionismo que supone el régimen de obligatoriedad descrito puede ser reforzado, no obstante, en cualquier momento por el uso de las facultades que la Ley de 24 de junio de 1941 atribuye a la Comisaria General de Abastecimientos y Transportes (24). La leche figura entre las subsistencias que pueden ser objeto de «intervención en la contratación, circulación o consumo». En su virtud puede establecerse la transferencia coactiva de este producto de las industrias a las centrales lecheras en caso de imposibilidad de que éstas puedan abastecer al mercado o la venta obligatoria de los ganaderos a las centrales lecheras al precio fijado. Hay que advertir, sin embargo, que el problema, cuando se ha planteado, ha sido resuelto por la *vía de la negociación* y no por la vía de la imposición: las industrias de productos lácteos entregaron a las centrales lecheras la cantidad necesaria, siendo compensadas con una importación liberalizada de leche en polvo (25).

A su vez las centrales lecheras «solamente vendrán obligadas a recibir la leche que precisen para atender el abastecimiento público con sus normales fluctuaciones» (art. 83). No se asegura a los ganaderos la venta de toda la leche a través de imposiciones coactivas a las centrales. El aseguramiento es predominantemente económico: las necesidades de las centrales y de las industrias son las que garantizan visiblemente aquella venta.

El incumplimiento de las prescripciones establecidas constituyen las correspondientes faltas administrativas, que, cuando menos, llevan consigo las correspondientes sanciones (26).

La prohibición de la venta de leche a granel sin higienizar no va, sin embargo, automáticamente unida a la existencia de centrales lecheras. Así, el artículo 64 del Decreto vigente dispone que en aquellas localidades en las que o no se ha convocado concurso para el establecimiento de centrales lecheras o éste ha quedado desierto puede imponerse esa prohibición, pero «siempre que existan industrias de higienización que garanticen con sus recogidas, capacidad de higie-

(24) Cfr. artículos 1.º, 3.º y 5.º

(25) El problema se planteó en 1964. Las negociaciones se hicieron fundamentalmente con las industrias SAM y NESTLE, dando lugar a diversos acuerdos de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

Cfr. partidas 0.401 y 0.402 del vigente Arancel de Aduanas.

(26) Ver Decretos de 4 de agosto y 24 de diciembre de 1964 para Madrid. La disposición transitoria segunda del Decreto de 1966 establece que las disposiciones por infracción de las normas establecidas por el Decreto se rigen por la legislación vigente en tanto no se regulen por disposición especial.

nización y distribución el abastecimiento de dichas localidades». Esta condición habilitante de la prohibición no será, sin embargo, necesaria—según la nueva redacción del artículo 64 dada por el Decreto de 9 de marzo de 1972—cuando la aconsejen «circunstancias especiales de carácter sanitario»; en estos casos el Ministerio de la Gobernación podrá actuar la prohibición en otras localidades, dando cuenta a los Ministerios de Agricultura y Comercio.

b) *La exclusiva de actividad*

No está garantizada absolutamente por medio de preceptos jurídicos la exclusiva de la venta de leche en favor de las centrales lecheras. Aun en el caso de que se haya implantado el régimen de obligatoriedad de la higienización, la prohibición de la venta de leche natural no alcanza a las granjas diplomadas o de sanidad comprobada, convenientemente autorizadas. Salvo esta excepción, en la localidad o en el área de suministro correspondiente, sólo podrá ser vendida la leche para el consumo público por la central o las centrales lecheras aprobadas (27).

El artículo 49 del Decreto de 6 de octubre de 1966 señalaba que el número de centrales había de ser fijada en la correspondiente convocatoria «teniendo en cuenta el consumo medio actual y el futuro previsible, así como el número y capacidad de las centrales lecheras y centros de higienización ya existentes». Tal normativa no parece, por tanto, que se orientase en el sentido de facilitar la exclusiva de venta en una zona determinada a favor de una empresa que pretenda asegurar el abastecimiento completo de la localidad en que se instale. Si existiesen otros centros de higienización con aspiración a ser aprobados como centrales lecheras se tendrá que llevar a cabo un reparto que ha de definirse en la propuesta o memoria que eleven las instancias provinciales a los órganos centrales que publiquen el concurso.

No obstante, el Decreto de 9 de marzo de 1972 ha suprimido los dos primeros párrafos del artículo 49 en que se contenían las especificaciones descritas y, además, la norma general de no adjudicar concesiones de centrales lecheras que no tengan una capacidad mínima de higienización de 25.000 litros diarios. Tal reforma puede, desde luego, interpretarse como un deseo del legislador de avanzar hacia esa

(27) Sobre la delimitación territorial de la actividad de las centrales lecheras en relación con el término municipal y sus problemas, *vid. infra*.

exclusividad de venta de la leche en favor de las centrales, pues en la nueva redacción del artículo 49 no se alude a los centros de higienización ya existentes, y, sobre todo, se remueven los obstáculos antes reales para la creación de centrales con pequeña capacidad de higienización, que, necesariamente, han de afectar a un mercado atendido por aquellos centros. No deja de chocar esa supresión, porque la tendencia lógica hacia el futuro debería ser el mantenimiento o incluso el aumento de la capacidad mínima de higienización a seguir. Quizá haya sido un lapsus de la reforma y que ésta quisiera de verdad referirse sólo al tercer párrafo del citado artículo 49, dado que de hecho se sigue operando con el criterio establecido en el Decreto de 1966. En cualquier caso debería aclararse expresamente este punto.

Las centrales lecheras pueden abastecerse en cualquier punto del territorio nacional, pero normalmente sólo pueden vender en la localidad o área de suministro fijada o bien en aquellas otras en las que no se haya implantado el régimen de centrales lecheras. La situación económica que refleja el ordenamiento es de un oligopolio, no de un monopolio (28).

En igualdad de condiciones tienen derecho preferente para la adjudicación de las centrales lecheras, según dispone el artículo 48 del Reglamento, las empresas de higienización ya existentes en el territorio en cuestión, las cooperativas y asociaciones ganaderas y las agrupaciones mixtas de productores industriales y comerciales lecheros.

Esta preferencia tiene un especial interés en el caso de que se haya aumentado de una manera considerable el consumo y haya que proceder a nuevo concurso. Hay que entender, aunque de la interpretación estricta del precepto indicado no se deduzca, que en caso de necesidad de ampliación de la capacidad de las centrales parece que deben tener preferencia las ya existentes. Esta interpretación puede apoyarse en el párrafo final del artículo 49, en el que, al contemplar la procedencia de nuevos concursos, se afirma que se mantendrá el orden de preferencia señalado en el artículo 48.

De no admitir esta interpretación podría perjudicarse, a primera vista, los intereses de las centrales existentes en el caso de un au-

(28) La situación es frecuente en otros ordenamientos. Cfr. M. ANSHEN y F. D. WORMUTH: *Private Enterprise and Public Policy*, Nueva York, 1954, pp. 662 y ss. Más recientemente, vid. C. WILCOX: *Public Policies toward Business*, Illinois, 1960, 5.ª reimpresión, 1963, pp. 481 y ss.

mento de consumo producido no por el crecimiento vegetativo de la población ni el cambio de sus preferencias de consumo, sino por el aumento legal de la población debido a la decisión administrativa de anexionar nuevos términos municipales. En realidad, en este supuesto no se está ante un caso de *factum principis*, porque la exclusiva de venta a favor de las centrales lecheras constituidas no está concebida de una manera tan taxativa que impida la creación de nuevas centrales. La exclusiva funciona plenamente sólo respecto de establecimientos que no tengan el *status* de central o están asimilados a ellas. Respecto de las que puedan crearse en el futuro en la misma zona, el derecho de exclusiva se transforma en un puro derecho de preferencia, siguiendo una característica peculiar de nuestro Derecho administrativo (29).

c) *La intervención en los precios*

Como se ha adelantado al tratar del alcance de la obligatoriedad de higienización, tampoco las normas relativas a los precios en las distintas fases del proceso económico en el que operan las centrales lecheras ofrecen un ejemplo de intervencionismo completo. La intervención de los precios de venta de la leche se refiere a dos momentos y persigue la protección de dos intereses. Por una parte se fijan unos *precios mínimos de compra* de la leche al ganadero en origen y de otra se fija un *precio máximo de venta* de la central al detallista y al público. Los intereses que se persiguen con esta intervención son claros: la protección del ganadero y la protección del consumidor (30).

El Reglamento vigente ha introducido una importante modificación en el sistema anterior de fijación de precios. En la actualidad los precios mínimos de compra al ganadero son fijados por el Ministerio de Agricultura para todo el territorio nacional con una serie de variantes correspondientes a las distintas zonas en que a este efecto se divide aquél atendiendo a las distintas características de producción.

(29) Sobre este punto remito a mi libro *La cláusula de progreso de la ciencia en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

(30) Por lo que se refiere al sistema de precios de compra al ganadero, dada la rigidez del mismo, que no permitía un correcto ajuste entre oferta y demanda, la Orden de 18 de febrero de 1972 del Ministerio de Agricultura, que establece los precios de compra para el período 1972-73, trata de flexibilizar este régimen admitiendo una oscilación de los precios en origen dentro de límites prudenciales (0,75 pesetas por litro con respecto al precio mínimo), con la pretensión de facilitar una mejor adaptación a las cambiantes situaciones del mercado.

nivel de renta, etc. (31). Otro factor de variación es el estacional. Los precios máximos de venta al público de la leche higienizada y envasada son fijados por el Ministerio de Comercio a través de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes con los informes previos de los Ministerios de Gobernación y Agricultura.

Los precios se calculan partiendo de una central ideal de tipo medio y han de ser iguales para todas las centrales de una misma población. En aquellos casos en los que se ha admitido que el suministro de una población se lleve a cabo por una central situada en otra localidad, los precios pueden ser incrementados en relación con la mayor distancia de transporte.

También existen primas de calidad o descuento por mala calidad aplicables a los precios de compra en origen. Las primeras entran en funcionamiento obligatoriamente cuando se dan determinados requisitos y volumen de cantidad (32).

La diferencia de esta regulación con la anterior contenida en la Orden de 29 de febrero de 1956, hoy derogada, consiste fundamentalmente en la fijación a escala nacional y no provincial de los precios citados, así como en los distintos elementos a tener en cuenta para su determinación y la competencia administrativa para su fijación.

Por lo que se refiere al primer punto los precios eran propuestos para cada localidad por las comisiones consultivas provinciales, de las

(31) La regulación vigente contenida en el Decreto 338/1973, de 24 de febrero, fija seis zonas, al tiempo que determina la división del año lechero en dos periodos (1 de marzo al 31 de agosto de 1973, y 1 de septiembre de 1973 a 28 de febrero de 1974, excepto para la zona sexta —Canarias—, en que el primer período se alarga hasta el 31 de octubre de 1973). La diferencia de precios varía según las zonas, según los periodos y según el destino. Así la destinada a industrialización tiene un precio unitario para toda España; en cambio, la destinada a higienización o esterilización oscila para el primer periodo entre 7,75 pesetas por litro en la primera zona, a 9 en las zonas quinta y sexta, siendo tal oscilación para el segundo periodo de 8,75 (primera zona) y 10 (quinta zona, que comprende Alicante, Almería, Barcelona, Baleares, Castellón, Gerona, Granada, Jaén, Madrid, Málaga, Murcia, Tarragona y Valencia). Se prevén también unos plazos de intervención superior para la zona primera, aparte de otros mecanismos como los precios indicativos, precios testigo y precios por calidad, que no es ocasión de reseñar ahora.

Esta diferenciación de precios según zonas ha sido combatida, no sin razones, por algunos sectores que estiman que se trata de una medida que no se da en ninguna otra materia análoga y que favorece la implantación de explotaciones un poco do «invernadero» en perjuicio de las zonas con mayor aptitud ganadera.

(32) Cfr. Orden de 8 de febrero de 1971 (Ministerio de Agricultura), prorrogada en su vigencia para el año lechero 1972-73 por la Orden del mismo Departamento de 18 de febrero de 1972. Cfr. también modificación de dicha normativa, introducida por Orden del Ministerio de Agricultura de 22 de marzo de 1971.

que formaban parte los propios concesionarios de las centrales, y eran resueltas por orden conjunta de los Ministerios de Gobernación y Agricultura.

Por lo que se refiere a los gastos a tener en cuenta para la fijación de los precios de venta por las centrales, el artículo 1.º de la citada Orden señalaba que en las propuestas de las comisiones consultivas se harían «en forma que se asegure a los concesionarios en concepto de beneficio inicial, un 4 por 100 del presupuesto total de instalación precio para el funcionamiento de la central según su capacidad». Por otra parte, el artículo 5.º preveía la revisión de los precios «siempre que las circunstancias lo aconsejen, por iniciativa de las comisiones consultivas o a petición de los propios concesionarios».

Esta fijación atomizada de los precios tenía el inconveniente de producir dificultades adicionales en el abastecimiento de las centrales lecheras, porque la diferencia de precios que podían darse de provincia a provincia favorecía el flujo de la leche de los centros productores de una provincia a los de otra que ofreciese un mayor margen de ganancia.

El carácter parcial del intervencionismo en los precios antes aludidos puede producir—y de hecho ha producido—algunos problemas en el funcionamiento del sistema. Las centrales lecheras pueden sufrir la competencia de las industrias de productos lácteos. Aunque deben respetar igualmente los precios de compra en origen a los ganaderos, según señala el artículo 82, por tratarse de precios mínimos, no hay obstáculo jurídico a que se compre el producto a un precio superior al pagado por las centrales lecheras. Estas no disponen de medio jurídico alguno para impedir la posible situación de desabastecimiento—y, por tanto, para superar la dificultad de cumplir con las obligaciones contraídas—como consecuencia de esa superior oferta de las industrias lácteas, a pesar de la preferencia de trato que se da al abastecimiento público de la leche. El mismo problema puede plantear la negativa de venta de los ganaderos al precio al que quieran comprar las centrales lecheras aunque éste sea el mínimo legal.

En estos casos pueden utilizarse las facultades antes recordadas que la Ley de 1941 atribuye a la Comisaría de Abastecimientos y Transportes o bien proceder a una negociación o al manejo del arancel haciendo más atractiva la importación de productos lácteos extranjeros o llevando a cabo importaciones por la propia Comisaría de

Abastecimientos, pero son procedimientos al margen del sistema de centrales lecheras (33).

Si no se utilizan esas facultades en favor de las centrales lecheras, ¿pueden éstas justificar su no abastecimiento acudiendo al argumento de la fuerza mayor? El supuesto no es hipotético porque el margen de ganancia de las centrales se mueve entre un mínimo de compra en origen y un precio máximo de venta. La aproximación entre ambos es posible si los ganaderos determinan subir el precio de venta a la central. Esta puede considerar que el margen comercial es insuficiente y considerarse exonerada de la obligación de abastecer. La cuestión consiste en saber si ese alza de los precios es configurable como fuerza mayor y no hace incurrir a la central en caducidad, ni sufrir sanción alguna.

La contestación ha de ser negativa, a mi juicio. El abastecimiento público no puede quedar a merced del comportamiento de la central lechera, cuando se ha operado precisamente con el sistema una prohibición de venta a otros establecimientos que no sean los estrictamente aprobados como centrales, a la vista del consumo de la localidad en cuestión. El Consejo de Estado se ha manifestado en este sentido en supuestos de concesión de servicios públicos (34). El argumento se refuerza para las centrales lecheras si se tiene en cuenta que la Administración no les garantiza una ganancia determinada, ni subvenciona las posibles pérdidas, como ocurre en la concesión de algunos servicios públicos (35).

Tampoco se da el supuesto de un *factum principis* (36), puesto que la elevación, en la hipótesis que se está considerando, no se debe a la Administración, que fija sólo el mínimo aceptado al acudir al concurso (37).

(33) *Vid. supra*, nota 23.

(34) Cfr. J. L. VILLAR PALASI: *Concesiones...*, cit., p. 769.

(35) Cfr., a título de ejemplo, el muy completo dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 1950 (exp. 6.683).

(36) Sobre esto, *vid. S. BADAQUI: Le fait du prince dans les Contrats administratifs*, París 1955; G. ARIÑO ORTIZ: *Teoría del equivalente económico en el contrato administrativo*, Madrid, 1969.

(37) De todos modos, el supuesto referido en el texto es más bien teórico, hablando en términos coyunturales. La tendencia se orienta hacia los excedentes de producción, lo cual impide esa situación de superioridad transcrita.

III. EL ACTO DE APROBACIÓN DE LAS CENTRALES LECHERAS DENTRO DE LA DOCTRINA SOBRE LA AUTORIZACIÓN Y LA CONCESIÓN

1. La teoría tradicional sobre la autorización y la concesión

Desde hace algún tiempo la doctrina acerca de la concesión y de la autorización refleja una situación de inestabilidad. Numerosos son los trabajos que desde muy diversos puntos de vista tratan de precisar el alcance de estos dos conceptos ideal y lógicamente distinguibles de una manera nítida desde RANELLETTI (38). Ha podido llegar a hablarse, por eso, de una crisis conceptual de la categoría de la autorización administrativa (39), o cuando menos se ha desdoblado la figura, en principio unitaria, en una serie de actos (40). Pero tam-

(38) En la literatura italiana una muestra podría ser la siguiente: BODDA: *La dispensa amministrativa*, Turín, 1943; ORTOLANI: *Autorizzazione e approvazione*, en «Studi in onore di S. Romano», II, Padua, 1944; VIGNOCCHI: *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milán, 1947; GASPARI: *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, en «Giur.», compl. cass. civ., 1947, III, 1125 y ss.; M. S. GIANNINI: *Intorno all'apertura di sportelli*, en «Banca, borsa til. cred.», 1950, II, 350 y ss.; SANDULLI: *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, en «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1957, 784 y ss.

En nuestra patria, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, número 24 de esta REVISTA, 1957, páginas 117 y ss.; R. ENTRENA CUESTA: *El servicio de taxis*, número 27 de esta REVISTA, 1958, pp. 29 y ss.; J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo*, en «Revista de Derecho Marítimo», 1963; R. MARTÍN MATEO: *Silencio positivo y actividad autorizante*, número 48 de esta REVISTA, 1965; páginas 205 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Inscripciones y autorizaciones industriales*, número 52 de esta REVISTA, 1967, pp 421 y ss.; J. A. MANZANEDO MATEOS: *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968. Sobre todo quien ha llevado a cabo una revisión más profunda del concepto y abierto el camino para algunos de los trabajos antes citados, ha sido el profesor VILLAR PALASÍ: *Concesiones administrativas*, en «Nueva enciclopedia jurídica Seix», 1952, y más tarde, en *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964. Un buen resumen del *status quaestionis* hasta el momento en G. ARIÑO ORTIZ: *Tres lecciones sobre servicio público*, Alcalá de Henares, 1971, edic. lit.

(39) Cfr. SANDULLI: *op. cit.*

(40) Se habla así, por ejemplo, de admisiones, aprobaciones, dispensas, permisos, licencias, ratificaciones, etc.

Además de la literatura citada en la nota 38, cfr. DE FRANCESCO: *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*; DONATTI: *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, en «Archivio Giuridico», 1903, vol. 71; BODDA: *La dispensa amministrativa*, Turín, 1943; BAENA DEL ALCÁZAR: *Sobre la naturaleza de la declaración de importación de mercancías liberadas*, número 42 de esta REVISTA, 1963, pp. 229 y ss.

No siempre los términos se emplean con intención de identificar categorías autónomas ni en la legislación ni en la doctrina. Por ejemplo, es frecuente dar el mismo valor a las autorizaciones y a las licencias, Así, p. ej., R. ENTRENA

poco esta es una tendencia unánime. No faltan intentos de defender de nuevo el valor genérico de la figura frente a esa fragmentación mediante una labor depuradora que prescindiendo de matices irrelevantes recoja exclusivamente lo que por ser esencial puede aplicarse a todas las variedades imaginables (41).

Aquí sólo interesa subrayar cuáles son los postulados principales en los que se funda la teoría tradicional de la autorización y de la concesión. La autorización va ligada a la idea de «remoción de límites», supone el establecimiento de una prohibición previa, presupone un derecho preexistente del particular y, por tanto, el acto de autorización no amplía la esfera de facultades del mismo, no supone un aumento de sus derechos, tan sólo facilita su ejercicio. De una o de otra manera estas dos ideas de «ejercicio de una titularidad propia en el autorizado» y de la «remoción de los obstáculos» a su ejercicio son, con una u otras palabras, algo intocable (42). La autorización se refiere a «un campo de actuación abierto»; la autorización operaría como una *conditio iuris* de la existencia del derecho a actuar en los términos que las normas prevean (43).

Así se entiende que se caracterice inicialmente a la autorización por la ausencia de una función traslativa y que se defina la concesión primariamente—dejamos ahora aparte el caso de las pretendidas concesiones constitutivas—por ese traspaso de un derecho o de una facultad de la Administración al particular (44). Este derecho o facultad son originariamente administrativas, no preexisten en el particular; desde la perspectiva de éste se ha producido *ex novo* la creación

CUESTA: *Las licencias en la legislación local*, «REVL», 107, 1959, o, más recientemente, M. MONTORO PUERTO: *Licencia municipal y acuerdos de calificación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*, 153, 1967 (hay separata).

(41) En este sentido, S. MARTÍN-RETORTILLO: *op. cit.*, loc. cit., p. 149, que señala como una de las causas de «cercenamiento y debilitación» del acto administrativo de autorización la «particularización diferenciadora dentro del *genus* de los actos de autorización».

Sobre las distintas actitudes, desde la perspectiva de las concesiones entre los autores italianos, vid. O. SEPE: *In tema di concessione di autoservizi*, «Riv. Am.», pp. 616-617.

(42) Las frases entrecomilladas corresponden a P. GASPARRI: *Autorizzazione*, en «Enciclopedia del Diritto», IV, 1959, p. 510.

Una exposición de la teoría tradicional, en G. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, 8.ª ed., Milán, 1958, vol 1, pp. 263-264.

(43) *Vid.*, p. ej., MANZANEDO: *op. cit.*, pp. 406-407.

(44) *Vid.*, p. ej., GASPARRI: *op. cit.*, p. 510; VILLAR PALASÍ insiste en que lo que se traslada no es un poder, sino una función; en concreto, una función prestadora. Cfr. *Concesiones...*, cit., pp. 700-701.

de un derecho, proceda de un acto de traslado (concesión traslativa) o de un acto constitutivo (concesión constitutiva) de la Administración (45).

De ahí que la concesión suponga, en contraste con la autorización, una titularidad previa de la Administración. Por eso se entiende que la concesión tenga por objeto o bien el dominio público o bien un servicio público, es decir, de una manera simplificada, unos bienes o una actividad cuya titularidad corresponde a la Administración (46).

Por este camino puede fácilmente operarse una inversión en el razonamiento que llegue a rozar la petición de principio: la existencia de concesión no sólo aparece ligada a un servicio público—tratándose de actividades—, sino que determina la naturaleza de la actividad calificándola de servicio público. Dicho de una manera más llana: no se concibe que una actividad que no constituya un servicio público pueda ser objeto de una concesión. La idea del traslado antes citada refuerza el argumento. Si la actividad es privada—a los efectos que se están aquí considerando—sólo puede sujetarse a autorizaciones.

Una consecuencia de los postulados en los que se basa la concepción tradicional de la autorización es que este acto no crea una relación jurídica entre Administración autorizante y administrado autorizado. El acto de autorización quita los obstáculos al ejercicio de un derecho preexistente del administrado.

La autorización no tiene carácter negocial ni puede por sí misma otorgar otros poderes de modalización que los previstos en la norma. Los efectos de la autorización y el régimen jurídico de la actividad que con ella se legitima son única y exclusivamente los previstos en la norma. En cambio, la concesión implica un «concierto de voluntades» con una bilateralidad semejante a la vinculación contractual. Sus efectos derivan no sólo de la norma, sino de la propia declara-

(45) La distinción, en J. L. VILLAR PALASÍ: *op. cit.*, p. 699. No se admite, sin embargo, en la doctrina con toda franqueza la existencia de concesiones constitutivas. Cfr. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, vol. 1, p. 407, para quien «sólo las concesiones traslativas responden con todo rigor a las exigencias del concepto», no dudando en afirmar en que «a través de las concesiones constitutivas se ha producido un verdadero abuso del concepto concesional».

(46) Es la tesis, p. ej., del profesor GARRIDO FALLA: «Reducida así la idea concesional a sus límites más rigurosos, va a mostrar su operatividad exclusivamente en los campos del servicio público y del dominio público» (*ibidem*).

En el mismo sentido, p. ej., E. SILVESTRI: *Concesione amministrativa*, «Enciclopedia del Diritto», VIII, p. 371. La formulación es clásica desde O. MAYER: *Derecho administrativo alemán*, trad. esp., Buenos Aires, 1954, t. III, pp. 253 y ss., y t. IV, pp. 149 y ss.

ción concesional, que otorga al concedente un poder general y continuado de modalización de la actividad. La autorización es esencialmente un acto unilateral que consiste en la aplicación de la norma a un caso singular (47), en tanto que la concesión, por su bilateralidad, no es sólo aplicación de la norma, sino que constituye en sí misma una auténtica *lex in privos*.

Todo lo más que puede suceder es que la autorización exija unas determinadas condiciones para que el ejercicio del derecho del particular sea posible, o condicione el ejercicio al efectivo cumplimiento de las mismas una vez otorgada (48). Pero la sumisión del autorizado a la Administración no se acentúa por la existencia de la autorización.

En ningún caso la Administración ostenta potestad modalizadora interna sobre la misma, o lo que es igual, la Administración no puede intervenir individualmente en el ejercicio de esa actividad para cambiar algo de su contenido jurídico. Las modificaciones se hacen siempre «desde fuera», por vía general (49).

También se ha mantenido que el titular de una autorización no viene, en principio, obligado al ejercicio de la actividad para la que aquella se otorgó (50), a diferencia de lo que es propio de la con-

(47) Esta nota constituye el punto de arranque para la distinción conceptual del acto y del contrato administrativo que se hace en un trabajo que con ese título está todavía inédito.

(48) Es lo que sucede, por ejemplo, en la llamada autorización operativa o autorización reglamentada. A lo largo de la actividad se produce un constante intereseamiento por parte de la Administración que condiciona la vida de la autorización.

(49) Algún autor niega, sin embargo, esa posibilidad; así F. P. BENOIT: *Le droit administratif français*, París, 1968. La Administración concedente, si puede modificar el contenido de la concesión, no es por su calidad de tal, sino en virtud del poder de policía que puede coincidir en aquella (aquí entra la temática del «hecho del Príncipe»). Este poder de policía se distingue del poder de organización del servicio. En virtud de éste, la Administración puede elegir la forma concesional (contractual en el pensamiento de BENOIT) pero una vez hecho queda ligada por el vínculo del contrato, no puede tener dos cualidades distintas en virtud del mismo título jurídico: organización del servicio. «*Dans le cas de la concession, l'Administration doit donc être prise en sa qualité unique d'organisatrice du service: il n'est donc pas possible qu'elle puisse simultanément se décharger du service sur un particulier et rester maitresse de tout ce qui touche au service, car ce serait très exactement admettre qu'elle pourrait se lier sans se lier*» (p. 834). Las razones jurídicas son explicadas con observaciones de carácter socioeconómico: «*Où sont les hommes d'affaires prêts a livrer leur potentiel technique et financier à la discrétion des autorités administratives?*» (p. 833).

Una posición más matizada es la de CHEVALIER. En definitiva, al explicar el principio de mutabilidad, propio del régimen del servicio público, viene a reconocer a la Administración concedente facultades que no derivan del vínculo contractual. Cfr. J. CHEVALIER: *Le service publique*, París, 1971, pp. 44-45.

(50) J. A. MANZANEDO: *op. cit.*, p. 404. Sin que de la inactividad pueda resultar incurso en infracciones y subsiguientes sanciones administrativas.

cesión. Pero tal nota diferencial, cierta en algunos casos, resulta inexacta en otros, sobre todo en aquellos, más problemáticos, de las «autorizaciones reglamentadas». VILLAR PALASÍ ha recordado que tales autorizaciones crean entre la Administración y los particulares una relación permanente de sujeción, con un deber de *facere o praestare* y unas potestades especiales sobre el contenido de este deber (51). Esta pretendida nota diferencial debe ser matizada según los casos. Lo que sí constituirá una diferencia esencial será el régimen de sanciones; en el caso de las autorizaciones reglamentadas lo normal será la multa u otras sanciones pecuniarias (por ejemplo, pérdida de fianza) por el incumplimiento del deber de prestación, y, en su caso, la anulación de la autorización y el cierre del establecimiento. Todas ellas son típicas sanciones de policía, muy distintas del régimen normal de caducidad-sanción, con pérdida de la fianza, pero también asunción de la actividad por parte de la Administración, posible incautación de la misma y de los bienes afectos, nueva adjudicación posterior, etc. Esta última solución es impensable en los supuestos de autorizaciones reglamentadas.

La autorización encuentra, en definitiva, su fundamento en una composición de intereses privados y públicos. El título que justifica la intervención administrativa es la policía, la garantía de un orden público con el que se identifica, en la ideología subyacente a la construcción tradicional de la autorización, un bien común desmedulado. El acto de autorización supone un examen de la oportunidad del ejercicio de ese derecho aplicándole la «plantilla» del interés público. Precisamente por esta vía se abrirá paso la revisión de la teoría tradicional, extrayendo las consecuencias de esta característica.

2. *Revisión de la teoría tradicional*

El examen de la realidad hace cada vez más forzado el valor indiscutido de los esquemas descritos. La revisión de la teoría tradicional se hace simultáneamente desde los dos extremos de la autorización y de la concesión. No todas las revisiones son de la misma profundidad. En algunos casos se trata de matizaciones que respetan en lo fundamental los postulados del esquema tradicional.

a) Desde la perspectiva de la autorización la crítica más relevante se ha dirigido a rechazar como fundamento de la autoriza-

(51) J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención...*, cit., pp. 279-288, passim.

ción la nota de la remoción de límites, desligándola del concepto tradicional de policía (52).

En este sentido el acto de autorización no es la excepción a una regla general, constituida por la prohibición de una actividad; por el contrario, en ocasiones, como sucede con la autorización industrial, el interés público requiere ese ejercicio; la autorización pretende orientar ese ejercicio en un sentido determinado, precisamente en razón del interés público. La autorización puede ser vista desde este ángulo no como la llave de la libertad, sino más bien como una técnica al servicio de la intervención de la Administración Pública (53).

Por este camino de alejamiento de la posición neutral, la autorización se ha ido cargando doctrinalmente de notas en principio ajenas a su naturaleza. El acto de autorización se ha enriquecido con cláusulas accesorias—sujeción a tiempo, a condiciones, limitación del número a otorgar— (54). De una manera natural se ha preparado así el camino para acuñar la figura de autorizaciones constitutivas de una relación continuada entre administrado y Administración (55), o de actividades constitutivas de ordenamientos seccionales (56).

b) Desde la perspectiva de la concesión, su ligamen necesario al servicio público—tratándose de actividades—hizo que su campo de aplicación se extendiese al ampliarse la noción de servicio público. Aparecen así los servicios impropios o los servicios virtuales (57). La figura de la concesión en estos casos aseguraba la idea de un traslado de poderes de la Administración a los gestores de

(52) Vid. *supra* nota 38.

(53) La idea fue expuesta por el profesor VILLAR PALASÍ, en 1952, en su obra citada *Concesiones administrativas*, en donde habla de la autorización como de una «técnica de tutelar el interés público y forzar a la actividad económica y social a seguir los derroteros más convenientes a las necesidades públicas» (p. 697).

La doctrina la ha contemplado, en 1964, en su libro ya citado *La intervención administrativa en la industria*, cap. XVI, en especial pp. 319-320.

Posteriormente han seguido ese camino iniciado R. MARTÍN MATEO, T. R. FERNÁNDEZ, J. A. MANZANEDO, G. ARIÑO y el autor de este trabajo.

(54) Cfr. LUCIFREDI: *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milán, 1941. Entre nosotros, J. M. BOQUERA OLIVER: *El condicionamiento de las licencias*, núm. 37 de esta REVISTA (1962).

(55) Cfr. F. FRANCHINI: *Le autorizzazioni...*, cit.

(56) La terminología es de M. S. GIANNINI: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milán, 1950.

(57) Bibliografía sobre unos y otros en R. ENTRENA CUESTA: *El servicio de taxis...*, cit., pp. 32 y 34.

esos servicios y, por supuesto, se establecía una relación jurídica que engendraba en el concesionario una sujeción distinta a la del mero administrado (58).

De otra parte, ese carácter traslativo, tradicionalmente asignado a la concesión, se ha cuestionado con las denominadas concesiones constitutivas. Tanto en éstas como en las traslativas hay creación de un derecho para el administrado; pero en aquéllas esto se hace sin transmitir el poder de la Administración, sino con base en ese poder (59). Pero también esa idea de creación de un derecho como característica de la concesión será discutida. No tiene ningún interés práctico, tal como se entiende en el esquema tradicional de la concesión-autorización, la distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho. Esa titularidad es excesivamente vaga; las facultades de apreciación de la oportunidad por parte de la Administración pueden ser muy amplias, de modo que no es difícil inclinarse a pensar que la autorización es, más que un presupuesto de ejercicio, un elemento indispensable para el nacimiento del concreto derecho al ejercicio de una actividad (60).

Por último, también se ha querido poner la clave de la distinción en nuevos supuestos. En concreto se ha hablado en este sentido del carácter privativo y excluyente de la concesión, lo cual explica que vaya siempre acompañada de la cláusula «sin perjuicio de tercero» (61).

Todavía podría precisarse que en la concesión de servicio, como contrapartida a su poder genérico de modalizar la prestación, la Administración Pública asume también la «responsabilidad» sobre el servicio, lo cual supone entre otras cosas la obligación de asegurar el equilibrio financiero de la explotación tal como inicialmente se

(58) La teoría del servicio público virtual se ha ligado también a la idea de autorización. Así, CHENOT concluye taxativamente: «un sistema de autorización previa puede ser el fundamento de un régimen de servicio público»; se refiere a autorización sobre utilización del dominio público a la que se acompañan obligaciones propias de la actividad de servicio público. Cfr. J. CHEVALIER: *op. cit.*, Document 13, p. 25.

(59) Cfr. ZANOBINI: *Corso...*, cit., pp. 261-262, aunque el ejemplo que pone relativo al dominio público no sea muy convincente.

(60) La artificiosidad de la construcción que supone la pretendida existencia de un derecho subjetivo ha sido puesta de manifiesto por J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención...*, p. 316: «... en la autorización industrial no puede decirse que exista un derecho subjetivo—al estilo de la propiedad—preexistente, sino sólo una libertad industrial».

La misma idea es corroborada por R. MARTÍN MATEO: *Silencio...*, cit., p. 215.

(61) Cfr. VILLAR PALASÍ: *Concesiones...*, cit., pp. 697-698.

acordó, cuando por órdenes de la Administración o por alteración de las circunstancias generales del mercado aquélla se altere. Nada de esto es aplicable a las autorizaciones, en ninguna de sus modalidades; ni siquiera en el supuesto de que el desequilibrio financiero se produjese como consecuencia de medidas de intervención administrativa, como sería, por ejemplo, la tasación de precios. La razón descansa en que se está operando en el ámbito del poder de policía, cuyas medidas, en principio, no son indemnizables a diferencia de lo que es propio del poder tarifario sobre los servicios públicos (62).

c) Todos estos intentos no parece que hayan logrado alcanzar una solución indiscutida, aunque han tenido, sin duda, el mérito de profundizar en un esquema acaso demasiado simple para la complejidad de las actividades en las que ha de intervenir la Administración.

Sin ánimo exhaustivo, el contraste entre las soluciones propuestas desde las dos perspectivas antes enunciadas lo pone de manifiesto. La aproximación entre ellas es evidente. Para unos habrá actividad privada sometida a autorización constitutiva de una relación continuada, para otros habrá concesión de un servicio virtual; para unos la exclusividad será síntoma de una concesión, para otros será una autorización con *numerus clausus*.

Los esfuerzos para mantener la claridad de la distinción encuentran continuamente las dificultades que proporciona una realidad extraordinariamente multiforme. La elección definitiva en favor de una u otra figura va frecuentemente acompañada de matizaciones, que desde un puro nivel teórico, se presentan como impurezas de la categoría. La autorización, por ejemplo, se «inficciona» de notas concesionales (63).

Si a pesar de ese panorama construido de gradaciones los autores hacen su elección en favor de una u otra categoría extrema es por razones previas, prejurídicas. Aparte de la mentalidad de respeto a las construcciones heredadas, la balanza se inclina por la autorización o por la concesión para defender la actividad privada o para defender el interés público encarnado en la Administración.

(62) Sobre este punto, G. ARIÑO ORTIZ: *La potestad tarifaria sobre los servicios públicos* (en prensa).

(63) Así, p. ej., S. MARTÍN-RETORTILLO: *Acción administrativa...*, cit., p. 159. La autorización para apertura de farmacias «aparece un tanto alterada con matices que son incluso peculiares de la concesión», p. 159. También J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La extinción de la autorización de farmacia*, núm. 37 de esta REVISTA, 1962, páginas 143 y ss.

Son las dos visiones—desde el particular o desde la Administración—que explican la solución de compromiso que es el Derecho administrativo (64).

Las consecuencias de una u otra elección son diferentes: la dependencia del administrado es menor o mayor según los casos y el poder de la Administración para influir en su situación está más o menos limitado (65).

De todos modos la solución vendrá, aunque el camino sea fatigoso, por el examen analítico de las múltiples actividades sobre las que opera el binomio genérico de la autorización-concesión, estando más a las distintas características de cada regulación que a la idea preconcebida que pueda subyacer en la preferencia por una u otra figura.

Habrà que examinar, consecuentemente, de acuerdo con esas premisas el caso de las Centrales lecheras: cuáles son las características de su regulación y hasta qué punto pueden ser reconducidas a las categorías examinadas, teniendo en cuenta tanto su elaboración inicial como su revisión posterior.

3. *El supuesto de las Centrales lecheras*

Siguiendo la inercia de la investigación tradicional parece que se debería abocar ahora el planteamiento de un dilema: las Centrales lecheras suponen una actividad privada sometida a autorización o constituyen un servicio público sujeto a concesión. Pero, de acuerdo con lo afirmado anteriormente, cedamos el paso a la propia regulación de las Centrales.

De entrada, hay que decir que la normativa referente a las centrales lecheras emplea continuamente los términos de «concesión», «concesionario», «caducidad de la concesión», etc. ¿Supone esto una calificación *ex lege* o estamos ante una de tantas imprecisiones del lenguaje?

Parece claro—y así lo ha declarado en alguna ocasión nuestro

(64) Sobre este carácter, cfr. mi trabajo *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, Madrid, 1967.

(65) Sin entrar ahora en la exactitud de la afirmación para el supuesto examinado, ENTRENA CUESTA sostiene que en el servicio de taxis, por ser actividad privada, «el titular de la autorización para prestar el servicio de taxis podrá en cualquier momento renunciar a ella por actos expresos o tácitos. Como consecuencia de esta renuncia dejará de estar sometido a la reglamentación del servicio, única fuente, como sabemos, de la obligación de prestarlo, y, en consecuencia, se extinguirá dicho servicio» (p. 58).

Tribunal Supremo—que en la calificación de servicio público y en la aplicación de uno u otro régimen jurídico hay que atender al contenido material de la actividad y no a la declaración o titulación formal de que esté dotada la entidad gestora de la misma. Veamos por ello los datos que ofrece el derecho positivo, según el orden normal que integra el proceso de constitución de las Centrales.

a) Como se ha hecho constar al comienzo de este trabajo, las Centrales lecheras no nacen ligadas a una declaración legal expresa de servicio público, sino más sencillamente al establecimiento genérico de un régimen de higienización obligatoria de la leche. Tal obligación, formulada negativamente, significa una prohibición general de vender leche destinada al abastecimiento público que no reúna determinadas condiciones de higienización. Esa venta puede hacerse por Centrales lecheras u otros centros de higienización convalidados.

Esa prohibición ¿es configurable como un caso tradicional del ejercicio del poder de policía o podría equipararse a la declaración de servicio público?

Si fuese lo primero, entraría en juego la autorización, se la conciba como remoción de límites, o como declaración de conformidad con el estándar fijado de interés público, es decir con las condiciones reglamentariamente establecidas para la venta de la leche (66).

Esa prohibición es configurable como una medida de policía sanitaria, que encaja plenamente dentro del tradicional ejercicio del poder de policía. Y así lo confirma el hecho de que la venta puede realizarse, al menos durante una serie de años, no sólo por Centrales sino también por otros centros de higienización convalidados, lo cual indica que no se configura aquí régimen alguno de exclusiva a favor de las Centrales, sino un campo de actividad abierto a todos aquellos empresarios que cumplan el estándar fijado de interés público, esto es, las condiciones de higienización.

Lo que sucede es que, con buen criterio, el legislador entiende que es deseable una cierta uniformización en cuanto a tipos, medidas, volumen de producción y también titulación jurídica de los

(66) Nos movemos en el campo de la elaboración tradicional de la teoría y su revisión posterior.

Para J. L. VILLAR PALASI, la exclusión que el artículo 1.º del Decreto de 25 de abril de 1963 hace, entre otras industrias agrarias, de las de «higienización de la leche» se basa en que requieren una concesión, no una autorización. Tal vez se haya dejado llevar por la simetría del Decreto homónimo relativo a las empresas que caen bajo la competencia del Ministerio de Industria, donde se hace un grupo aparte con servicios públicos.

Cabe otra interpretación: necesidad de autorización caso por caso.

distintos centros, y prevé por ello, en el artículo 63 del Reglamento, que los centros de higienización convalidados, a los cinco años del establecimiento del régimen de obligatoriedad, si alcanzan una capacidad determinada, deben solicitar la «concesión» de central lechera y no la prórroga de convalidación.

No parece fácil de admitir la segunda parte de la disyuntiva. Nos encontramos con el escurridizo concepto de servicio público; pero, sin entrar ahora en su precisión, varios datos de la normativa de las Centrales hacen difícil su aceptación. Podría parecer que el Estado intenta asumir el monopolio de la responsabilidad del suministro de la leche higienizada; pero, la limitación a núcleos de población superior a 25.000 habitantes y la ausencia de implantación completa de hecho, hacen dudar de la asunción de esa responsabilidad.

Esto se refuerza en el supuesto de ausencia de solicitudes de los particulares para constituir Centrales lecheras. Ya sabemos que el Municipio correspondiente no tiene obligación de hacerse cargo de la responsabilidad del suministro y el Reglamento vigente se limita a señalar vagamente que entonces el Gobierno adoptará las medidas pertinentes. Pero esta responsabilidad—explicable por tratarse de un elemento esencial para el abastecimiento nacional—no se puede equiparar con la titularidad sobre la actividad. La situación es—en este aspecto—por completo inversa a la propia del servicio público. En efecto, la Administración del Estado asume la gestión cuando no hay iniciativa privada o municipal (típica situación en materia de abastos), y esto es justamente lo contrario de la dinámica propia del servicio público, en la que la *publicatio* supone la asunción como propia, bajo titularidad estatal, de cualquier posible gestión, incluso de las anteriormente existentes en manos particulares.

Además, la existencia de un régimen obligatorio de higienización y, por lo tanto, la prohibición de venta de leche a granel puede darse también en ausencia de Centrales lecheras como reconoce al artículo 64 del Reglamento, siempre que existan industrias de higienización que garanticen el abastecimiento correspondiente. Jurídicamente el servicio público no se ha configurado, aunque no falte voluntad política de conseguirlo (67).

(67) El profesor VILLAR PALASÍ sostiene que con el Decreto de 1952 el primitivo régimen de autorización se ha transformado en «auténtica concesión de servicio público». Cfr. *La intervención...*, cit., p. 277. En mi opinión, como se dice en el texto, la constitución de servicio público ha quedado a mitad de camino.

Finalmente, se puede rastrear todavía alguna otra manifestación incidental de la no admisibilidad de la idea de servicio público. Así, en las bases del concurso dadas por la Presidencia del Gobierno para la concesión de siete Centrales lecheras en Barcelona, capital, y principales poblaciones de la provincia (26 de noviembre de 1969), se proclama la necesidad de establecer unas normas que permitan resolver las solicitudes de convalidación de las industrias de higienización para concurrir al abastecimiento del área de suministro «haciendo compatible el respeto a los posibles derechos adquiridos con las exigencias técnico-sanitarias, económicas y comerciales que implica el suministro racional de leche higienizada a un núcleo de consumo tan importante...» Pero el sistema para lograr este objetivo no es el de la indemnización a los centros ya existentes, que sería el arbitrado en caso de establecimiento de un servicio público, sino simplemente la concesión de ciertas ventajas económicas (acceso a beneficios previstos en el decreto 2856/1964, de 11 de septiembre, sobre sectores industriales agrarios de interés preferente) para su instalación o adaptación a las condiciones reglamentarias (68). Lo que aquí se fomenta es la «readaptación» de las empresas (ampliación, fusión, transformación, etc.), haciéndola obligatoria en un plazo razonable, lo cual es una medida típica de policía configuradora del orden social y económico en el Estado moderno, pero sin producir conversión jurídica alguna del régimen de explotación.

b) El mecanismo se pone en marcha convocando un concurso. En él figuran las condiciones técnico-sanitarias que deben cumplir los concursantes. Se señala también el número de las Centrales que se pueden crear, que tiene relación con la capacidad de consumo de la localidad correspondiente.

De acuerdo con el esquema expuesto, este dato no es concluyente. La autorización puede darse no caso por caso, sino como consecuencia de un concurso público, y la misma limitación del número tam-

(68) La introducción de centrales lecheras en Barcelona provocó numerosos problemas, dado el desarrollo experimentado en la zona de industrias lácteas hasta alcanzar un elevado número, más tarde reducido por la política de fusiones de empresas. *La Vanguardia*, en su edición del 2 de mayo de 1970, se preocupaba por el futuro de los pequeños empresarios, a quienes sin duda resultaría difícil adaptarse a las nuevas exigencias reglamentarias: desenvolverse en un local debidamente acondicionado, disponer de laboratorio, personal especializado, etc. Por otra parte, jugaba también papel importante la prohibición de transformarse en centrales lecheras si no alcanzaban una producción de 25.000 litros diarios, dado que existían numerosísimas empresas que no superaban un volumen diario de 2.000 litros.

poco es obstáculo para que se defienda la existencia de autorización.

c) La resolución del concurso se hace con amplio uso de facultades de apreciación.

Pero tampoco es éste un dato decisivo. La autorización—como hemos visto—admite un amplio juicio de oportunidad al operar una composición de intereses públicos y privados

d) Resuelto el concurso en favor de un determinado peticionario surge una relación entre el adjudicatario de la Central y la Administración que se caracteriza por una serie de obligaciones y derechos. Y es aquí justamente donde, frente a la claridad de los esquemas anteriores, la calificación se oscurece porque la serie de deberes legales a los que quedan sometidas las Centrales recuerda el régimen propio de los servicios públicos.

En efecto, el adjudicatario de la Central se compromete con la Administración a cumplir los requisitos contenidos en su propuesta: emplazamiento, capacidad de producción y fecha de comienzo de su actividad, área de suministro que cubrirá, etc. En garantía de ese cumplimiento debe depositar una fianza en la Caja General de Depósitos. El incumplimiento de lo contenido en la solicitud lleva consigo la pérdida de la fianza y que se deje sin efecto la aprobación realizada (69).

Asimismo, en su funcionamiento las Centrales quedan sometidas a la obligación, fundamental, de asegurar el abastecimiento público en la medida aprobada para cada una de ellas, y como consecuencia están obligadas—artículo 83— a recibir la leche que necesiten para ese abastecimiento. Esto es un verdadero deber de prestación regular y continua, que resulta impensable en un régimen de actividad industrial ordinaria y que es más bien propio de la actividad de servicio público, más aún, si pensamos que en caso de incumplimiento la normativa habla de caducidad de la concesión. La obligación de compra y abastecimiento es, pues, clara. Ahora bien, dado el régimen de intervención sobre los precios que ha quedado descrito anteriormente, este deber plantea el problema del equilibrio finan-

(69) La Orden de 30 de septiembre de 1955, correspondiente al primer período de instalación de centrales lecheras, daba un plazo de quince días para declarar el estado actual de las centrales aprobadas. En la exposición que debería hacer cada una de ellas tenían que justificar las circunstancias que hubieran impedido el cumplimiento de las obligaciones contraídas dentro de los plazos señalados. El artículo 3.º de la Orden facultaba a los Ministerios de la Gobernación y Agricultura para disponer «la anulación de aquellas concesiones que, a su juicio, no ofreciesen las debidas garantías en la realización de su cometido.

ciero de la explotación y de la responsabilidad pecuniaria de la Administración en relación con los posibles déficit comerciales.

En efecto, con el régimen de precios imperante —precio mínimo de compra al ganadero, precio máximo de venta al consumidor— puede darse el caso de situaciones de desabastecimiento de las Centrales por la competencia de industrias de productos lácteos que paguen por la leche un precio superior al mínimo. Si los ganaderos determinan, por este motivo, elevar el precio de venta a la Central, ésta puede, o bien negarse a comprar incumpliendo su deber de suministro, o bien trabajar con pérdidas, puesto que tiene tasado el precio de venta al consumidor.

Ya hemos dicho que no sería admisible aducir en estos casos la fuerza mayor y dejar desabastecido el mercado. Pero, si esto es así, y dejando a salvo otras posibles medidas coyunturales (tasación en origen, compra por la CAT, manejo del Arancel, etc.), la solución no puede consistir en condenar a las Centrales a soportar, sin más, las pérdidas, sino que parece razonable compensarles éstas de modo análogo a como se cubren, por vía de subvención, los déficit producidos en un servicio público con un régimen de tarifas castigadas. La analogía de ambas situaciones es obvia (70). Como contrapeso a las obligaciones antes citadas que contraen las Centrales lecheras, éstas pueden tener a su favor la ventaja de la exclusiva de venta en los términos que se han descrito en otro apartado de este trabajo.

Esta exclusividad, hoy por hoy, no puede decirse que se reconozca en el sentido en que ésta se predica del servicio público. La posibilidad de la venta no depende de la, así llamada, «concesión» de Central lechera; ésta no es el único título habilitante para el ejercicio de la actividad. Podrán hacerlo igualmente las granjas diplomadas u otros centros de higienización convenientemente autorizados, aunque no sean titulares del título «concesional». Lo cual parece apuntar a que la exclusividad no tiene un respaldo jurídico con-

(70) Hay analogía, pero no identidad, como se demuestra si pensamos que en el régimen jurídico propio de los servicios públicos la obligación de prestación del servicio no alcanza sólo a los términos pactados establecidos en la concesión, sino también a aquellas ampliaciones que la Administración le ordene. Cfr. G. ARTIÑO ORTIZ: *Tres lecciones...*, cit., p. 86. Pues bien, como ha quedado consignado *supra*, se exige el previo compromiso de las centrales para que éstas tengan que hacerse cargo de ampliaciones de suministro; así se deduce con toda claridad de la reforma introducida por el Decreto de 9 de marzo de 1972.

cesional sino que es pura y simplemente consecuencia de unas condiciones técnicas y sanitarias que debe tener la actividad.

Ahora bien, el examen de la realidad pone de relieve cada vez con mayor evidencia que esa exclusividad se produce *de hecho* teniendo en cuenta los volúmenes de actividad de Centrales y demás centros que coexisten con ellas. Pero, sobre todo, desde el punto de vista jurídico, dado el tenor de nuestra legislación positiva, la situación a la que se llegará en los próximos años acentuará estos rasgos desde el momento en que se dice que todos los centros expendedores que reúnan tales condicionamientos serán declarados Centrales lecheras y sólo podrán existir legalmente aquellos que los reúnan. En tal momento se produce ciertamente una exclusividad real de suministro a favor de las Centrales lecheras.

Pero continuemos el análisis interrumpido. La exclusiva de venta no se determina hasta que la Administración comprueba que es posible el abastecimiento de la localidad de acuerdo con la capacidad de las Centrales lecheras aprobadas y puestas en marcha. Se produce, por tanto, en esta relación entre las Centrales lecheras con la Administración dos fases: la primera está dominada fundamentalmente por las obligaciones de las Centrales y sólo en la segunda, cuando se da el supuesto antes citado, aparecen los derechos que la Administración pone a favor de las Centrales lecheras.

El acto de aprobación es anterior al establecimiento de la prohibición de venta de leche natural a granel. La prohibición no se establece en un primer momento y de una manera general, sino al final del proceso, una vez construidas las Centrales lecheras. Esa prohibición aparece entonces como una ventaja que la Administración ofrece como contrapeso a la obligación de suministro contraída por la Central.

Este carácter de la relación establecida acerca indudablemente el supuesto a la técnica concesional. La Central adquiere un derecho que previamente no tenía. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de centro higienizado que solicita su conversión en Central, a lo que puede también sentirse forzado por la imposibilidad legal de obtener una renovación de su convalidación (71).

El resultado del examen del régimen de las Centrales supone una aparente paradoja: su *status* es más cercano a la concesión que

(71) Cfr. artículo 63 del Reglamento vigente.

a la autorización; la *actividad* más cercana a la pura actividad privada que al servicio público.

La actividad, en sí misma considerada, no ha recibido hasta ahora declaración alguna de servicio público y sigue perteneciendo al *orden privado*, si bien por el interés marcadamente colectivo que encierra, la Administración reglamenta especialmente su realización. Se trata de una actividad no constitutiva de servicio público—porque no hay acto de *publicatio* expreso—, pero sobre la que ha recaído una *publicatio específica* que afecta esencialmente al contenido de la relación entre Administración pública y sujeto que realiza la actividad.

Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia en que la elección que se haga puede estar muy fácilmente condicionada por un *partipris* ideológico. No existiendo esa actitud previa, la solución lógica sería la de considerar que estamos ante una *concesión que tiene por objeto una actividad no constitutiva de servicio público* (72). Aparecería así una figura intermedia que ha sido bautizada entre nosotros con el nombre de *concesión industrial* (73) y que se podría denominar más genéricamente *concesión de gestión económica de interés colectivo*. Bien es verdad que ello exige alguna matización, pues no siendo objeto de esa concesión un servicio público, el régimen jurídico propio de éstos no es trasladable íntegramente a ella. Lo será únicamente en algunos aspectos: aquellos que estén previstos en la norma y los que la propia dinámica interna de la relación exija (p. ej., el mantenimiento del equilibrio financiero si se le obliga a trabajar con pérdidas, en el caso de las Centrales).

La aceptación de esa figura obliga a llevar a cabo una nueva remodelación de las categorías, por un proceso lógico de coherencia interna de pensamiento que se intenta a continuación consciente de su inevitable carga convencional; importan menos los términos que los conceptos que quieren expresar.

(72) Actividades sociológicamente vinculadas a la configuración actual del Estado y que tienden a lo que con categorías jurídicas nacidas en la ideología del siglo XIX es el servicio público, y ello explica que hayan sido denominadas «situaciones jurídicas *en marche vers le service publique*» (SAVATIER) o «servicios públicos en vías de declaración» (VILLAR PALASÍ). Cfr. *La intervención...*, cit., pp. 289-290.

Acerca del carácter decisivo de la elección política sobre actividades públicas o privadas, cfr. F. P. BENOIT: *op. cit.*, pp. 772 y ss. («el criterio del servicio público no es más que un criterio intencional», p. 774).

(73) Cfr. VILLAR PALASÍ: *Concesiones...*, cit., pp. 693-694.

4. *Consecuencias dogmáticas para la definición del binomio autorización-concesión.*

A mi modo de ver, el camino que conduce a un nuevo planteamiento de la autorización y concesión ha sido marcado por el profesor VILLAR PALASÍ. La autorización es definida como «el acto administrativo unilateral que no implica un concierto de voluntades» (74). Por el contrario, la concesión, sobre todo la concesión de servicios aparece ligada a la idea de colaboración (75). Algo característico de la concesión es la sumisión del particular a un acto de la Administración (76). Lo esencial no es, por tanto, que se de una vinculación recíproca continuada, ya que ésto no es aplicable a la concesión constitutiva.

La concesión administrativa se escinde en dos fases: la primera es el «acto administrativo de establecimiento del servicio sobre adjudicación o de afectación del dominio público» y la segunda se refiere a la «colaboración del particular, que a través de su aceptación establece el vínculo concesionario» (77). En la concesión administrativa se da una bilateralidad semejante pero no idéntica a la vinculación contractual, ya que «el modo de crearse tal vinculación no es precisamente el acuerdo de contrato sino el acto administrativo unilateral (78).

Con todos los antecedentes citados es posible llegar a la formulación que se propone seguidamente:

- 1) A mi modo de ver es preciso desligar la concesión de la idea de una titularidad previa de la Administración; lo que se nece-

(74) *Op. cit.*, p. 392.

(75) *Op. cit.*, pp. 693 y 707. La concesión es «un acto cuyo fin es asegurar, con la promesa de ciertas ventajas, la colaboración de un particular con la Administración con el fin de ejecutar el hacer funcionar un servicio público».

(76) «Si bien la eficacia de este acto sumisorio provoca la nulidad del acto administrativo cuando falta la regación», *op. cit.*, p. 703.

(77) *Op. cit.*, p. 702.

(78) Por eso concluye afirmando que la concesión es «un acto administrativo configurado sobre la base de una sumisión, pero que no pierde por ésta su carácter de unilateral» (p. 704). Todo esto se explica por lo que el mismo profesor ha distinguido dentro de la concesión: hay unas partes mudables y unas cláusulas inmutables. Las cláusulas inmutables son «aquellas que no hacen mención a la organización y prestación del servicio público, y relativas a la ecuación financiera del concesionario como objeto y remuneración de la concesión acordada» (p. 738). De ahí que la perturbación que se pueda producir en las cláusulas inmutables lleva consigo la indemnización correspondiente para mantener el equivalente económico.

Por eso se ha podido hablar entre nosotros de una escala de la contractualidad de las concesiones. Cfr. J. L. DE LA VALLINA: *op. cit.*, pp. 17, 53 y 134.

sita es «la existencia de una *publicatio* previa» (79). Esta *publicatio* es el título habilitante de la intervención de la Administración, es la delimitación de un círculo de bienes o de actividades que por su trascendencia supraindividual exige la presencia de la Administración.

Tradicionalmente esta *publicatio* ha quedado reducida a la declaración o afectación de bienes al dominio público o a la declaración de una actividad como servicio público, o a la funcionarización de actividades profesionales, pero puede consistir en otras técnicas; en concreto, en el establecimiento de prohibiciones que afecten a sectores concretos de actividad. En estos casos las actividades no tienen por qué dejar de ser privadas para convertirse en públicas, pero colocan a quienes las desarrollan en una situación distinta a la de los administrados simples. Esta *publicatio especifica* engendra una supremacía especial por parte de la Administración, lo cual visto desde la perspectiva del particular implica una *sujeción especial*. Por lo tanto, a mi modo de ver, las actividades que por su interés colectivo hayan sido sometidas previamente a una *publicatio especifica* pueden ser objeto de concesión.

- 2) La otra nota que caracteriza a la concesión frente a la autorización es el carácter estrictamente unilateral de la autorización frente a la combinación de unilateralidad y bilateralidad que se da en la concesión. La unilateralidad está representada por el acto de *publicatio*, la bilateralidad por el acto de sumisión, de aceptación de la *sujeción especial*.

Esta bilateralidad supone la existencia de obligaciones y derechos por parte del concesionario y por parte de la Administración la posibilidad de influir desde dentro en el contenido de la relación, respetando el equivalente económico.

Por el contrario, en las autorizaciones, aunque sean de aque-

(79) Cfr. VILLAR PALASÍ: *La intervención...*, p. 267.

En cambio, MANZANEDO —cuya cita no se puede hacer sin un sentimiento profundo— no se decidió a dar ese paso, según se deduce de estas palabras: «Una vez eliminado el dogma del concesionario interpuesto, servicio público es titularidad pública sobre la actividad y su correlativa extracción del ámbito reservado a la libre iniciativa privada. El servicio público comporta la titularidad del sector público y la correlativa exclusión de una actividad del ámbito entregado a la iniciativa privada, sin perjuicio de las limitaciones sectoriales o territoriales del servicio.» Cfr. J. A. MANZANEDO MATEOS: *Servicio público: aproximación a su línea evolutiva*, en «Estudios en homenaje al profesor López Rodó», vol. II, Madrid, 1972, p. 236.

llas que condicionan la actividad de los particulares, al no darse esa sujeción especial no puede existir esa posibilidad de ejercer una «potestad modalizadora interna» de la misma. La Administración no puede intervenir individualmente en el ejercicio de esa actividad para cambiar algo de su contenido jurídico. Las modificaciones se hacen «desde fuera», por vía general.

- 3) La autorización, por consiguiente, cubriría aquellos fenómenos en que se da una sujeción general, es decir, en la cual sólo desde fuera, por vía de determinación general, puede modificarse la situación del autorizado, siempre en virtud de la composición de intereses públicos y privados que el mecanismo conlleva.

Dentro de ese género cabría distinguir las *licencias*, que implican una mera declaración de licitud del ejercicio de la actividad, pero sin ningún otro condicionamiento posible (80). La licencia en este sentido sería típicamente la autorización reglada; en este caso el juicio de oportunidad se ha predeterminado a través de distintas fórmulas (81).

En cambio, en todos aquellos supuestos en que de alguna manera se condiciona el ejercicio de la actividad autorizada, bien en el momento inicial de puesta en marcha o a lo largo de todo el tiempo de su ejercicio, o se limite su número, estaríamos ante un supuesto que podría calificarse de *permiso*. Aquí el juicio de oportunidad lleva consigo una limitación posible en el ejercicio de la actividad en cuestión.

- 4) Por último, habría que diferenciar la relación concesional de la pura relación contractual. En los contratos que no son de gestión de servicios públicos no se da sujeción especial, ni sujeción general, y por otra parte la bilateralidad es constitutiva del mismo sin necesidad de una previa *publicatio*.

(80) El significado filológico del término ha sido destacado por el profesor VILLAR PALASÍ.

(81) Una de ellas es, por ejemplo, la que ofrece los Decretos así denominados de liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional (Decreto 157/1963, de 26 de enero), al fijar unas condiciones mínimas técnicas y de dimensión. Este Decreto ilustra la diferencia entre licencia y permiso, en el sentido señalado en el texto. Las industrias que deben cumplir determinadas condiciones, previamente determinadas, estarán sujetas a licencia; las que están sometidas a un examen individual serán objeto de un *permiso*; en cuanto el juicio de oportunidad no está predeterminado, el otorgamiento de la autorización es discrecional y se puede condicionar. Quedan aparte los supuestos de dispensa y de concesión de servicios públicos.

Así se explican las especialidades que los contratos de gestión de servicios ofrecen en la vigente Ley de Contratos del Estado en comparación con los otros contratos regulados en ella. Esa diferencia se traduce en el alcance de la anteriormente enunciada «potestad modalizadora interna», que se concreta en el artículo 74 de la LCE para los contratos de gestión de servicios públicos (82).

5. Conclusión

De acuerdo con estas ideas el acto de aprobación de las Centrales lecheras sería una concesión industrial o de gestión económica de interés colectivo en el sentido que no tiene por objeto ni el dominio público, ni el servicio público sino una actividad sobre la cual ha recaído un acto de *publicatio*, consistente en una limitación formal de policía. El acto de sumisión de la Central lechera a las condiciones del concurso supone el nacimiento de una relación con obligaciones y derechos que pueden dar lugar a la caducidad de la misma en caso de incumplimiento de las obligaciones.

El recelo hacia una ampliación del campo de la concesión es una consecuencia de la identificación del Derecho administrativo como el Derecho de la Administración, que tiene su fundamento en la identificación burguesa de poder y propiedad. Por el contrario, si el Derecho administrativo se concibe como el Derecho común de los intereses colectivos, la *publicatio* no es necesariamente un medio jurídico para incrementar el patrimonio —bienes y servicios— de la Administración. Hoy el poder —y de ello es cada vez más consciente la Administración planificadora occidental— puede ser enorme, sin soportar los inconvenientes de una extensión ilimitada de la titularidad patrimonial.

(82) Artículo 74: «La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio no tengan trascendencia económica, el empresario no podrá deducir reclamaciones por razón de los referidos acuerdos.»

En la literatura italiana vid. F. GULLO: *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padua, 1965, en donde se afirma la doble existencia de concesión y contrato o, «se si vuole, una concessione con contratto» (p. 401).

