

I. ESPAÑA

EL PROCEDIMIENTO PREVIO A LA CREACION O EXPANSION DE UNA EMPRESA NACIONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: Rasgos generales de la evolución del sector público industrial. De las nacionalizaciones sectoriales a la empresa pública aislada. La despolitización de la empresa pública.—II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y SU VALOR: Aspectos del mismo. El tema de las garantías y la evolución del sector público industrial.—III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO: Los preceptos constitucionales. La Ley fundacional del INI. La Ley del Plan de Desarrollo.—IV. EL PROCEDIMIENTO PREVIO A LA CREACIÓN O EXPANSIÓN DE UNA EMPRESA NACIONAL: Descripción y alcance.—V. EL PROCEDIMIENTO COMO GARANTÍA: 1. El anuncio previo: naturaleza y requisitos. 2. Las consecuencias del anuncio en el supuesto de la concurrencia de la iniciativa privada: elementos reglados y discrecionales de la decisión. Supuesto de falta de concurrencia de la iniciativa privada.—VI. GARANTÍAS JURÍDICAS Y GARANTÍAS POLÍTICAS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PÚBLICA.

I

La actividad empresarial pública cuenta ya con medio siglo de existencia en su versión moderna (1), si se toma como punto de partida la primera guerra mundial, a partir de la cual, como consecuencia de la ejecución de los acuerdos de Versalles, el Estado francés comienza a asumir la gestión de empresas industriales, si bien de forma asistemática y ajena a toda previsión.

Estas primeras experiencias cobran, sin embargo, un gran valor al producirse la gran crisis financiera mundial de 1929. En efecto, la crisis hizo conmoverse en sus cimientos el viejo edificio capitalista-liberal. De un mundo optimista, en el que la iniciativa privada vivía orgullosa de su suficiencia para resolver cuantos problemas planteara la vida económica, se

(1) No faltan quienes pretenden buscar los antecedentes de la actividad pública de empresa remontándose a épocas lejanas. Por este camino la historia de las empresas públicas podría enlazarse con el tema de las regalías y sobre todo con las ideas y realizaciones del despotismo ilustrado. Estos precedentes, si bien pueden explicar la existencia de determinadas empresas estatales —Minas de Almadén, Salinas de Torrevecija, etc.—, tienen un valor muy relativo desde una perspectiva general, ya que los principios que inspiran esta forma de actividad del Estado son otros y tienen su encaje en una fase determinada de la evolución de las ideas políticas, que en el plano de las realizaciones concretas no puede remontarse más allá de la fecha indicada en el texto.

pasó entonces a un pesimismo sistemático y a un deseo de revisión de los esquemas vigentes para hacer posible su continuación. En el plano de las ideas políticas, la crisis de 1929 potenció los extremismos de izquierda y derecha, ambos coincidentes en atribuir al Estado unas facultades de intervención en la economía cada vez mayores, reduciendo en consecuencia el campo de acción de la iniciativa privada. Surge así en Francia, por obra del Gobierno frente-populista de León Blum, la que después habría de llamarse primera ola de nacionalizaciones, que afecta fundamentalmente a las producciones de guerra y sienta las bases para la posterior intervención en el sector bancario. De igual modo el Gobierno fascista de Mussolini crea en Italia en 1933 el Istituto di Ricostruzione Industriale con el fin de completar la obra de saneamiento bancario iniciada años atrás. En Alemania, el resultado de la crisis es el auge incontenible del nacional-socialismo, y el consiguiente desarrollo de una importante industria de Estado.

Esta efervescencia estatizadora se potencia definitivamente con la segunda guerra mundial. La participación de los partidos de izquierda en el movimiento de Resistencia facilita en Francia la realización de la segunda ola de nacionalizaciones que convierte al Estado en el empresario más poderoso del país, al compás del precepto contenido en la Constitución de 1946, en el que se afirma categóricamente que *«todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera el carácter de servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad»*.

La asunción al poder del partido laborista conduce en Gran Bretaña a resultados semejantes, y la obra se consolida luego al producirse el relevo conservador en 1951, sin más excepciones que la desnacionalización de la industria del acero y de los transportes por carretera a larga distancia.

De este modo la década de los cincuenta ve consolidarse en todos los países de Occidente un sistema mixto, en el que el sector público comparte con el privado las responsabilidades del desarrollo. A partir de entonces las nuevas penetraciones del sector público en el campo de la economía no se llevarán a cabo a través de nacionalizaciones sectoriales, sino mediante la creación de empresas aisladas con la finalidad de cubrir vacíos o romper situaciones de monopolio.

Paralelamente a este proceso, la generalización del sistema empresarial público y su aceptación en todos los ambientes produce como resultado su despolitización y consiguiente desvinculación de los movimientos, ideologías y partidos que le dieron vida (2). Los últimos programas del laborismo constituyen una prueba evidente de este cambio de orientación (3).

(2) Me remito en este punto a las referencias bibliográficas contenidas en mi trabajo *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, en el número 46 de esta REVISTA, especialmente notas 5 y 6. Este cambio de orientación ha sido particularmente patente en el último programa de la social democracia alemana, adoptado en el Congreso de Bad Godesberg en 1959. Un breve pero sustancioso análisis del mismo en este punto puede verse en *Derecho de propiedad; socialismo y pensamiento cristiano*, J. I. CÁLVEZ, «Cuadernos Taurus», núm. 39, 1962, págs. 16 y ss.

(3) Puede verse al respecto *Objetivos para los años 60*, incluido en *Una política socialista*, ed. Ariel, 1964. Igualmente en *Nationalization*, A. H. HANSON, págs. 457 a 463. Entre

En el momento presente pudiera decirse que los frentes se han estabilizado en torno al principio de subsidiaridad, eje sobre el que se monta el sistema imperante de economía mixta. Examinar el valor y alcance de este principio es, por tanto, una premisa ineludible para centrar el tema propuesto en sus justos términos.

II

Al hablar del principio de subsidiaridad, la doctrina resalta dos aspectos fundamentales del mismo, positivo y negativo (4). De un lado, la intervención del Estado y de los entes públicos en la vida económica se justifica en los casos en que la iniciativa privada sea insuficiente o suponga un abuso que ponga en peligro el bien común. De otro, la acción pública subsidiaria supone un límite y una garantía de respeto de la iniciativa privada. Junto a ambos aspectos parece necesario destacar un tercero que no por menos atendido deja de tener importancia. En efecto, concebida la acción pública con un carácter subsidiario, el principio enunciado debe también defender al propio sector público contra su inercia expansiva para evitar que asuma riesgos y responsabilidades que por no ser imprescindibles pueden suponer una carga excesiva para el mismo que ponga en peligro su gestión global.

La garantía que el principio de subsidiaridad supone es, pues, doble. Por una parte defiende el ámbito correspondiente a la iniciativa privada; por otra, la propia capacidad de gestión del sector público en un momento dado. Esta precisión no tiene simplemente un valor teórico, sino que, por el contrario, tiene una indudable trascendencia práctica, como puede probarse con una simple ojeada al cuadro actual de nuestras empresas públicas, y ello porque las disponibilidades de una economía están rigurosamente tasadas en cada situación y los problemas que se planteen son siempre problemas de equilibrio. La actual despolitización del fenómeno empresarial público obliga a plantear el tema de su justificación desde un ángulo técnico al margen de principios utópicos o declaraciones más o menos sentimentales (5).

los citados objetivos se incluyen la renacionalización del acero y de los transportes por carretera a larga distancia, únicas nacionalizaciones revocadas por los conservadores a partir de 1951. La inclusión de ambos propósitos en el programa laborista es, pues, una cuestión de prestigio más que otra cosa y un compromiso con el cuerpo electoral. Por otra parte, sólo el primero de ellos ha sido abordado en la primera etapa del nuevo Gobierno laborista y de un modo bastante revelador acerca del escaso interés del Gobierno en llevarlo a efecto. Todos los demás objetivos y tendencias del programa se dirigen a la creación de empresas públicas aisladas en base a razones de orden técnico-económico.

(4) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *El principio de la función subsidiaria*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 121, 1962.

(5) Este nuevo planteamiento es evidente, como también lo es su generalización a todos los ambientes. Sirva de ejemplo la reciente nacionalización de la industria eléctrica italiana (*La nazionalizzazione dell'industria elettrica in Italia*, «Stadium», Roma, 1962), las nuevas orientaciones del laborismo inglés (*Objetivos...*), la inserción de las empresas públicas en la planificación del desarrollo, etc.

Enunciado ya en términos generales el alcance del principio de subsidiaridad, el problema a resolver es justamente el de precisar en cada caso las razones que legitimen la creación de una nueva empresa pública o la expansión de otra ya existente.

La solución de este problema, que obviamente no resulta fácil en modo alguno, ha variado sustancialmente a lo largo de la evolución que ha quedado descrita. En efecto, en el período de efervescencia nacionalizadora la publicación de un determinado sector económico era objeto de discusión parlamentaria en base a los preceptos constitucionales en cada caso vigentes. Las nacionalizaciones, en cuanto formas singulares de expropiación, requerían una ley formal, subordinada, claro está, a las leyes y preceptos fundamentales. El problema de la justificación de la empresa pública se planteaba entonces en términos exclusivamente políticos, y por consiguiente, las garantías de la iniciativa privada se hacían valer exclusivamente en este terreno.

En el momento actual los datos ya recogidos de la despolitización de la empresa pública y el abandono del sistema de las nacionalizaciones sectoriales plantean el problema de muy diverso modo. A ello contribuye también la generalización del proceso de planificación económica que obliga, al estar programados los objetivos, recursos y actividades de cada período, a referirse a ellos a la hora de decidir la creación o expansión de una empresa pública. La discusión no se plantea, pues, en el ámbito parlamentario y constitucional, sino en el más modesto, pero también más eficaz, del Derecho administrativo. La decisión de crear o extender una empresa pública viene a ser de este modo una decisión de la Administración fiscalizable en vía jurisdiccional.

Este es, de modo particular, el planteamiento del tema de la justificación de la empresa pública en nuestra realidad a partir de la promulgación de la Ley 194/63, de 28 de diciembre, que aprobó el primer Plan de Desarrollo Económico y Social, como a continuación veremos.

III

Centrando la cuestión en nuestro ambiente, hay que comenzar por una referencia a las formulaciones que del principio de subsidiaridad hacen nuestras Leyes fundamentales. Así, el Fuero del Trabajo, en su punto XI, afirma que *«el Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la nación —número 6—, y que, en general, no será empresario —número 4— sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación»*. Por su parte, el principio X de la Ley fundamental de 17 de mayo de 1958 reconoce también a *«la iniciativa privada como fundamento de la actividad económica, que deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado»*.

Tales preceptos no son otra cosa que simples declaraciones de principios, sin posibilidad de imponerse a las Leyes ordinarias. Es, por el contrario, en una de éstas, la fundacional del Instituto Nacional de Industria, de 25 de septiembre de 1941, donde hay que buscar el marco concreto de

desenvolvimiento del sector público en España. El artículo 1 de dicha Ley creó el Instituto con la misión de *«propulsar y financiar, en servicio de la nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y atractiva»*.

En desarrollo de la misión enunciada, el Instituto Nacional de Industria, a lo largo de cinco lustros de actuación, se ha convertido en el empresario más importante del país, controlando en su totalidad o participando mayoritariamente en más de ochenta empresas y actuado a través de ellas en todos los sectores de la vida económica, en concurrencia siempre con la iniciativa privada (6).

Lo que antecede viene a resumir, siquiera sea brevemente, el aspecto positivo del principio de subsidiaridad a que antes se hizo referencia, es decir, el relativo a la legitimación de la intervención del Estado y los entes públicos en la vida económica a través de la creación de empresas industriales. Es, pues, necesario entrar a examinar ahora el aspecto negativo, esto es, el de las garantías de la iniciativa privada frente a la creciente intervención del Estado y el espectacular desarrollo de las empresas del sector público. A este respecto, sin embargo, no es mucho lo que puede decirse. Bastaría simplemente con aludir a que, desde un punto de vista jurídico-formal, la creación de empresas nacionales en nuestro sistema hasta la Ley de 28 de diciembre de 1963 se realizaba a través de las correspondientes autorizaciones del Gobierno al I. N. I. por medio de Decretos, interpretando con absoluta libertad y sin limitación alguna las circunstancias concurrentes en cada caso.

En esta situación se llega a los prolegómenos del primer Plan de Desarrollo Económico, hoy en curso, y al ya famoso primer informe del Banco Mundial sobre la economía española, cuya orientación marcadamente liberal ha sido ya suficientemente subrayada. En él se afirma de forma categórica que la empresa pública no debe entrar en sectores donde la iniciativa privada tenga planes concretos de actuación (7), y aceptando tal consejo, el Decreto de directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, de 23 de noviembre de 1962, define en su artículo 4 los objetivos a perseguir por las empresas públicas del modo siguiente :

«Las nuevas actividades que se emprendan por las empresas nacionales hoy existentes, así como las de aquellas otras entidades de igual clase que puedan crearse en el futuro, atenderán a suplir la iniciativa privada o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas, sin perjuicio de las que puedan serles encomendadas por el Gobierno en relación con la Defensa Nacional».

Siguiendo estas directrices, la Ley 194/63, de 28 de diciembre, introduce una primera disciplina del sector público industrial, estableciendo

(6) Datos referidos al 31 de diciembre de 1964.

(7) Páginas 493 y ss. del citado informe. «Documentación Económica», núm. 35. 1962.

frente a la absoluta libertad del período anterior un procedimiento llamado a garantizar el respeto a la iniciativa privada y a contrastar las necesidades que puedan justificar la creación de nuevas empresas nacionales. El examen de este procedimiento es justamente el objeto del presente trabajo.

IV

Tres son los motivos que el artículo 4 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 considera que legitiman la creación de una empresa nacional o la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes: insuficiencia de la iniciativa privada, conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia, imperativos de la defensa o de alto interés nacional. De los tres, es el primero de ellos el que presenta una mayor problemática, derivada de la actividad concurrencial a desarrollar por la empresa pública de que en cada caso se trate, y por ello, y fundamentalmente, porque el procedimiento a que se viene aludiendo se refiere únicamente a él, el examen de los otros dos quedará fuera de este trabajo. Baste con apuntar a este respecto que la alusión a imperativos de «alto interés nacional» consagra una vía que por su vaguedad puede hacer quebrar la disciplina introducida por el precepto que nos ocupa, si bien la excepcionalidad de este motivo frente a la concreción de los demás parece, en principio, garantizar que no habrá de hacerse de él un uso excesivo (8).

El caballo de batalla en la justificación de la empresa pública es, pues, como ya se hizo notar anteriormente, el concretar cuándo es insuficiente la iniciativa privada en un sector de actividades, y, por tanto, cuándo es legítimo cubrir ese vacío con una empresa pública. Más aún, la Ley refiere la insuficiencia a los objetivos señalados para cada sector con carácter indicativo en el Plan de Desarrollo, y para determinarla el apartado 3.º del artículo 4 de la citada Ley establece el siguiente procedimiento:

«En el supuesto del apartado a) del número anterior, y salvo que existan razones técnicas o de urgencia apreciadas por el Gobierno, éste, a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia, antes de proceder a la constitución de una empresa nacional o de iniciarse actividades distintas o establecerse otras plantas industria-

(8) Recientemente, por Decreto 975/1966, de 7 de abril, se ha autorizado la constitución de una nueva Empresa Nacional bajo la dependencia de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes. Dicha Empresa, denominada «Mercados Centrales de Abastecimiento, S. A.», se justifica, según el preámbulo, en los motivos b) y c) del artículo 4 de la Ley del Plan, y tiene por objeto la construcción e instalación de mercados centrales, así como su explotación y gestión, con el fin de contribuir al mejoramiento del ciclo de comercialización de los artículos alimenticios. La nueva empresa nacional es la primera de esta clase que se crea fuera del «grupo I. N. I.», lo cual no deja de ser significativo dentro del marco de las orientaciones que se apuntan en nuestro sector público industrial.

les por las empresas ya existentes, publicará el oportuno anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*, para que las empresas privadas puedan realizar, dentro del plazo que se señale, las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que en cada caso se estime necesario».

A su vez, el apartado 4.º del propio artículo establece que :

«La creación de nuevas empresas nacionales o de filiales de aquellas ya existentes, así como la iniciación por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto, a propuesta del Ministro competente por razón de la materia o del organismo autónomo correspondiente, por conducto del Ministerio a que esté adscrito, previo informe del Ministerio de Hacienda y de la Comisaría del Plan de Desarrollo».

De este modo, como ya antes se apuntó, la creación de una empresa nacional (9) viene a convertirse en la ejecución de un acto administrativo previo fiscalizable jurisdiccionalmente. Pues bien, para precisar el alcance de la eventual fiscalización será necesario analizar la naturaleza y el carácter de los actos que integran el procedimiento en cuestión.

V

1. *El anuncio previo: naturaleza y requisitos.*

El apartado 3.º del artículo 4 de la Ley del Plan ordena al Gobierno, como hemos visto, la publicación de un anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* con carácter previo a la creación o expansión de una empresa nacional para que las empresas privadas puedan realizar, en el plazo que se señale, las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que, en cada caso, se estime necesario.

El anuncio es, por tanto, una verdadera convocatoria de concurso con el que se pretende cubrir los objetivos previstos para cada sector en el Plan de Desarrollo. Expresamente toma este carácter la Orden del Ministerio de Industria de 18 de agosto de 1965, por la que «se convoca concurso» para la instalación de una fábrica de tratamiento y concentración de mineral de uranio, e igualmente, aunque en su parte dispositiva se emplee una fórmula distinta, la de 18 de febrero de 1966, sobre convocatoria a la iniciativa privada para la realización de determinadas fabricaciones en el ramo de la química industrial orgánica.

Ambas Ordenes, y las de 24 de noviembre de 1964 y 5 de julio de 1965, relativas a la producción de cemento, junto con la de 5 de mar-

(9) Sobre el concepto de empresa nacional y su relación con el de empresa pública, puede verse *Notas...*, págs. 107 y ss. La peculiaridad de aquel concepto restringe consiguientemente el ámbito de aplicación del procedimiento en cuestión, dejando fuera del mismo a todas aquellas empresas públicas que por su configuración no pueden considerarse empresas nacionales.

zo de 1966, sobre instalación de una fábrica de azúcar, constituyen hasta la fecha los únicos ejemplos de utilización del procedimiento en cuestión.

Tratándose, pues, de un concurso, es claro que en su realización deben tenerse en cuenta los principios aplicables a los mismos con carácter general, tales como el de igualdad de los concursantes, inmutabilidad de las bases de la convocatoria, vinculación de la Administración a las citadas bases y posibilidad de su impugnación por los interesados.

Sobre cada uno de estos extremos conviene realizar algunas precisiones, relativas en primer lugar al contenido del anuncio. En él, como en toda convocatoria, deberán especificarse todas y cada una de las condiciones del mismo, tales como actividades a realizar, capacidad de las plantas a instalar, localización de las mismas, plazo para realizar la instalación, volumen de producción, forma de resolver la concurrencia, etcétera.

La precisión de cada uno de los extremos requiere un especial cuidado, ya que en caso contrario el anuncio en cuestión puede convertirse en un verdadero fraude. La exigencia de una localización caprichosa, de una capacidad de producción demasiado elevada, de un plazo demasiado corto o, en cualquier caso, de condiciones manifiestamente innecesarias, puede enervar la virtualidad de la nueva disciplina del sector público instaurada por la Ley del Plan de Desarrollo. ¿Existen garantías que puedan evitar este resultado? Indudablemente, sí.

El propio artículo 4 de la Ley del Plan obliga a referir la insuficiencia de la iniciativa privada a los objetivos señalados para cada sector concreto en el propio Plan. Ahora bien, estos objetivos se determinan en forma global para el sector entero, de forma que la referencia tiene solamente un valor relativo.

Existe, sin embargo, una fórmula más concreta, consistente en determinar la capacidad de producción exigible en función de los «mínimos» predeterminados con carácter general para el sector de que se trate. Por otra parte, esta referencia supondrá siempre una cierta objetividad, ya que las «dimensiones mínimas» y «condiciones técnicas» constituyen declaraciones previas de la Administración acerca de la viabilidad de las plantas industriales (10). Esto supuesto, las capacidades de producción exigidas en cada convocatoria no deberán sobrepasar nunca los citados «mínimos» e igualmente las «condiciones técnicas», tampoco deberán ser, a menos que existan razones especiales que lo justifiquen, más gravosas que las vigentes a efectos de libertad de instalación industrial. La razón es clara: si se cumplen los «mínimos» y «condiciones técnicas», la instalación de una industria es absolutamente libre, previa la inscripción de la misma en el Registro industrial, que, por lo demás, no puede ser negada. No tendría sentido, pues, exigir en la convocatoria una capacidad o dimensiones superiores a dichos mínimos, ya que cualquier empresa interesada en acometer las producciones convocadas podría instalarse libremente al margen del concurso.

(10) Así se desprende del preámbulo del Decreto 157/1963, de 26 de enero, que articuló el nuevo sistema de liberalización industrial.

En lo que al plazo de instalación se refiere, es más difícil ofrecer una referencia segura. En cualquier caso deberá ser razonable en función de las características técnicas de la industria de que se trate, y esto en cierta medida puede esclarecerse en cada caso mediante la oportuna prueba pericial.

Resta, por último, referirse al problema de quién está legitimado para impugnar la convocatoria. Tratándose de un acto administrativo, siquiera sea general (11), no puede existir duda alguna al respecto, ya que, conforme dispone la Ley de Procedimiento administrativo, estarán legitimadas todas las personas físicas o jurídicas que ostenten en relación a él un interés directo, hayan presentado o no los correspondientes proyectos (12).

2. *La resolución del concurso en el supuesto de concurrencia de la iniciativa privada.*

Examinada la naturaleza y contenido del anuncio, hay que referirse a la resolución del concurso cuya convocatoria es objeto del anuncio en cuestión.

La Ley del Plan de Desarrollo nada dice a este respecto, si bien es claro que la concurrencia de ofertas debe resolverse siempre a favor de la más ventajosa.

Hasta el momento, las fórmulas utilizadas por las Ordenes a que antes se hizo referencia son diversas. Así, las dos primeras, de 24 de noviembre de 1964 y 5 de julio de 1965, ambas relativas a sendas instalaciones de producción de cemento, utilizan en su punto 4.º la siguiente:

«Si transcurrido el plazo anteriormente señalado, la iniciativa privada, a juicio discrecional del Ministerio de Industria, no garantizase plenamente el mínimo de capacidad de producción de cemento artificial portland en la zona y provincias citadas en la cuantía establecida...».

Semejante a ésta es también la empleada por la Orden de 18 de febrero de 1966, relativa a producciones del ramo de la química industrial orgánica, con la particularidad de que en esta convocatoria no se ofrece a la iniciativa privada, como en las anteriores, la instalación de una sola planta industrial, sino que la oferta es indeterminada en número y accesible, por tanto, a todas las empresas industriales que garanticen, «a juicio discrecional del Ministerio de Industria», los objetivos señalados.

Por su parte, las Ordenes de 18 de agosto de 1965, relativa a la instalación de una planta de tratamiento y concentración de mineral de uranio, y de 5 de marzo de 1966, sobre producción de azúcar, presentan al respecto una mayor precisión al establecer en sus puntos 7.º y 4.º, respectivamente, que:

(11) Sobre la naturaleza jurídica de las convocatorias de concursos y oposiciones me remito por entero al trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Actos administrativos y Reglamentos*, en el núm. 40 de esta REVISTA, págs. 231 y ss.

(12) *Idem*, págs. 241 y ss.

«El Ministerio de Industria examinará las solicitudes recibidas, y dentro de aquellas que reúnan suficientes garantías financieras y de solvencia técnica, elegirá la que, a su juicio, contenga mejores condiciones técnicas, económicas y sociales».

A la vista de estas diversas fórmulas, cabe preguntarse por una serie de cuestiones de definitivo interés a estos efectos. En las Ordenes de 24 de noviembre de 1964 y 18 de febrero de 1966 se condiciona la adjudicación del concurso a que las empresas que concurren al mismo «garanticen suficientemente, a juicio discrecional del Ministerio de Industria, los objetivos señalados en la convocatoria». Ya desde un principio puede afirmarse que esta reserva de decisión discrecional no es, de ningún modo, absoluta, ya que, en cualquier caso, existen una serie de elementos reglados que la limitan, tales como la capacidad de producción, localización y demás condiciones fijadas en la convocatoria. Más aún, teniendo en cuenta que el Ministerio de Industria tiene establecidos los «mínimos» de producción y las condiciones técnicas exigibles para cada sector de producción, y que el cumplimiento de dichos requisitos hace libre la instalación de la industria, por entenderse entonces que su estructura es técnicamente idónea, la decisión del concurso se convierte en un acto plenamente reglado y su resolución a favor de una empresa que no cumpla esas condiciones habría de ser nula, de existir otra que las reuniera todas.

Por tanto, hay que concluir que la reserva contenida en la frase «a juicio discrecional del Ministerio de Industria», carece de trascendencia alguna, salvo en el supuesto de concurrencia de varias empresas cuyos proyectos se ajusten a las «dimensiones mínimas» y «condiciones técnicas» vigentes en el momento de la convocatoria. En estos casos, la fórmula más aceptable es la contenida en las Ordenes de 18 de agosto de 1965 y 5 de marzo de 1966, que establecen, como hemos visto ya, que el Ministerio de Industria «elegirá la que, a su juicio, contenga mejores condiciones técnicas, económicas y sociales». Esto supuesto, tampoco podría hablarse en este caso de discrecionalidad en sentido técnico, ya que sólo existiría una solución justa a favor precisamente de la empresa que presente mejores condiciones (13).

De todo ello pudiera concluirse que el acto de decisión del concurso no es en absoluto un acto discrecional. En primer lugar, porque no es posible la postergación de una empresa que cumpla los «mínimos» y «condiciones técnicas» en favor de otra que no los cumpla; en segundo lugar, porque la elección entre varias empresas que cumplan los requisitos mínimos debe hacerse siempre a favor de la que presente «mejores condiciones técnicas, económicas y sociales», lo cual remite a un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, a la esfera de las potestades regladas.

(13) Sobre la distinción entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, que es justamente el supuesto a que se alude en el texto, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, en el núm. 38 de esta REVISTA, y recientemente, NIETO, *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, en el núm. 44 de esta REVISTA.

Dicho esto, queda resuelto implícitamente el problema de si el Departamento competente puede declarar desierto el concurso convocado, posibilidad que debe referirse únicamente al supuesto de que no se presenten ofertas o bien las presentadas no cumplan los requisitos exigidos, sin que sea posible ninguna discrecionalidad al efecto.

Resta, por último, precisar que tratándose de un concurso la resolución del mismo debe publicarse en el propio *Boletín Oficial del Estado*, en el que habrán de hacerse constar las condiciones concurrentes en la empresa o empresas adjudicatarias del mismo. Esta publicación es una garantía mínima ineludible, que no necesita ser establecida expresamente en ninguna disposición legal o reglamentaria para hacerse efectiva, ya que se desprende de la propia naturaleza del concurso. Hasta la fecha, en cambio, no se ha llevado a efecto dicha publicación en los tres primeros concursos realizados.

3. Consecuencias del concurso cuando éste sea declarado desierto: el encargo a una empresa nacional.

Las Ordenes comentadas disponen que si el concurso quedara desierto el Gobierno podrá encargar a una empresa nacional, existente o por crear, la satisfacción de los objetivos señalados en la convocatoria.

A su vez, la Ley del Plan de Desarrollo, en el apartado 4.º del artículo 4, dispone que la creación de nuevas empresas o de filiales de aquellas ya existentes, así como la iniciación por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto.

Este Decreto no es otra cosa que una adjudicación subsidiaria del concurso realizada por ministerio de la ley a favor de una empresa nacional; por tanto, las condiciones de adjudicación deberán ser las específicamente previstas en la Orden de convocatoria, sin posibilidad alguna de variarlas en beneficio de la empresa nacional adjudicataria. Así lo imponen el propio principio de subsidiaridad y el de vinculación de la Administración a las bases de las convocatorias que realice, cuya violación llevaría consigo la nulidad del Decreto en cuestión. De otro modo, basaría con establecer en la convocatoria condiciones de difícil o imposible cumplimiento para evitar la concurrencia privada y rebajar luego las exigencias a la hora de encargar a una empresa nacional la realización de las actividades respectivas.

Ni siquiera puede ser obstáculo a esta conclusión el inferior rango jerárquico del acto de la convocatoria (que es un acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos publicado por Orden del Departamento competente por razón de la materia) respecto al Decreto en cuestión, ya que uno y otro son actos de un mismo procedimiento, sujetos a los mismos principios, y cuya revocación sólo es posible a través de un procedimiento legalmente tasado.

Expuesto lo que antecede, queda por analizar un último extremo: el Decreto de creación de una nueva empresa nacional o de autorización a otra ya existente para la realización de las actividades convocadas a concurso, debe recoger, como hemos visto, todas las condiciones estable-

cidas en la convocatoria del mismo. Ahora bien, ¿cómo puede garantizarse el cumplimiento por la empresa nacional en cuestión de todas y cada una de estas condiciones? El Decreto 157/1963, de 26 de enero, que inició el período de liberalización industrial estableció en su artículo 7 que:

«cuando el Gobierno ordene a las empresas nacionales actuales o futuras nuevas actividades industriales, éstas presentarán en el Ministerio de Industria, para su aprobación, el proyecto técnico correspondiente, cuya confrontación y acta de puesta en marcha será realizada en el momento oportuno».

En virtud de este precepto, las empresas nacionales quedaron sometidas al régimen aplicable a las empresas privadas en general, es decir, confrontación de las instalaciones con el proyecto técnico presentado inicialmente, a efectos de la extensión del acta de puesta en marcha y de la consiguiente legalización definitiva de la industria (14). Esto supuesto, el cumplimiento definitivo de las condiciones exigidas en principio a la iniciativa privada en la convocatoria del concurso y posteriormente a la empresa nacional encargada de la realización de las actividades convocadas, queda en último extremo en manos del Ministerio de Industria, que es a quien compete comprobar el exacto cumplimiento de las mismas.

VI

Con lo que antecede ha quedado expuesto, siquiera sea a grandes rasgos, el procedimiento instaurado por la Ley del Plan de Desarrollo para garantizar en todo caso la subsidiaridad de la acción del Estado en el campo industrial.

Este procedimiento, concebido y desarrollado desde un punto de vista técnico-jurídico, parece haber llevado el tema de las garantías de la iniciativa privada a su punto más alto de expresión, al someter la comprobación de su insuficiencia a los resultados de un concurso previo, cuya convocatoria y resolución son fiscalizables jurisdiccionalmente.

Sería, no obstante, demasiado ingenuo suponer que las técnicas jurídicas empleadas cubran de forma absoluta el campo de las garantías sin dejar puntos muertos que puedan provocar su quiebra. En el mundo actual, en el que la Administración ha abandonado su posición neutralista anterior, adoptando una actitud decididamente beligerante respecto a los problemas sociales y económicos, las técnicas jurídicas, con ser importantes, no agotan el problema. Magistralmente lo ha resumido FORSTHOFF diciendo que «no la técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vincu-

(14) En rigor, este precepto no aportó innovación alguna, ya que, al margen de otras precisiones, el sometimiento de las empresas nacionales a la legislación industrial no podía ni puede ofrecer duda. Sin embargo, de hecho, la práctica existente hasta este momento era justamente la contraria, en base a una indebida extensión de las autorizaciones contenidas en los Decretos de creación de empresas nacionales.

lación a principios jurídicos materiales, puede asegurar hoy la medida necesaria de libertad individual unida a la justicia social, y legitimar al Estado como Estado de Derecho» (15).

Esta tendencia sustancialista pone de relieve la necesidad de una revisión de los esquemas jurídicos, y especialmente jurídico-administrativos, ante las nuevas realidades que hoy ofrece la vida en sociedad. Conforme a ella, el enjuiciamiento del obrar de la Administración debe realizarse desde la perspectiva de los principios generales del Derecho entendidos como «expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos» (16).

De otra parte, y como consecuencia del mismo fenómeno, la fiscalización jurisdiccional de las actuaciones de la Administración tiende a orientarse cada vez más hacia la materialización de la responsabilidad patrimonial atribuible a la misma, abandonando progresivamente el carácter de simple revisión de actos jurídicos concretos (17).

Estas dos direcciones resumen fundamentalmente las aspiraciones de renovación del Derecho administrativo actual para continuar siendo garantía eficaz de los derechos del administrado. Sin embargo, y pese a ellas, debe reconocerse que el aseguramiento de estos derechos cada vez será más difícil desde un punto de vista estrictamente jurídico en cuanto se refiere al campo económico.

Las decisiones privadas de inversión y el complejo montaje de la financiación respectiva, la instalación de plantas industriales en vista de objetivos concretos especialmente atractivos en una determinada coyuntura y muchos otros supuestos semejantes, son realidades en buena parte irreversibles, difícilmente susceptibles de ser restablecidas o paliadas con la atribución de un sustitutivo patrimonial *a posteriori*. Esto es singularmente patente en cuanto se refiere al fenómeno empresarial público. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que encargada a una empresa pública la realización de determinadas actividades, previa la convocatoria de un concurso declarado desierto por no haber concurrido la iniciativa privada o no haber garantizado el cumplimiento de las elevadas exigencias de la convocatoria en cuestión, dicha empresa pública realiza las instalaciones sin ajustarse a las condiciones requeridas. La solución del problema no es en modo alguno fácil. Cabe, por ejemplo, que el Ministerio de Industria se niegue a extender a la citada empresa el acta de puesta en marcha, con lo cual la industria no puede comenzar a funcionar y la inversión pública realizada permanece entre tanto improductiva; cabe también la solución contraria, con el consiguiente fraude a la iniciativa privada, que bien pudiera haber acometido la actividad en cuestión en estas condiciones. En cualquier caso, el transcurso del tiempo necesario para la instalación no deja de producir perjuicios a los particulares inte-

(15) Cfr. Prólogo al *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 6, ed. española.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en el núm. 40 de esta REVISTA, pág. 199.

(17) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, en el núm. 42 de esta REVISTA, especialmente págs. 211 y ss.

resados o a la propia colectividad. Este ejemplo, uno entre mil de los casos semejantes que pudieran plantearse, pone de relieve la relativa insuficiencia de las garantías jurídicas en el campo de las empresas públicas y la necesidad de completarlas con garantías de otro orden, dirigidas no ya a reprimir o resolver *a posteriori*, sino a prevenir e imponer respeto a la propia Administración antes de iniciar actuación alguna.

Esta segunda serie de garantías no puede ser otra que la derivada de una actuación cara al público de las empresas del Estado, y es aquí donde debe ponerse el acento en materia de control de las empresas públicas.

Socialización y democracia son términos correlativos que deben contrapesarse mutuamente, de modo que una intensificación de aquélla resulte compensada por el reforzamiento de las técnicas de garantía propias de ésta. Desde esta perspectiva, es claro que la disciplina impuesta por la Ley del Plan de Desarrollo al sector público se mueve en un plano excesivamente modesto, pese a que la profundización en el campo de las garantías jurídicas que implica la instauración del procedimiento comentado pueda hacer pensar lo contrario.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Ayudante de Derecho Administrativo en la Facultad
de Derecho de Madrid.